

Fernando Arlettaz*

Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina)

fernandoarlettaz@conicet.gov.ar

**El difícil encuadre del asilo diplomático
como derecho humano. A propósito de la
opinión consultiva número 25 de la Corte
Interamericana****

*Diplomatic asylum and human rights. Some comments on
the advisory opinion 25 of the Inter-American Court*

*O difícil enquadramento do asilo diplomático como direito
humano. A propósito da opinião consultiva número 25
da corte interamericana*

Artículo de investigación: recibido 28/02/2019 y aprobado 09/05/2019

* Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Desde una perspectiva de Derecho Internacional y Filosofía Jurídica, sus trabajos abordan, entre otros temas, las migraciones y el asilo, la libertad de conciencia, los derechos de las minorías y las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional.

** Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto *Vulnerabilidade e diversidade: direitos fundamentais em contexto* del Centro de Investigação Jurídico-Económica de la Universidade do Porto (Portugal), 2017-2022.

Resumen

En su opinión consultiva número 25, adoptada a solicitud de Ecuador, la Corte Interamericana vuelve sobre el tema del asilo, que ya había tratado en pronunciamientos anteriores. Insiste en su afirmación, que se muestra problemática, de que la Convención y la Declaración americanas consagran un verdadero derecho individual a recibir asilo. Por otra parte, según la Corte, aunque ese derecho no incluye el asilo diplomático, por aplicación del principio de no devolución, los Estados deben abstenerse de entregar a las personas que lo solicitan cuando exista un riesgo para su vida o libertad. No surge claramente, sin embargo, cuáles son las obligaciones del Estado territorial ante el otorgamiento del asilo diplomático o la abstención de entrega basada en el principio de no devolución por parte de otro Estado.

Palabras claves: Asilo; Asilo diplomático; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract

In its advisory opinion number 25, adopted at the request of Ecuador, the Inter-American Court returns to the issue of asylum, which it had already addressed in previous pronouncements. The Court insists on the problematic idea that the American Convention and the American Declaration consecrate an individual right to receive asylum. Moreover, according to the Court, although that right does not include diplomatic asylum, States must refrain from handing over asylum applicants when there is a risk to their life or liberty. However, it is not clear what the obligations of the territorial State are when another State refuses to hand over or grants diplomatic asylum to an individual.

Keywords: Asylum; Diplomatic asylum; Inter-American Court of Human Rights.

Resumo

Em sua opinião consecutiva número, adotada a solicitação do Equador, a corte interamericana volta sobre o tema do asilo, que já tinha tratado em pronunciamientos anteriores. Insiste em sua afirmação, que se mostra problemática, de que a convenção e a declaração americanas consagram um verdadeiro direito individual a receber asilo. Por outra parte, segundo a corte, mesmo que esse direito não inclui o asilo diplomático, por aplicação do princípio de não devolução os estados devem abster-se de entregar para as pessoas que o solicitam quando exista um risco para sua vida ou

liberdade. Não surge claramente, porém, quais são as obrigações do estado territorial ante o a aceitação do asilo diplomático ou abstenção de entrega baseada no princípio da não devolução por parte de outro estado.

Palavras-chave: Asilo; Asilo diplomático; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Introducción

El 30 de mayo de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó su opinión consultiva número 25, en respuesta a la solicitud de Ecuador en relación con diversos aspectos de la institución del asilo (esta opinión consultiva será citada en este trabajo como *La institución del asilo...*). En agosto de 2016, en efecto, el Gobierno de Ecuador había pedido a la Corte Interamericana una opinión sobre el tema, con especial énfasis en el asilo diplomático. Teniendo como trasfondo político la protección otorgada en su embajada de Londres al señor Julian Assange, aunque sin hacer ninguna mención a este caso concreto en su solicitud, Ecuador preguntaba a la Corte sobre el alcance del asilo y sobre la actitud que deben adoptar terceros Estados frente al asilo otorgado.

Respondiendo a la solicitud ecuatoriana, la Corte insistió en algunas afirmaciones generales que ya había realizado en pronunciamientos previos (aunque referidos estos a la vertiente territorial, y no diplomática, del asilo) y consideró específicamente el asilo diplomático. Concluyó que este último no estaba incluido en las reglas de los instrumentos interamericanos de derechos humanos y que, por ello, no había un derecho individual a obtener asilo diplomático. La Corte se declaró incompetente para responder a la pregunta sobre la actitud que deben adoptar otros Estados ante la concesión del asilo diplomático en la medida en que ella estuviera referida a Estados que no son miembros de la OEA (y que, por tanto, no están sometidos a la jurisdicción de la Corte). En cuanto a los Estados que sí son miembros de la OEA, la Corte mencionó algunas indicaciones generales sobre cómo deberían reaccionar ante la concesión del asilo diplomático. A comienzos de 2019 Ecuador retiró la protección que había otorgado a Assange, quien fue detenido por las autoridades británicas. Se cerró de esta manera la controversia política que estaba en la base de la discusión jurídica.

En el presente trabajo, luego de presentar brevemente la evolución de la normativa americana en materia de asilo (sección 2.1), se analizarán algunos aspectos generales de la jurisprudencia interamericana sobre esta institución (sección 2.2). Seguidamente, se verá cómo la Corte clarifica los términos de la solicitud ecuatoriana (sección 3.1), aunque incurre ella misma en cierta imprecisión conceptual sobre el asilo (sección 3.2). Por último, se estudiará el camino emprendido por la Corte para concluir adecuadamente que el asilo diplomático no está comprendido en las reglas de los instrumentos interamericanos de derechos humanos relativas al asilo, aunque con el agregado de algunas

consideraciones teóricamente acertadas pero no totalmente realistas sobre el principio de no devolución (sección 3.3). La metodología adoptada se basa en la revisión de los instrumentos internacionales, particularmente los propios del ámbito americano, y de la jurisprudencia emanada de los órganos del sistema interamericano. Se realizan referencias a otros regímenes normativos cuando esto resulta necesario para entender el derecho interamericano.

La institución del asilo en América

Evolución de la normativa americana

Si hay algo que caracteriza a las diversas formas de protección internacional en América es que los regímenes legales respectivos se han ido conformando al modo de sucesivas *capas geológicas*: así, el régimen legal surgido de un instrumento internacional o de varios instrumentos internacionales es sucedido por otros que, sin eliminarlo, se le superponen. Dado que no solo los términos de esos instrumentos sino también las lógicas políticas implícitas en ellos difieren de uno a otro, las dificultades interpretativas para hacer una lectura coherente del conjunto no son pocas. Se esboza a continuación un breve esquema, advirtiendo que se trata solo de una presentación general (para un estudio más profundizado ver Arlettaz, 2016a y 2015a).

Un primer antecedente de la regulación de la protección internacional aparece en el tratado de Derecho Internacional Penal de Montevideo de 1889, que dispuso que no procede la extradición de los perseguidos políticos y que el asilo es inviolable. A partir de ese momento, una compleja sucesión de instrumentos internacionales reguló distintas figuras de protección internacional, tanto territorial como diplomática.

El Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos de Montevideo de 1939 (que tuvo solo tres ratificaciones) usó la expresión «asilo» para referirse al asilo diplomático (denominado a veces también «político»), mientras que se refirió a la protección territorial como «refugio». En una línea parecida se había ubicado la Convención sobre Asilo adoptada en La Habana en 1928 que, bajo este nombre, solo regulaba el asilo diplomático y que fue modificada por la de Montevideo de 1933 (que se refería al mismo tema bajo el nombre de Convención sobre Asilo Político).

En 1950 y 1951 la Corte Internacional de Justicia dictó dos sentencias relativas al caso de Víctor Haya de la Torre, un político peruano que se había refugiado en la embajada colombiana en Lima (*Asylum case* y *Haya de la Torre*

case). La complejidad del asunto llamó la atención sobre la necesidad de una regulación más clara del asilo en América. Luego de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, el Consejo de la OEA pidió al Comité Jurídico Interamericano que estudiara el caso. El Comité preparó sendos proyectos de convención sobre asilo territorial y diplomático, que fueron adoptados en Caracas en 1954.

La Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Territorial nombra a las personas protegidas como «asilados o refugiados», sin establecer distinción entre estos dos vocablos. La Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático del mismo año, en cambio, solo utiliza la expresión «asilado» para referirse a la persona beneficiada con la protección. Las convenciones consagran la facultad de los Estados de dar asilo en su territorio a las personas que proceden de un Estado donde son «perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos» (Convención sobre Asilo Territorial, art. II) y de dar asilo «en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares» a las personas «perseguidas por motivos o delitos políticos» (Convención sobre Asilo Diplomático, art. I).

A los tratados mencionados, referidos específicamente al asilo o refugio, se suma el conjunto de tratados bilaterales o multilaterales de extradición o cooperación judicial, que generalmente establecen que la extradición no procede en caso de delitos políticos, de delitos comunes conexos con los políticos o de delitos comunes cuya persecución corresponde a una motivación política. Tal es el caso, por ejemplo, de la Convención Interamericana sobre Extradición de 1981 (arts. 4.4 y 6) y de la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal de 1992 (art. 9.c). Todos estos tratados constituyen la denominada *tradición latinoamericana de asilo*.

El derecho interamericano de los derechos humanos, por su parte, también incorporó la protección internacional de las personas perseguidas. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 reconoció el derecho de toda persona de «buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales» (art. XXVII). La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1968 reconoció el mismo derecho a «buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales» (art. 22.7). El hecho

de que estos dos documentos se refieran al derecho a buscar asilo «en territorio extranjero» parecía sugerir que solo contemplan el asilo territorial. Como se verá más abajo, esta es la posición adoptada por la Corte Interamericana en su opinión consultiva sobre *La institución del asilo...* que aquí se estudia.

El desarrollo del sistema universal de protección de los derechos humanos también afectó la cuestión que aquí interesa y trajo más ruido conceptual a una materia de por sí compleja. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 estableció que «en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país» (art. 14.1). Aunque la Declaración se refiere al asilo, sin más especificación, se suele entender que lo que se recepta es el asilo territorial. De hecho, la Declaración sobre Asilo Territorial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1967, solo se refiere a esta forma de protección.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 siguió una metodología diferente: no consagró expresamente un derecho a buscar o recibir asilo (o refugio), sino que definió quién es un refugiado y adjudicó al sujeto así definido ciertos derechos. Según la Convención, es un refugiado toda persona que

debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. (Art. 1.A.2).¹

Los países latinoamericanos, fieles a la tradición latinoamericana de asilo, se mantuvieron primeramente al margen de esta convención, aunque luego fueron incorporándose lentamente a ella.

Teniendo particularmente en cuenta la situación provocada por las guerras centroamericanas, en 1984, un coloquio de especialistas celebrado en Cartagena

¹ La Convención intentó dar una respuesta al problema de las personas que habían buscado protección como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. De allí la limitación de carácter temporal (e incluso geográfico, si los Estados así lo manifestaban) incluida en la definición de *refugiado*, que fue eliminada por el Protocolo de 1967.

propuso una ampliación del concepto de refugiado en el ámbito americano. Se recomendó que en la región se utilice una definición de refugiado

que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. (*Declaración de Cartagena*, punto resolutivo tercero).

Al año siguiente, la Asamblea de la OEA hizo suyos los términos de la Declaración. La Declaración, aunque es un desarrollo interamericano, pretende ser una adaptación del sistema universal al contexto regional. Y aunque ella no tiene efecto jurídico vinculante directo, podría haber cristalizado como costumbre internacional regional (Gros Espiell, 1995). En 2014, al cumplirse treinta años de la Declaración de Cartagena, sus principios fueron reafirmados en la *Declaración y Plan de Acción de Brasil*.

Por otro lado, el uso diverso de los términos *asilo* y *refugio* (y de sus compuestos y derivados: *asilo político*, *asilo territorial*, *asilado*, *refugiado*, etc.) ha dado lugar a debates en torno del alcance exacto de cada una de estas figuras (ver diferentes definiciones en O'Donnell, 2012; Galindo Vélez, 2002; Fischel de Andrade, 2001; Ruiz de Santiago, 1991). En realidad, no es posible distinguir el asilo y el refugio como si fueran dos instituciones distintas y bien delimitadas. Sucede que existen múltiples instrumentos de protección internacional que tienen características diferentes y que guardan complejas relaciones entre sí: el alcance concreto de la protección internacional que un Estado pueda o esté obligado a dar y las características de los derechos y deberes en cabeza de las personas protegidas dependerán en cada caso de los compromisos internacionales que haya asumido ese Estado. No es tan relevante si, en su legislación interna y en su práctica, el Estado utiliza el término *asilo* o el término *refugio* para designar esa protección, con tal de que cumpla con sus obligaciones internacionales. Igualmente, si el Estado decide organizar un sistema unitario de protección internacional o, por el contrario, establecer cauces diferentes (por ejemplo, uno para quienes solicitan protección bajo determinada convención de la tradición latinoamericana y otro para quienes solicitan protección bajo la Convención de 1951), es una cuestión que, aunque por supuesto tiene gran relevancia práctica

desde el punto de vista del solicitante de protección, es irrelevante desde la perspectiva internacional mientras el Estado cumpla con sus obligaciones en la extensión debida.

¿Un verdadero derecho a recibir asilo?

Una pregunta crucial que surge de la telaraña normativa reseñada en el subapartado anterior es si efectivamente puede derivarse de alguno o algunos de los tratados mencionados un derecho individual a *recibir asilo* y consiguientemente una obligación estatal de otorgarlo. Es claro que en el régimen resultante de la tradición latinoamericana de asilo (en sus vertientes territorial y diplomática) otorgar protección internacional es una facultad del Estado, pero obtenerla no es un derecho del individuo. Los tratados de la tradición latinoamericana se enmarcan en la lógica de las relaciones interestatales: su objetivo no es reconocer un derecho de protección a un individuo, sino regular las relaciones entre los Estados en el caso de que uno de ellos decida (soberana y discrecionalmente) otorgar esa protección.²

La lógica de los derechos humanos, tanto del régimen interamericano como del universal, es diferente de la de la tradición latinoamericana. El objetivo de los instrumentos de derechos humanos es proteger efectivamente a las personas, no regular relaciones entre Estados. Sin embargo, es discutible hasta qué punto estos instrumentos consagran un verdadero derecho individual a recibir asilo. Los instrumentos interamericanos subordinan tal derecho (al igual que el derecho a buscar asilo) a lo que dispongan la legislación nacional y los tratados internacionales (arts. XXVII de la Declaración y 22.7 de la Convención). La Declaración Universal de los Derechos Humanos, además de su siempre discutido valor jurídico, no menciona el derecho a *recibir* asilo, sino solo el derecho a *buscarlo* y a *disfrutar de él* (a condición de que un Estado quiera otorgarlo). Por último, entre los derechos enumerados en la Convención sobre el Estatuto de los refugiados no se nombra (al menos de modo expreso) el derecho a

54

² La misma lógica subyace a las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en los casos del derecho de asilo (*Asylum case* y *Haya de la Torre case*). En estos casos se abordó la situación jurídica creada por el asilo otorgado por Colombia, en sus instalaciones diplomáticas, al político peruano Víctor Haya de la Torre. En ningún momento se mencionó siquiera la posibilidad de que el asilo fuera un derecho del señor Haya de la Torre, sino que se trató el caso en el marco de una lógica puramente interestatal. Sobre los instrumentos de la tradición latinoamericana, ver Esponda Fernández (2004).

recibir asilo, y es opinión mayoritaria que tal derecho no se encuentra contenido en la Convención (Goodwin-Gill, 2014; Kugelmann, 2010; Kneebone, 2009).

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado, en varias ocasiones, sobre el asilo. Estos pronunciamientos se habían referido, hasta la opinión consultiva sobre *La institución del asilo...*, a las diversas formas de protección territorial que puede otorgar un Estado. La remisión de los documentos interamericanos (Declaración y Convención) a la legislación interna y el derecho internacional parecería llevar a reconocer un derecho condicional: solo habría un derecho a buscar o a recibir asilo amparado por los instrumentos interamericanos si la legislación interna y el derecho internacional (diferente de la Convención y la Declaración que, obviamente, también son derecho internacional) así lo reconocen.

En el caso *Comité Haitiano de Derechos Humanos* la Comisión abordó la situación de los haitianos que eran interceptados por Estados Unidos en altamar y devueltos a Haití. Estados Unidos argumentaba que esas personas no tenían, «de acuerdo con su legislación nacional», un derecho al asilo (la presencia en territorio estadounidense era, en efecto, un requisito del derecho interno). De este modo, al no haber un derecho según la legislación nacional, tampoco habría un derecho amparado por la Declaración Americana. Sin embargo, la Comisión llegó a la conclusión de que, dado que no se podía establecer de antemano que todas las personas que Estados Unidos interceptaba iban a buscar asilo a ese país (de hecho, muchos haitianos buscaban asilo en otros países americanos), al impedirles llegar a otros Estados en los que podían haber pedido protección, los Estados Unidos habían violado el derecho a buscar asilo del art. XXVII de la Declaración Americana (*Comité Haitiano de Derechos Humanos*, párr. 162-180).

El razonamiento de la Comisión parece querer decir que la actitud de los Estados Unidos era ilícita porque impedía a los haitianos llegar a otros lugares donde, «de acuerdo con la legislación interna y el Derecho Internacional», podrían haber pedido asilo. De este modo, la Comisión parece indicar que, para que exista un derecho a buscar asilo protegido por la Declaración (el mismo criterio podría aplicarse a la Convención), es necesario que ese derecho esté reconocido cumulativamente en el derecho internacional y en el derecho interno (Sandoval, 2005, p. 50). En un caso posterior, la Comisión rectificó su criterio (Cantor y Barichello, 2014, p. 699): es suficiente que el derecho esté reconocido alternativamente en el Derecho Internacional o en el derecho interno para

que la protección de la Declaración (y de la Convención) se vuelva operativa (*John Doe*, párr. 92).

Así las cosas, existiría en los instrumentos interamericanos un derecho prácticamente incondicionado a buscar asilo, ya que tales instrumentos remiten al derecho internacional y la Declaración Universal de Derechos Humanos admite en términos amplios la posibilidad de buscar asilo. La idea del derecho incondicionado a buscar asilo fue mantenida por la Corte Interamericana en el caso *Familia Pacheco Tineo*, en la opinión consultiva sobre los menores migrantes (que será citada como *Derechos y garantías de niñas y niños...*) y en la aquí estudiada opinión consultiva sobre *La institución del asilo...* Para la Corte, el art. 22.7 de la Convención Americana *no asegura* que se reconozca el estatuto de refugiado a la persona solicitante, pero sí que su solicitud sea tramitada con las debidas garantías (*Familia Pacheco Tineo*, párr. 197; *Derechos y garantías de niñas y niños...*, párr. 81; *La institución del asilo...*, párr. 122). El mismo razonamiento podría aplicarse al art. XXVII de la Declaración.³

Mayor dificultad se aprecia en cuanto al derecho a recibir asilo. También aquí resulta aplicable la cláusula que condiciona el derecho a la legislación interna y al derecho internacional. En el ya nombrado caso del *Comité Haitiano de Derechos Humanos* la Comisión sostuvo que si el derecho de una persona a recibir asilo está amparado por el derecho internacional pero no está reconocido en el derecho interno, tal derecho no está protegido por la Declaración (*Comité Haitiano de Derechos Humanos*, párr. 151-153). El mismo razonamiento sería extensible a la Convención. Sin embargo, en el caso *John Doe* la Comisión no se refirió al derecho a recibir asilo; y en informes posteriores fue bastante ambigua, al afirmar que el propósito de los procedimientos para otorgar asilo debe ser garantizar que la protección internacional sea «reconocida en todos los casos en que se justifique» (*Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense...*, párr. 70; *Informe sobre terrorismo y Derechos Humanos*, párr. 394; *Informe sobre los Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, párr. 545).

Ahora bien, ¿qué quiere decir que la protección «se justifique»? Para que la protección interamericana se vuelva operativa, ¿es necesario que el derecho a recibir asilo esté previsto en el derecho interno, en el derecho internacional,

³ Sobre los dos pronunciamientos previos de la Corte en materia de asilo (*Familia Pacheco Tineo* y *Derechos y garantías de niñas y niños...*), puede verse Arlettaz (2015b y 2016b).

en ambos? Si alguna de estas dos últimas opciones fuese cierta, el derecho al asilo sería puramente teórico, ya que, como se ha visto, no hay ninguna norma internacional que, de modo inequívoco, reconozca un derecho a recibir asilo. Así, parece que para que las cláusulas de la Declaración y de la Convención americanas se volvieran operativas sería siempre necesario que hubiera una disposición interna que avalara el derecho a recibir asilo.

La Corte Interamericana parece realizar a este respecto dos afirmaciones contradictorias. En el caso *Familia Pacheco Tineo* no solo dijo que los instrumentos interamericanos no aseguran que un solicitante de asilo reciba la protección que busca (*Familia Pacheco Tineo*, párr. 197), sino que además dejó claramente sentado que no le correspondía hacer una evaluación de la procedencia de la solicitud de asilo, que «es competencia de las autoridades nacionales». La Corte recordó que el derecho a recibir asilo, según reconocen la Convención y la Declaración americanas, se tiene «de acuerdo con la legislación nacional» (*Familia Pacheco Tineo*, párr. 143). Así, si la legislación nacional no reconoce el asilo a una persona en un determinado supuesto, no habría un derecho reconocido por el sistema interamericano a conseguir asilo.

Sin embargo, en la opinión consultiva sobre niñez migrante, sostuvo que la concesión de asilo no puede considerarse una mera prerrogativa estatal, sino que existe un derecho subjetivo a recibir asilo (aunque la determinación de los supuestos concretos en los que tal derecho existe dependa de la legislación de cada país y del derecho internacional) (*Derechos y garantías de niñas y niños...*, párr. 73-74).⁴ E insistió con esta idea en la opinión consultiva que aquí interesa: existe un derecho individual a recibir protección (*La institución del asilo...*, párr. 132), de manera que los instrumentos internacionales y la legislación interna han de servir para integrar el contenido del derecho «de forma más específica», pero no para «limitar el derecho más allá de lo establecido en la propia Convención» (*La institución del asilo...*, párr. 140). Por ello, el hecho de que el artículo 22.7 de la Convención (lo mismo podría afirmarse del art. XXVII de la Declaración) «derive a la legislación interna y a los convenios internacionales no impone, como condición previa para el respeto y garantía del derecho de asilo, la adopción de normas [internas] o la ratificación de tratados» (*La institución del asilo...*,

⁴ Al afirmar la existencia de este verdadero derecho subjetivo la Corte remite a su posición en el caso *Familia Pacheco Tineo*, párr. 137-140. Sin embargo, en este lugar la Corte no dijo lo que luego dice que dijo, sino que fue mucho más ambigua.

párr. 141). Sin embargo, en esta misma opinión, la Corte afirma que el Estado debe dar protección internacional cuando la persona «califique para ello», en el entendido de que «calificar para ello» significa estar incluido en alguno de los supuestos de la definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, incluyendo su ampliación por la Declaración de Cartagena (*La institución del asilo...*, párr. 123) o bien de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y los convenios latinoamericanos (*La institución del asilo...*, párr. 132).

Como se ve, no resulta muy claro de la jurisprudencia de la Corte si el derecho a recibir asilo puede ser invocado con independencia de la legislación interna o de los instrumentos internacionales (que solo servirían para *regular* el contenido del derecho, pero no para condicionar su existencia) o si, por el contrario, la existencia misma del derecho depende de la legislación interna o de los instrumentos internacionales. Una manera de armonizar las (¿aparentemente?) contradictorias afirmaciones de la Corte sería entender que, aunque el derecho a recibir asilo solo se tiene si la legislación nacional lo reconoce, esa legislación no puede establecer a su antojo los supuestos en los que lo reconocerá, sino que debe ceñirse a los instrumentos internacionales. El problema es que los instrumentos que menciona la Corte no establecen un verdadero derecho a recibir asilo: los instrumentos de la tradición latinoamericana configuran el asilo como una potestad soberana del Estado; la Declaración Universal se refiere al derecho a disfrutar del asilo concedido, pero no a recibirlo si el Estado no quiere darlo; y, según la opinión mayoritaria, la Convención sobre el Estatuto de los refugiados reconoce diversos derechos a los refugiados, pero no el derecho a recibir asilo.

Ahora bien, sucede que la Corte Interamericana, en contra de la opinión mayoritaria de la doctrina, cree que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados sí reconoce de manera implícita un derecho a recibir asilo (*Familia Pacheco Tineo*, párr. 136; *Derechos y garantías de niñas y niños...*, párr. 139; *La institución del asilo...*, párr. 94). De este modo, habría una violación de los instrumentos interamericanos si un Estado excluye del derecho a recibir asilo a quien goza de él según su propia legislación interna o según la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, ampliada de acuerdo con lo dispuesto en la Declaración de Cartagena (*Derechos y garantías de niñas y niños...*, párr. 49). Pero si no se produce ni lo uno ni lo otro, los órganos interamericanos no podrían entrar a evaluar el mérito de una decisión estatal en materia de asilo.

Antes de cerrar este apartado, resulta necesaria una mención al principio de no devolución. Según el art. 22.8 de la Convención Americana, ningún extranjero puede ser devuelto a otro país, «sea o no de origen», en el cual «su derecho a la vida o a la libertad» estén «en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas». De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la protección contra la devolución es independiente de que la persona califique como asilado o refugiado, de que sea solicitante de asilo o refugio, o de que consiga asilo o refugio (*Familia Pacheco Tineo*, párr. 135; *Derechos y garantías de niñas y niños...*, párr. 215-217; *La institución del asilo...*, párr. 186-187). Más aún: el principio de no devolución se aplica a todas las modalidades de devolución de una persona a otro Estado, incluso por extradición (*Wong Ho Wing*, párr. 130) e incluye la prohibición de la devolución tanto directa como indirecta (*Familia Pacheco Tineo*, párr. 153; *Derechos y garantías de niños y niñas...*, párr. 212; *La institución del asilo...*, párr. 190).

La opinión consultiva sobre asilo

Aspectos procedimentales

Del texto de la solicitud ecuatoriana de opinión consultiva (muy impreciso y farragoso) se entreveía que lo que Ecuador pretendía era que la Corte Interamericana declarara que los instrumentos interamericanos consagran tanto el asilo territorial como el diplomático y que uno y otro son oponibles a terceros Estados, incluso aquellos Estados que, como el Reino Unido, no son parte en tales instrumentos. En concreto, Ecuador formulaba las siguientes preguntas e insinuaba en ellas las respuestas que esperaba recibir (*Solicitud de opinión consultiva...*, párr. 58):

a) Si cabía dar a los arts. 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana una interpretación restrictiva, lo que en la práctica significaría «el desconocimiento de las disposiciones establecidas en los instrumentos de Derechos Humanos» en materia de igualdad y no discriminación.

b) Si un Estado «ajeno a determinada convención sobre asilo» podía obstaculizar a otro Estado que sí es parte en esa convención el cumplimiento de sus obligaciones.

c) Si un Estado «ajeno a determinada convención sobre asilo» o que pertenece «a un régimen jurídico regional distinto de aquel en base al cual se concedió el

asilo» podía entregar el asilado al agente de persecución «violando el principio de no devolución».

d) Si un Estado podía limitar cualquier forma de asilo «argumentando para ello que no confiere validez a ciertos enunciados de valor ético y jurídico como son las leyes de la humanidad, los dictados de la conciencia pública y la moral universal».

e) Si un Estado podía denegar asilo a una persona que lo solicitara en su sede diplomática «aduciendo que otorgarlo sería dar mal uso a los locales que ocupa la embajada, o que concederlo de esta forma sería extender indebidamente las inmunidades diplomáticas a una persona sin estatus diplomático».

f) Si el Estado asilante podía denegar una solicitud de asilo [sic] o revocar el asilo concedido «como consecuencia de la formulación de denuncias o del inicio de un proceso legal [...], habiendo indicios claros de que dichas denuncias tienen un móvil político y que su entrega [la del solicitante o asilado] podría dar lugar a una cadena de sucesos que terminaría causando graves daños al sujeto».

g) Si un Estado respecto del cual un mecanismo de protección de Derechos Humanos del sistema de Naciones Unidas ha hallado una violación del Derecho Internacional por desconocimiento de la facultad de calificación del Estado asilante podía pedir a tal Estado asilante cooperación judicial «sin tener en cuenta el mencionado dictamen ni su responsabilidad en el menoscabo de los derechos de la persona asilada».

La solicitud de Ecuador no solo era de muy difícil lectura, por su redacción por momentos incomprensible, sino que además contenía contradicciones en torno de la naturaleza del asilo. Así, mientras que en algunos pasajes se afirmaba sin ambages que la Declaración y la Convención americanas «han elevado a la categoría de derecho humano el derecho a buscar y recibir asilo» (*Solicitud de opinión consultiva...*, párr. 11), en otros se decía que el otorgamiento de asilo «es un acto soberano del Estado asilante» (*Solicitud de opinión consultiva...*, párr. 12). Y si bien la tónica dominante del texto era que los terceros Estados deberían respetar el asilo otorgado, en ocasiones se hacían afirmaciones radicalmente opuestas, como aquella según la cual «en el Derecho Internacional está ampliamente reconocido el hecho de que corresponde al Estado por sí y ante sí, determinar la naturaleza, el contenido y el alcance que confiere a la protección internacional de los derechos fundamentales del hombre» (*Solicitud de opinión consultiva...*, párr. 28). Por otra parte, la solicitud tenía imprecisiones conceptuales importantes, como cuando afirmaba que la

Declaración de Naciones Unidas de 1967, cuyo título mismo deja claro que se refiere solo al asilo territorial, se aplica «al asilo bajo cualquier modalidad que sea otorgado» (*Solicitud de opinión consultiva...*, párr. 15). Igualmente, sostenía que «todas las formas de asilo tienen, por necesidad, validez universal» (*Solicitud de opinión consultiva...*, párr. 16), cuando es sabido que el alcance geográfico del asilo diplomático es, por lo menos, discutido. Por otra parte (*Solicitud de opinión consultiva...*, párr. 17), se confundía el derecho a recibir asilo con el principio de no devolución y un (supuesto) derecho a la movilidad humana derivado del art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Finalmente, y como resulta evidente de las preguntas formuladas por Ecuador, se pedía a la Corte Interamericana que se pronunciara sobre los deberes un tercer Estado «ajeno a determinada convención sobre asilo» o que pertenece «a un régimen jurídico regional distinto de aquel en base al cual se concedió el asilo», lo que era evidentemente una invitación a pronunciarse sobre deberes de Estados que no forman parte del sistema interamericano.

Felizmente, la Corte vino a poner orden en la solicitud ecuatoriana, ya que, aunque su facultad consultiva es amplia y no restrictiva, como ha dicho en opiniones consultivas anteriores («*Otros tratados*» objeto de la función consultiva de la Corte, punto decisivo 1; *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo...*, párr. 17), no puede dar respuesta a cualquier pregunta que se le formule. Así, la Corte se niega a responder al interrogante d, porque se refiere a cuestiones éticas y no jurídicas y, por ello, no puede ser «reconducido a la interpretación de disposiciones convencionales específicas» (*La institución del asilo...*, párr. 26). Por otra parte, la pregunta g es solo parcialmente admisible: la Corte acepta responderla en la medida en que se refiere al derecho de calificación del que gozaría el Estado de acogida y a la posibilidad de que un Estado solicite cooperación judicial en materia penal al Estado asilante, pero rechaza hacerlo en cuanto ella supone evaluar las posibles consecuencias del incumplimiento de una resolución dictadas por un órgano de Derechos Humanos del sistema de Naciones Unidas (*La institución del asilo...*, párr. 27).

Respecto de las preguntas b y c, que involucran a terceros Estados, la Corte recuerda su criterio según el cual sus opiniones consultivas extienden sus efectos a los Estados miembros de la OEA, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana (*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párr. 60; *Titularidad de derechos de las personas jurídicas...*, párr. 25), pero que en ningún caso se refieren a las obligaciones

que pueden corresponder a Estados ajenos al sistema interamericano, aun cuando tales Estados fueran parte del tratado que es objeto de interpretación («Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte, párr. 21). Por ello, debe interpretarse que las respuestas a las preguntas b y c se circunscriben a las obligaciones de Estados que pueden ser o no parte en determinada convención sobre asilo, pero que en cualquier caso son miembros de la OEA (*La institución del asilo...*, párr. 30 y 31).

En cuanto a los instrumentos internacionales invocados por Ecuador (no solo la Declaración y la Convención americanas, sino también la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados), la Corte considera que está facultada para interpretarlos en la medida en que conciernen a la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos (*La institución del asilo...*, párr. 45).

Por otra parte, la Corte recuerda su jurisprudencia según la cual una solicitud de opinión consultiva no debe encubrir un caso contencioso (*Compatibilidad de un proyecto de ley...*, párr. 28; *El derecho a la información sobre la asistencia consular...*, párr. 46-47) o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso (*El derecho a la información sobre la asistencia consular...*, párr. 45), así como tampoco debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno (*Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica...*, párr. 30). En este sentido, la Corte advierte la conexión de la solicitud ecuatoriana con la situación de Julian Assange (*La institución del asilo...*, párr. 48). Sin embargo, de acuerdo con su jurisprudencia, las solicitudes de opinión consultiva no deben ser puramente abstractas (*Garantías judiciales en estados de emergencia*, párr. 16; *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo...*, párr. 20), sino que deben ser susceptibles de aplicaciones prácticas. Por ello, y teniendo en cuenta que no ha sido reportado ningún caso que se tramite ante el sistema interamericano relativo a las cuestiones sometidas a consulta, la Corte acepta dar respuesta a la solicitud, aunque «sin pronunciarse sobre ningún asunto concreto que pueda haber sido señalado en el trámite del presente procedimiento consultivo» (*La institución del asilo...*, párr. 53).

La Corte es también muy crítica con la redacción que Ecuador ha dado a las preguntas, ya que todas ellas «contienen presupuestos fácticos, en tanto se refieren a determinado accionar estatal como condición para que este Tribunal

determine si tal forma de actuar resulta conforme o no al marco normativo internacional» y determine las consecuencias jurídicas que deberían derivarse de éste (*La institución del asilo...*, párr. 54). En otras palabras, las preguntas no se refieren solo a cuestiones de derecho, sino que dependen para su respuesta «de que se determinen hechos en casos específicos» (*La institución del asilo...*, párr. 54). Por ello, la Corte reduce la extensa formulación ecuatoriana a dos preguntas «generales y englobantes» que pueden ser respondidas dentro de su competencia consultiva (*La institución del asilo...*, párr. 56):

a) «Teniendo en cuenta los principios de igualdad y no discriminación (previstos en los artículos 2.1, 5 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el principio *pro persona* y la obligación de respetar los Derechos Humanos, así como los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 28 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 5 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, ¿es posible entender que el artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo XXVII de la Declaración Americana resguardan bajo el derecho humano a buscar y recibir asilo las diferentes modalidades, formas o categorías de asilo desarrolladas en el Derecho Internacional (incluyendo el asilo diplomático), conforme al artículo 14.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de Nueva York de 1967, así como a las convenciones regionales sobre asilo, y las normas pertenecientes al orden interno de los Estados miembros de la OEA?»

b) «¿Cuáles son las obligaciones internacionales que se derivan de la Convención Americana y de la Declaración Americana en una situación de asilo diplomático para el Estado asilante?»

Esta reformulación de las preguntas por parte de la Corte Interamericana, aunque recepta lo esencial de las inquietudes de Ecuador, deja un aspecto fuera de su consideración: las obligaciones en materia de derechos humanos que podrían caberle a un Estado cuando *otro Estado* concede asilo a una persona. Las preguntas b y g de Ecuador apuntaban a esta cuestión. Por supuesto, la Corte solo podría responder a la cuestión bajo el presupuesto de que el tercer Estado (el Estado diferente del Estado asilante) es un Estado miembro de la OEA, en razón de lo que la propia Corte ha apuntado correctamente sobre el alcance de

sus opiniones consultivas. En la reformulación de las preguntas la Corte parece obviar este aspecto. Sin embargo, responde parcialmente a la cuestión en la parte sustantiva de la opinión consultiva.

Aspectos conceptuales

Antes de responder a las preguntas de Ecuador, tal como ella misma las ha reformulado, la Corte define los términos básicos en torno de los cuales gira la solicitud de opinión. Así, realiza una opción conceptual razonable cuando dice que el asilo «es la figura rectora que recoge la totalidad de las instituciones vinculadas a la protección internacional de las personas forzadas a huir de su país de nacionalidad o residencia habitual» (*La institución del asilo...*, párr. 65). De esta manera, *asilo diplomático*, *asilo territorial*, *asilo político*, *refugio*, *refugio territorial*, etc. serían todas variantes de la institución genérica del *asilo*.

Sin embargo, la Corte desliza una imprecisión al afirmar que el asilo implica la protección de las personas que huyen «de su país de nacionalidad o residencia habitual». Contrariamente a lo que parece sugerir la Corte, lo que verdaderamente resulta definitorio del asilo no es que el protegido esté huyendo del país de su nacionalidad o de un tercer país, o que el protegido esté huyendo del país de su residencia habitual o de un país en el que se encontraba solo de modo circunstancial. Lo que es definitorio del asilo es que el protegido huye de un determinado país y es acogido en otro *que no es el de su nacionalidad*. La propia Corte reconoce esto cuando, un poco más adelante, cita la definición de asilo del Instituto de Derecho Internacional, según la cual el asilo es «la protección otorgada por un Estado en su territorio o en otro lugar bajo el control de alguno de sus órganos a una persona que ha venido a solicitarla» (Instituto de Derecho Internacional, Reunión de Bath, 1950, citada en *La institución del asilo...*, párr. 101).

Cuando la Corte clasifica las diversas variantes de asilo vuelve a plantear la definición correcta. En efecto, la Corte señala que el «asilo en sentido estricto» (al que la Corte llama también «asilo político») es una variante del asilo que implica la «protección que un Estado ofrece a *personas que no son sus nacionales* cuando su vida, integridad personal, seguridad o libertad se encuentran o podrían encontrarse en peligro, con motivo de persecución por delitos políticos o comunes conexos con éstos, o por motivos políticos» (*La institución del asilo...*, párr. 66; la cursiva es añadida). La Corte apunta bien que esta es la forma de

protección propia de la tradición latinoamericana de asilo (*La institución del asilo...*, párr. 66).

Según la Corte, el asilo en sentido estricto puede ser «asilo territorial», cuando es brindado en el territorio del Estado, o «asilo diplomático», cuando es brindado en legaciones, navíos de guerra, aeronaves militares y campamentos (*La institución del asilo...*, párr. 67). La Corte tiene razón cuando anota que la tradición latinoamericana ha generado cierta confusión terminológica al utilizar algunas veces la expresión *asilo político* para referirse al *asilo diplomático* y la expresión *refugio* o *refugio político* para referirse al *asilo territorial* (*La institución del asilo...*, párr. 66 y su nota). Sin embargo, vuelve a embrollarse cuando explica que el asilo territorial y el asilo diplomático consisten «en la protección que un Estado brinda [...] a las personas *nacionales o residentes habituales de otro Estado*» cuando son perseguidas en ese Estado (se entiende, el de su nacionalidad o residencia habitual) «por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos» (*La institución del asilo...*, párr. 67; la cursiva es añadida). La otra variante del asilo genérico es el *asilo bajo el estatuto de refugiado*, que

de acuerdo a la definición tradicional y a la definición regional ampliada de la Declaración de Cartagena, comprende la protección de aquella persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él

y también de

aquellas personas que han huido de sus países de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público (*La institución del asilo...*, párr. 68; cursiva en el original).

La Corte destaca que existe una diferencia entre el asilo territorial y el estatuto de refugiado, por un lado, y el asilo diplomático, por otro, «ya que este último debe enmarcarse dentro de las relaciones interestatales» (*La institución del asilo...*, párr. 104). Así

mientras que un Estado que concede asilo en su propio territorio hace uso de una de sus potestades soberanas, en el caso del asilo diplomático, quien busca protección se encuentra en el territorio del Estado que lo reclama, o de un tercer Estado quien lo requiere a solicitud de otro, por lo que debe compatibilizarse con otras áreas del Derecho Internacional, como ser las relaciones diplomáticas y el principio de no intervención en los asuntos internos del Estado receptor. (*La institución del asilo...*, párr. 104).

Por ello, «si no existen acuerdos especiales entre los Estados en razón del asilo diplomático, y éste es otorgado por el Estado acreditante, con la oposición del Estado receptor, se podría generar una controversia» (*La institución del asilo...*, párr. 104).

Esto no es totalmente exacto. Dicho de manera general, no solo el asilo diplomático sino también el asilo territorial y el estatuto de refugiado se enmarcan «dentro de las relaciones interestatales» y pueden generar controversias entre Estados. Baste recordar, en este sentido, los roces habidos durante largos años entre España y Francia cuando esta última daba protección en su territorio a miembros del grupo terrorista ETA que huían de la justicia española. Si lo que la Corte quiere expresar es que los tratados internacionales relativos al asilo diplomático tienen una lógica de relaciones interestatales y no de derechos humanos (porque reconocen la potestad del Estado de otorgar asilo, pero no el derecho del individuo a recibirlo), la Corte tiene razón. Pero razón solo a medias, porque esa característica no es exclusiva de los tratados relativos al asilo diplomático, sino que es también propia de los tratados relativos al asilo territorial.

Es verdad que el otorgamiento del asilo diplomático genera una situación más delicada que el otorgamiento del asilo territorial, ya que el asilado se encuentra en el territorio de un Estado que desea apresarlo y el otorgamiento del asilo diplomático podría ser visto, en algún caso, como una injerencia en asuntos internos del Estado receptor. De hecho, la Corte advierte adecuadamente que ni la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas ni la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares reconocen el otorgamiento de asilo

como función diplomática o consular (*La institución del asilo...*, párr. 105). Así, si el Estado receptor no acepta la figura del asilo diplomático, la única razón por la que no puede apresar a la persona que ha recibido protección en la legación diplomática o consular es por la imposibilidad de que sus fuerzas accedan a ella dado su carácter inviolable (*La institución del asilo...*, párr. 106). Dicho con un ejemplo no tomado al azar: desde la perspectiva británica, la razón por la que Julian Assange no podía ser apresado no era el asilo diplomático otorgado por Ecuador (asilo que Gran Bretaña no reconocía), sino la imposibilidad de acceder a la embajada ecuatoriana que se beneficia de inviolabilidad.

La cuestión se vuelve todavía más compleja porque, como señala la Corte con acierto, la tradición latinoamericana de asilo ha extendido la posibilidad de otorgar asilo diplomático a espacios que «normalmente no gozarían de inviolabilidad» (*La institución del asilo...*, párr. 105). Si el asilo diplomático es otorgado en alguno de estos espacios y el Estado receptor no reconoce ese asilo, no existe aquí ningún impedimento para que este último aprese a la persona beneficiada de protección.

La (no) inclusión del asilo diplomático en la Declaración y en la Convención americanas

Así las cosas, la cuestión radica en saber si el art. 22.7 de la Convención Americana y el art. XXVII de la Declaración Americana resguardan todas las formas de asilo, incluyendo el asilo diplomático. Aunque la Corte reconoce que la terminología «de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales» brindaría un parámetro inicial para suponer que todas las modalidades de asilo podrían estar incluidas (*La institución del asilo...*, párr. 143), llega a la solución contraria.

En efecto, tanto el art. XXVII de la Declaración como el art. 22.7 de la Convención se refieren al derecho a recibir asilo «en territorio extranjero». Esta expresión, interpretada en su sentido corriente, lleva a la conclusión de que los artículos solo incluyen la protección brindada por un Estado «dentro de su propio espacio geográfico» (*La institución del asilo...*, párr. 145). Esta conclusión se ve favorecida por el hecho de que los tratados de la tradición latinoamericana hacen referencia al territorio para regular el asilo territorial, por oposición al asilo diplomático (*La institución del asilo...*, párr. 147). Ni el recurso al principio *pro persona* ni la mención de la interpretación evolutiva pueden desvirtuar esta

conclusión: lo primero porque el principio *pro persona* debe tenerse en cuenta en conjunto con otros criterios interpretativos, y lo segundo porque no ha ocurrido ningún desarrollo en el derecho internacional relativo a este tema desde 1954 (*La institución del asilo...*, párr. 149-150). El recurso a los trabajos preparatorios de la Declaración confirma también la conclusión de que la única forma de asilo incluida es el asilo territorial, y la misma conclusión puede extenderse a la Convención, ya que la redacción fue mantenida (*La institución del asilo...*, párr. 152-153).

Por otra parte, no puede alegarse la existencia de una costumbre regional sobre asilo diplomático. No todos los Estados de la OEA son parte en las convenciones sobre asilo diplomático y dichas convenciones no son uniformes en su terminología o en sus disposiciones; además, algunos Estados participantes en el procedimiento de la opinión consultiva manifestaron que no había una posición uniforme en América Latina sobre el asilo diplomático. Esto lleva a la conclusión de que no existe una *opinio juris* suficiente sobre la eventual existencia de una costumbre regional (a nivel de los 35 Estados miembros de la OEA) en relación con el asilo diplomático (*La institución del asilo...*, párr. 159-160).

Si no se puede afirmar la existencia de una costumbre que regule el asilo diplomático en las relaciones entre Estados, mucho menos se podría afirmar la existencia de una costumbre regional que consagrara el asilo diplomático como un derecho del individuo. De hecho, los Estados que enviaron observaciones al procedimiento de la opinión consultiva sobre asilo coincidieron en señalar que no existe un derecho individual a recibir asilo diplomático. Según estos Estados, la decisión de otorgar o no el asilo depende del Estado, el que no está obligado a respetar en este procedimiento ningún tipo de garantía procedimental mínima ni a explicitar las razones por las que lo niega (*La institución del asilo...*, párr. 108).

No obstante, el hecho de que el asilo diplomático no esté incluido en la Declaración y en la Convención americanas no exime al Estado de cumplir con el principio de no devolución, que tiene valor consuetudinario, está recogido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 33) e implícito en otras normas de derechos humanos (como las que prohíben la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes). La prohibición de devolución abarca tanto la devolución directa (es decir, la devolución al territorio en el que la persona corre peligro) como la devolución indirecta (la devolución a un territorio desde el cual probablemente la persona será devuelta al territorio en el que corre peligro) (*La institución del asilo...*, párr. 178-185).

En otras palabras: el Estado no está obligado a otorgar asilo diplomático a una persona perseguida, pero debe abstenerse de devolver a esta persona a las autoridades del Estado territorial si de tal devolución pudiera seguirse, directa o indirectamente, un riesgo para la vida o la libertad de la persona. Por ello, como consecuencia del principio de no devolución, «son exigibles para el Estado de acogida, bajo cuya jurisdicción está la persona que ha solicitado protección en una sede diplomática, algunas obligaciones específicas, en cuanto a la evaluación individualizada del riesgo y medidas adecuadas de protección, incluyendo aquellas contra la detención arbitraria» (*La institución del asilo...*, párr. 194). Así, «es exigible la entrevista de la persona y una evaluación preliminar del riesgo de devolución» (*La institución del asilo...*, párr. 195).

Esta conclusión de la Corte es acertada. Sin embargo, se encuentra con el obstáculo de cómo resolver la cuestión de fondo: ¿qué debería hacer el Estado asilante en relación con la persona que no puede ser entregada, por razón del principio de no devolución, a las autoridades del Estado territorial? La Corte apunta que «la situación jurídica de la persona tampoco puede quedar en un limbo o prolongarse indefinidamente», y que por ello el Estado debe «adoptar las medidas diplomáticas, incluida la solicitud al Estado territorial de expedir un salvoconducto, o de otra índole que estén bajo su autoridad y, de conformidad con el Derecho Internacional, para asegurar a los solicitantes la garantía de los derechos convencionales» (*La institución del asilo...*, párr. 198). Y agrega, en este sentido, que los Estados tienen el deber de cooperar en la protección de los Derechos Humanos (*La institución del asilo...*, párr. 199).

La Corte parece aquí demasiado optimista, porque supone que el Estado territorial cooperará con el Estado asilante otorgando un salvoconducto para que el asilado pueda salir del ámbito de la legación, atravesar el Estado territorial y, finalmente, salir de él. Difícilmente el Estado territorial acepte conceder tal salvoconducto sobre la base de su deber de *cooperar en la protección de los derechos humanos* porque ello implicaría tanto como reconocer que está cooperando en la protección de los derechos humanos de una persona a la que él mismo está persiguiendo (!). Lo más probable es que el Estado territorial se niegue a conceder tal salvoconducto, ya sea porque no reconoce la figura del asilo diplomático (como era el caso de Julian Assange) o porque, aunque reconoce la figura del asilo diplomático en abstracto, considera que el mismo ha sido mal concedido en el caso concreto (como era el caso de Víctor Haya de la Torre). Por supuesto, también podría ser que el Estado territorial se aviniera a conceder

el salvoconducto, pero en tal caso sería probablemente más por consideraciones pragmáticas que por el cumplimiento de una presunta obligación de *cooperar en la protección de los derechos humanos*.

Conclusiones

En 2016, Ecuador presentó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva, pidiéndole que aclarara ciertos aspectos del derecho de asilo, en particular en su vertiente de asilo diplomático. Aunque la solicitud no hacía ninguna mención al caso, era evidente que su trasfondo era el asilo diplomático otorgado a Julian Assange en la embajada ecuatoriana en Londres y que lo que Ecuador pretendía era que la Corte dijera que recibir asilo diplomático es un derecho humano y que los terceros Estados están obligados a respetar el asilo concedido.

En su respuesta a la solicitud de opinión, la Corte vuelve sobre la cuestión, ya tratada en pronunciamientos anteriores, relativa a la existencia de un *verdadero derecho* a recibir asilo derivado de los arts. 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración. Como se ha apuntado en este trabajo, la Corte mantiene su ambigüedad: aunque en algunos pasajes afirme que ese derecho existe realmente, no se ve cómo se compatibiliza esa afirmación con otras que ella misma realiza o con el juego normativo de la legislación interna y los tratados internacionales a los que remiten los dos artículos mencionados. En lo que la Corte sí es clara es en afirmar, además con buenas razones, que el asilo diplomático no está incluido en el espectro de los artículos 22.7 y XXVII. Es decir, aunque se admitiera que existe un *verdadero derecho* a recibir asilo, ese derecho estaría limitado a las formas territoriales de protección (el asilo territorial de la tradición latinoamericana y el estatuto de refugiado de la Convención de 1951).

No obstante, la Corte señala que el Estado, aunque no esté obligado a otorgar asilo diplomático cuando una persona lo solicita, sí está obligado, en virtud del principio de no devolución, a no exponer a esa persona a un riesgo directo o indirecto para su vida o libertad. Esto, que es cierto en la teoría, puede sin embargo generar enormes problemas prácticos. En efecto, si el Estado se encuentra obligado a no devolver a una persona que mantiene alojada en una legación, pero, al mismo tiempo, el Estado territorial no está dispuesto a permitir que esa persona salga libremente de la legación, la única solución es mantener a la persona indefinidamente recluida en ese sitio.

Volviendo al caso de Assange, la opinión de la Corte no puede servir de guía para determinar cómo debería haber actuado el Estado territorial (en el caso, el Reino Unido), ya que la Corte, acertadamente, se niega a pronunciarse sobre las obligaciones en materia de derechos humanos de Estados que no son miembros de la OEA. La Corte señala, en una afirmación que obviamente limita su alcance a los Estados de la OEA, que el Estado asilante debe solicitar un salvoconducto al Estado territorial y que el Estado territorial debe tener en cuenta su obligación de cooperar en la protección de los derechos humanos. Implícitamente, la Corte parece querer decir que el Estado territorial debería dar el salvoconducto. Como se ha explicado, esta opción se antoja poco realista.

Referencias

- Arlettaz, F. (2015a). *Expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el sistema interamericano*. México: Centro Nacional de Derechos Humanos.
- Arlettaz, F. (2015b). El caso Familia Pacheco Tineo: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo. *Anuario de Derechos Humanos*, 11, 85-94.
- Arlettaz, F. (2016a). Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de Derechos Humanos. *Ius et Praxis*, 22, (1), 187-226.
- Arlettaz, F. (2016b). Perspectiva interamericana sobre la afectación de la libertad de menores en procedimientos migratorios. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 9, 197-231.
- Cantor, D. J. y Barichello, S. E. (2014). Protection of Asylum-Seekers Under the Inter-American Human Rights System. En: A. Abass y F. Ippolito, *Regional Approaches to the Protection of Asylum Seekers: an International Legal Perspective* (pp. 267-294). Farnham: Ashgate.
- Esponda Fernández, J. (2004). La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados. En L. Franco, *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina* (pp. 79-125). San José: IIDH – Universidad Nacional de Lanús – ACNUR.
- Fischel de Andrade, J. H. (2001). Derecho de los refugiados en América Latina: reflexiones sobre su futuro. En S. Namihás, *Derecho Internacional de los refugiados* (pp. 95-107). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Galindo Vélez, F. (2002). Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado. En S. Namihás, *Derecho Internacional de los refugiados* (pp. 46-81). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Goodwin-Gill, G. S. (2014). International Law of Refugee Protection. En E. Fiddian-Qasimiyeh et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies* (pp. 36-47). Oxford: Oxford University Press.
- Gros Espiell, H. (1995). La Declaración de Cartagena como fuente del Derecho Internacional de los refugiados en América Latina. En ACNUR – IIDH, *Memorias del coloquio 10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (Coloquio de San José de Costa Rica, 1994)*. San José: ACNUR – IIDH.
- Kneebone, S. (2009). Introduction: Refugees and Asylum Seekers in the International Context – Rights and Realities. En S. Kneebone (ed.), *Refugees, Asylum Seekers and the Rule of Law* (pp. 1-31). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kugelman, D. (2010). Refugees. *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*. Recuperado de: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e866?rskey=uYJbbo&result=8&prd=EPIL>
- O'Donnell, D. (2012). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. México: Superior Tribunal de Justicia del Distrito Federal.
- 72 Ruiz de Santiago, J. (1991). Consideraciones generales acerca del Derecho Internacional de los refugiados. En CICR – IIDH – ACNUR – Consejo Andino para las Relaciones Internacionales, *Jornadas sobre los sistemas internacionales de protección jurídica de la persona humana* (pp. 24-101). Buenos Aires.
- Sandoval, C. (2005). A Critical View of the Protection of Refugees and IDPs by the Inter-American System of Humans Rights: Re-assessing its Powers and Examining the Challenges for the Future. *International Journal of Refugee Law*, 17, (1), 43-66.

Precedentes y declaraciones

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (13 de marzo de 1997). Informe 51/96, caso 10.675, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Estados Unidos)*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (28 febrero 2000). *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (22 de octubre de 2002). *Informe sobre terrorismo y Derechos Humanos*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (21 de julio de 2011). Informe de fondo no. 78/11, caso 12.586, *John Doe y otros (Estados Unidos)*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (30 de diciembre 2013). *Informe sobre los Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de septiembre de 1982). *Opinión Consultiva OC-1/82. «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (19 de enero de 1984). *Opinión consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (6 de octubre de 1987). *Opinión consultiva OC-9/87. Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (**6 de diciembre de 1991**). *Opinión consultiva OC-12/91. Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (**1 de octubre de 1999**). *Opinión consultiva OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (**17 de septiembre de 2003**). *Opinión consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de noviembre de 2013). *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (19 de agosto de 2014). *Opinión consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración o en necesidad de protección internacional*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de febrero de 2016). *Opinión consultiva OC-22/16. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (22 de junio de 2016). *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Interpretación de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de noviembre de 2017). *Opinión consultiva OC-24/1. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.

74 Corte Interamericana de Derechos Humanos (30 de mayo de 2018). *Opinión consultiva 25/18. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la convención americana sobre Derechos Humanos)*.

Corte Internacional de Justicia (20 de noviembre de 1950). *Asylum case (Colombia v. Perú)*.

Corte Internacional de Justicia (13 de junio de 1951). *Haya de la Torre case (Colombia v. Perú)*.

Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984). Adoptada por el Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

Declaración y Plan de Acción de Brasil (3 de diciembre de 2014). Documento adoptado en Brasilia por los gobiernos de 28 países y tres territorios de América Latina y el Caribe.

Solicitud de opinión consultiva que presenta el gobierno de la República del Ecuador a la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al alcance y fin del derecho de asilo a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Interamericano y del Derecho Internacional (18 de agosto de 2016).