

Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS
Y DERECHO DE ASILO EN
EL SISTEMA INTERAMERICANO

Fernando Arlettaz



CNDH
MEXICO

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS
Y DERECHO DE ASILO
EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO

Fernando Arlettaz



CNDH
M É X I C O

2016

El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de su autor y no necesariamente reflejan el punto de vista de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

PRIMERA EDICIÓN:

agosto, 2016 (CD)

ISBN COLECCIÓN SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS (CD):

978-607-729-279-1

PRIMERA EDICIÓN:

noviembre, 2015

ISBN OBRA COMPLETA:

978-607-8211-06-7

ISBN:

978-607-729-144-2

D. R. © COMISIÓN NACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS

Periférico Sur 3469,
esquina con Luis Cabrera,
Col. San Jerónimo Lídice,
C. P. 10200, Ciudad de México

DISEÑO DE PORTADA:

Irene Vázquez del Mercado Espinosa

FORMACIÓN DE INTERIORES:

Carlos Acevedo R.

Impreso en México

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	7
I. INTRODUCCIÓN	13
II. ALGUNAS CUESTIONES CONCEPTUALES.	14
II.1. Expulsión de extranjeros	15
II.2. Asilo	16
III. LAS NORMAS INTERAMERICANAS SOBRE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS Y DERECHO DE ASILO	20
III.1. Expulsión de extranjeros	21
III.2. Asilo	21
IV. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS	24
IV.1. Principio general de limitación de las políticas migratorias	24
IV.2. Límites procesales a la expulsión	24
IV.3. Límites sustantivos a la expulsión.	29
IV.4. No admisión	31
V. EL DERECHO DE ASILO	32
V.1. Naturaleza del asilo	33
V.2. Personas que pueden beneficiarse del asilo	40
V.3. Garantías en los procedimientos de asilo	44
V.4. Principio de no devolución	53
VI. BREVE CONCLUSIÓN	57
VII. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADAS	58

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos reconoce que la labor de difusión y fomento del respeto a los derechos humanos es importante y urgente por lo que continúa creando conciencia sobre la existencia de los mismos y la necesidad de que sean respetados. En su interés está elevar el nivel nacional de su protección para salvaguardar la libertad y la dignidad de las personas, cumpliendo con su tarea de difusión a través de la presente colección que hoy entrega a la sociedad.

Nuestro país ha dado en los últimos años pasos significativos en la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ratificar un número muy significativo de tratados internacionales y aceptar la competencia de diferentes órganos internacionales de protección, entre otros, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) como organismo no jurisdiccional y cuya función está vinculada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), tribunal que constituye la culminación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, resultando ambas instancias complementarias o subsidiarias de la misión que primordialmente compete a los Estados.

La Comisión IDH y la Corte IDH se encargan de determinar si las acciones u omisiones de los Estados parte son o no compatibles con los compromisos adquiridos a raíz de la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Comisión IDH es un órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuya función principal es promover la observancia y defensa de los derechos humanos, y servir como órgano consultivo de la Organización en esa materia. Fue el primer órgano tutelar de derechos en el sistema interamericano, iniciando su actividad en 1960. Han sido relevantes los estándares fijados por la Comisión IDH, ya que desde la interpretación que ese organismo ha dado a la Convención Americana y a otros

instrumentos internacionales, es posible establecer una mejor protección de los derechos fundamentales.

Si bien México es parte de la Convención Americana desde el 24 marzo de 1981, reconoció la competencia de la Corte IDH hasta el 16 de diciembre de 1998. La Corte IDH es el órgano jurisdiccional instituido para la protección de los derechos humanos en el continente. La propia Corte IDH ha señalado que, ante todo y principalmente, es una institución judicial autónoma que tiene competencia para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, la Corte posee facultades de naturaleza preventiva y ejecutiva, de las que resulta, en el caso de las primeras, medidas provisionales cuando exista una situación de extrema gravedad y urgencia en que sea preciso proteger derechos contra ataques que pudieran acarrear consecuencias irreparables para las personas.

La Corte IDH, en ejercicio de sus funciones contenciosa, consultiva y cautelar, ha aportado una gran variedad de criterios en materia de derechos humanos derivada de su interpretación de la Convención Americana y de otros tratados. En esa medida, al aplicar dichas disposiciones internacionales al ordenamiento interno, es importante acudir a la jurisprudencia o doctrina fijada por ella, misma que por su amplitud y riqueza, debe ser conocida con detalle para comprender y desentrañar cómo, desde los pronunciamientos que hace en los casos que se someten a su conocimiento, interpreta los instrumentos internacionales, estableciendo estándares para la mejor protección de los derechos.

Del conocimiento de los casos que se han sometido a su jurisdicción, la Corte IDH ha analizado una gran variedad de temas del catálogo de derechos. De igual manera, ha conocido casos de todos los países que han reconocido la competencia de la Corte, dictando sentencias que han tenido un muy positivo cumplimiento, que se ha traducido en cambios normativos, en mejoramientos en los sistemas de protección y en mecanismos de reparaciones.

Respecto a los criterios o jurisprudencia que deriva de las sentencias de la Corte IDH, varios tribunales constitucionales de

Latinoamérica consideran que tanto los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como la interpretación de esos derechos desarrollada en las sentencias de la Corte IDH deben ser reconocidos por los Estados.

En México, en un primer momento la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que son criterios vinculantes de la Corte IDH los derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y son criterios orientadores la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.* Sin embargo, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, la Suprema Corte resolvió que toda la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para México con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, siempre y cuando su aplicación resulte más protectora de los derechos de las personas de conformidad con el artículo 1o. constitucional.

Lo anterior, enmarca la importancia del estudio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de las funciones de sus órganos y de los mecanismos de protección, como son las peticiones y casos que pueden culminar con una sentencia, informe o recomendación; así como el análisis de los criterios emitidos sobre temáticas de derechos humanos de mayor impacto en la región.

La Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ocupa de una gran variedad de temas del catálogo de derechos que se han sometido al conocimiento de los organismos que lo integran. En este caso, la Colección se integra con los siguientes títulos:

- 1) *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 2) *Los procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*

* SCJN. Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos. Tesis número LXVIII/2011. Pleno. Varios 912/2011, 14 de julio de 2011.

- 3) *El trámite de casos individuales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 4) *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano.*
- 5) *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 6) *Los derechos de las niñas y los niños en el Derecho Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.*
- 7) *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 8) *El derecho a defender los derechos: la protección a defensoras y defensores de derechos humanos en el Sistema Interamericano.*
- 9) *Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 10) *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 11) *La Convención Americana sobre derechos Humanos. Reflexiones generales.*
- 12) *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 13) *El derecho a participar directamente en la toma de decisiones sobre asuntos públicos como mecanismo para la protección ambiental.*
- 14) *Estándares de las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 15) *La evolución de la "reparación integral" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 16) *La responsabilidad internacional de los Estados derivada de la conducta de particulares o non-State actors conforme al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.*
- 17) *Los derechos sexuales y reproductivos: estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 18) *¿Superposición de las reparaciones otorgadas por comisiones de la verdad y tribunales regionales de derechos*

humanos? Una aproximación a la realidad interamericana.

- 19) *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: una revisión desde la fragmentación del derecho internacional.*
- 20) *Expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el Sistema Interamericano.*
- 21) *La pena de muerte en el Sistema Interamericano: aproximación jurídica-filosófica.*
- 22) *Ximenes Lopes: decisión emblemática en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.*
- 23) *Guía de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 24) *La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos.*
- 25) *La jurisprudencia de excepciones preliminares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 26) *Criterios de la Corte Interamericana sobre la interpretación de los derechos humanos a la luz del derecho internacional humanitario.*
- 27) *Las garantías judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 28) *La protección de los derechos de las personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas, a la luz de las medidas cautelares dictadas por la CIDH.*
- 29) *La prueba en la función jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

Esta Colección, desde la perspectiva de cada uno de los autores—a quienes agradecemos que compartan su experiencia y visión de los temas—pretende difundir la cultura de los derechos humanos entre todas las personas, esto supone fortalecer el conocimiento de los diferentes derechos, su exigibilidad y empoderamiento. Asumimos el compromiso de generar ese diálogo necesario con la sociedad civil quien es el destinatario y actor idóneo para que germinen y prosperen los derechos en nuestro país con base en su plena exigencia y reivindicación.

Al igual que todas las colecciones de esta Comisión Nacional, el lector podrá encontrar, en nuestro sitio *web*, la versión electrónica de los títulos señalados.

*Luis Raúl González Pérez,
Presidente de la Comisión Nacional
de los Derechos Humanos*

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo consideraremos dos instituciones propias del derecho internacional que guardan entre sí vínculos muy estrechos: la expulsión de extranjeros y el asilo concedido a los extranjeros. Para esto, primero nos detendremos en algunos aspectos conceptuales generales, fundamentalmente nos basaremos en el derecho internacional americano y, más específicamente, en el derecho internacional americano de los derechos humanos. De este modo, nuestro campo de investigación estará constituido por el derecho internacional americano, principalmente, aunque no exclusivamente, por el originado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación con la expulsión de extranjeros y el derecho de asilo.

No pretendemos ver en este trabajo, la totalidad de la problemática que suscita la institución del asilo (la de su naturaleza jurídica, la de la oportunidad de su otorgamiento y cese, la de los derechos de los asilados, la de los derechos de los miembros de las familias de los asilados, etcétera). Nuestro objetivo es estudiar la expulsión de extranjeros en sí misma, y la institución del asilo en relación con la figura de la expulsión; nos interesa preguntarnos en qué casos la protección del asilo impide que el Estado expulse a determinados extranjeros de su territorio. Abordaremos pues aquellos aspectos de la figura del asilo que resulten necesarios para cumplir nuestro objetivo.

En razón de que nos enfocaremos principalmente en el derecho internacional de los derechos humanos, sólo nos referiremos al asilo en su forma territorial. El asilo diplomático, además de no tener cobertura en los instrumentos americanos de derechos humanos, suscita una problemática completamente diferente que excede nuestro interés de investigación presente.

Nuestra hipótesis es que existen al menos dos importantes conexiones entre la figura de la expulsión de extranjeros y la institución del asilo. La primera conexión viene dada por el principio de no devolución: una persona no puede ser expulsada al territorio de un Estado donde corra peligro. Como veremos en

este trabajo, el principio de no devolución es un instituto propio del campo del asilo, aunque es de aplicación, incluso respecto de personas a las que no se les ha reconocido el carácter de asilados, o a las que no se les ha reconocido *todavía* el carácter de asilados.

La segunda conexión se encuentra en la figura misma del asilo. Si se admite, como hacemos aquí, que bajo ciertas circunstancias puede existir un derecho individual a recibir asilo, quien sea titular de tal derecho no podrá ser expulsado del territorio del Estado contra el cual pueda invocarlo. En este caso, la expulsión en general, y no sólo la expulsión hacia el territorio de un Estado donde corriera peligro, sería ilícita.

Por supuesto, el principio de no devolución y el derecho a recibir asilo no son las *únicas* razones por las que un Estado podría verse obligado a no expulsar a un extranjero. El Estado puede estar impedido de expulsar a extranjeros que se encuentran en su territorio por muy diversos motivos, por ejemplo porque les ha otorgado un permiso de residencia por razones laborales o familiares. En estos casos, los extranjeros pueden tener un derecho contra la expulsión fundado no sólo en el derecho interno del Estado, sino incluso en el derecho internacional.

Nuestro trabajo tomará en cuenta las fuentes convencionales de derecho internacional en relación con nuestro objeto de estudio, así como los pronunciamientos de instancias internacionales judiciales o cuasi-judiciales. Para estos pronunciamientos, y en razón del espacio limitado, nos restringiremos a colocar una mención abreviada de la referencia. Al final del trabajo, junto con la bibliografía citada, puede encontrarse la lista completa de estos casos con su descripción detallada.

II. ALGUNAS CUESTIONES CONCEPTUALES

A continuación nos referiremos a algunos aspectos conceptuales en torno a las dos ideas centrales de nuestro trabajo: la expulsión de extranjeros y el derecho de asilo.

II.1. Expulsión de extranjeros

Es un principio bien aceptado en el derecho internacional que los Estados tienen un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de su potestad de permitir la entrada y permanencia de extranjeros en su territorio. El mismo margen de discrecionalidad existe en relación con la expulsión de extranjeros (entre muchos otros, Goodwin-Gill, 1978, 203; Plender, 1988, 459; Quoc Dinh, 1994, 658-666; Jeannings y Watts, 1996, 940; Combacau y Sur, 1999, 361-374; Remiro Brotóns, 2007, 831-843; Díez de Velasco, 2007, 611-617; Pastor Ridruejo, 2012, 235-243). Este principio ha sido reafirmado por la jurisprudencia internacional,¹ así como por la jurisprudencia interna de varios Estados.²

La discrecionalidad de los Estados en materia de expulsión, por supuesto, no es absoluta, sino que está limitada por el propio derecho internacional (entre muchos otros, Goodwin-Gill, 1978, 204; Plender, 1988, 459; Remiro Brotóns, 2007, 831-843; Díez de Velasco, 2007, 611-617; Pastor Ridruejo, 2012, 235-243). Así, los Estados, al expulsar a un extranjero, están limitados por la prohibición del abuso de derecho, el principio de la buena fe, la prohibición de adoptar medidas arbitrarias y el trato mínimo debido a los extranjeros (Comisión de Derecho Internacional, 2006, 201) emergentes del derecho consuetudinario. Al lado de estas limitaciones hay otras que surgen del derecho internacional convencional, muchas de las cuales analizaremos a lo largo de este trabajo.

La *expulsión de extranjeros* debe ser diferenciada de la *dene-gación de entrada*. Esta última expresión, para la que se utilizan a veces también como equivalentes las expresiones *dene-gación de admisión* o *rechazo en frontera*, hace referencia al acto

¹ Corte Internacional de Justicia (CIJ): *Nottebohm case (Liechtenstein vs. Guatemala)*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): *Moustaquim vs. Belgium*. TEDH: *Vilvarajah and others vs. United Kingdom*. TEDH: *Chahal vs. United Kingdom*. TEDH: *Ahmed vs. Austria*. TEDH: *Bouchelkia vs. France*. TEDH: *H.L.R. vs. France*. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Corte IDH: *Nadege Dorzema*. Corte IDH: *Vélez Loor*.

² Por citar sólo algunos casos clásicos: United States Supreme Court: *Fong Yue Ting vs. U.S.* United States Supreme Court: *Nishimura Ekiu vs. U.S.* United States Supreme Court: *Harrisades vs. Shaughnessy*. Privy Council: *Musgrove vs. Chun Teong Toy*. Privy Council: *Attorney-General for Canada vs. Cain*. Privy Council: *Johnstone vs. Pedlar*.

por el cual un Estado impide la entrada en su territorio a un extranjero. La *expulsión*, en cambio, se refiere al acto por el cual un Estado obliga a una persona extranjera, que ya se encuentra en su territorio, a abandonarlo (Kamto, 2005, 13).

La definición de expulsión, que hemos dado en el párrafo anterior, corresponde con una aproximación amplia al concepto. La expulsión en sentido estricto, en cambio, es el ejercicio de la facultad de un Estado de exigir a un extranjero que abandone su territorio cuando su presencia continua *es contraria a los intereses de ese Estado* (Comisión de Derecho Internacional, 2006, 67; Goodwin-Gill, 1978, 201-206).

Es discutible si el caso del extranjero que ha ingresado al territorio ilegalmente, y que luego es obligado a abandonar el mismo, debe ser calificado de denegación de entrada o de expulsión (Doehring, 1992, 109-112). Por nuestra parte, y por motivos conceptuales, preferimos calificar el caso como de expulsión. En efecto, damos preferencia a ceñirnos a la realidad material de la actuación del Estado, que nos indica que resulta bastante anodino decir que se *deniega la entrada* a alguien que ya ha entrado al territorio.

II.2. Asilo

No resulta tarea sencilla dar una definición de *asilo*, ni distinguirlo de otras instituciones próximas. El campo de esta definición es uno de los más controvertidos del derecho internacional. En una primera aproximación, es posible decir que el concepto de *asilo* tiene un alcance genérico que implica la protección que un Estado otorga a un extranjero frente al ejercicio de la jurisdicción de otro Estado (Goodwin-Gill, 1996, 203).

En el derecho internacional clásico, el otorgamiento de asilo a un extranjero era considerado una facultad absolutamente discrecional por parte del Estado otorgante. El derecho internacional contemporáneo, como veremos a lo largo de este fascículo, ha cambiado bastante esta consideración.

El origen de la figura se encuentra, posiblemente, en la institución medieval del asilo religioso que permitía dar protección, en lugares sagrados, a los perseguidos por delitos comu-

nes. Con la secularización de la institución se produjo también un cambio de contenido: los beneficiarios de la protección no fueron ya los perseguidos por delitos comunes, sino por delitos políticos, o por razones vinculadas a su identidad racial, religiosa, etcétera.

El asilo territorial es el que se da en el territorio mismo del Estado asilante. El asilo diplomático es el que se da en legaciones del Estado asilante que se localizan en el territorio de otro Estado (normalmente el Estado que persigue al asilado). La figura se desarrolló primeramente en Europa en su forma de asilo territorial; y en algunos países, como España, también en su forma de asilo diplomático. Sin embargo, a partir del siglo XIX, se produjo en Europa un rechazo a la institución del asilo diplomático. En sentido contrario, se reforzó la institución del asilo territorial y se impuso la idea de que no es procedente la extradición por delitos políticos.

Un desarrollo paralelo, aunque con matices, se esbozó en América. El tratado de Derecho Internacional Penal de Montevideo de 1889 dispuso que no procede la extradición de los perseguidos políticos y que el asilo es inviolable.³ Sin embargo, a diferencia de lo que sucedió en Europa, en América se afianzó el asilo tanto en su forma territorial como diplomática.

El Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos de Montevideo de 1939 (que tuvo, por otro lado, sólo tres ratificaciones)⁴ estableció una distinción que, quizá, está en la raíz de buena parte de la confusión conceptual que reina en este campo (Esponda Fernández, 2004, 98). En efecto, el tratado usó la expresión *asilo* para referirse al asilo diplomático (denominado a veces también *político*), mientras que se refirió al asilo territorial como *refugio*. En una línea parecida se había ubicado la Convención sobre Asilo adoptada en La Habana en 1928 (modificada por la Convención de Montevideo de 1933) que, bajo este nombre, sólo regulaba el asilo diplomático (aunque, la de 1933, que se

³ Adoptado en Montevideo (Uruguay) el 23 de enero de 1889. Son parte: Argentina, Chile, Ecuador, Uruguay, Perú y Venezuela.

⁴ Adoptado en Montevideo (Uruguay) el 4 de agosto de 1939. Son parte: Argentina, Paraguay y Uruguay.

refiere al mismo tema, se denomina Convención sobre Asilo Político).⁵

En 1954 se adoptaron en Caracas dos convenciones que se refieren, respectivamente, al asilo territorial y al diplomático. 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.⁶ La Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Diplomático, en cambio, sólo utiliza la expresión *asilado* para referirse a la persona beneficiada con la protección.⁷ Sin embargo, aunque las dos convenciones utilizaron la expresión *asilo* para referirse a las dos conocidas modalidades de protección internacional, la discusión académica y política, en relación con la oposición conceptual *asilo/refugio*, no quedó totalmente cerrada (Esponda Fernández, 2004, 99).

El derecho interamericano de los derechos humanos también incorporó la protección internacional de las personas perseguidas. Tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en Bogotá en 1948,⁸ como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de 1968,⁹ in-

⁵ Convención sobre Asilo adoptada en La Habana (Cuba) el 20 de febrero de 1928. Son parte: Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. Convención sobre Asilo Político adoptada en Montevideo (Uruguay) el 26 de diciembre de 1933. Son parte: Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana.

⁶ Adoptada en Caracas (Venezuela) el 28 de marzo de 1954. Son parte: Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁷ Adoptada en Caracas (Venezuela) el 28 de marzo de 1954. Son parte: Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Uruguay.

⁸ Adoptada en Bogotá (Colombia) el 30 de marzo de 1948. Los 35 Estados independientes de América son miembros de la Organización de los Estados Americanos y se hallan, por lo tanto, bajo la órbita de la Declaración: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

⁹ Adoptada en San José (Costa Rica) el 22 de noviembre de 1969. Son parte: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador,

cluyeron la figura del asilo. En ambos casos, el asilo contemplado es sólo el asilo territorial.

Las normas convencionales citadas, además de muchas otras (como tratados de extradición, por ejemplo) rigen la materia del asilo en América. Por supuesto, no todos los Estados americanos son parte en todos los tratados existentes. Sin embargo, a partir de ellos, se ha ido conformando un sustrato consuetudinario que conforma la institución del asilo en América (Esponda Fernández, 2004, 100).

El desarrollo del sistema universal de protección de los derechos humanos también afectó la cuestión que aquí nos interesa, y trajo más ruido conceptual a una materia de por sí compleja. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹⁰ y la Declaración sobre Asilo Territorial de 1967¹¹ utilizaron ambas la expresión *asilo* con referencia exclusivamente al asilo territorial.

En cambio, en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951 la terminología es otra. Aquí se habla de *refugio* para hacer referencia a una forma de protección de carácter territorial semejante a lo que en otros instrumentos se denomina *asilo territorial*. La Convención, es bien conocido, 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 del concepto de *refugiado*, que fue eliminada por el Protocolo de 1967 (nos referiremos a esta definición más abajo).¹² La Convención y su Protocolo definen quién es un re-

El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay.

¹⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948. Los 35 Estados independientes de América son miembros de la Organización de las Naciones Unidas y se hallan, por lo tanto, bajo la órbita de la Declaración.

¹¹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2312 (XXII), del 14 de diciembre de 1967. Los 35 Estados independientes de América son miembros de la Organización de las Naciones Unidas y se hallan, por lo tanto, bajo la órbita de la Declaración.

¹² Convención adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y las Personas Apátridas, en Ginebra (Suiza), del 2 al 25 de julio

fugiado; cuándo se deja de serlo; cuáles son los derechos y deberes de los refugiados, y diversos asuntos de implementación de la protección a los refugiados (ACNUR, 1992, 4-5). Los países latinoamericanos se mantuvieron primeramente al margen de esta Convención, aunque luego fueron incorporándose lentamente a ella.

Este desarrollo estratificado del derecho internacional, en relación con la materia de la protección internacional de personas perseguidas, ha dado lugar a una gran controversia en torno del alcance de los conceptos de *asilo* y *refugio*. No podemos aquí referirnos en toda su extensión a esta controversia. Veremos más abajo cuál es la posición dominante en la Corte Interamericana, que es lo que en este momento más nos interesa. Por nuestra parte, entendemos que el asilo territorial y el refugio son la misma institución (una protección de carácter territorial para personas perseguidas en ciertas circunstancias) aunque puedan tener matices particulares en el contexto de una u otra regulación. El asilo diplomático, por su parte, es una forma de protección, esencialmente transitoria, dada en el ámbito de una legación.

III. LAS NORMAS INTERAMERICANAS SOBRE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS Y DERECHO DE ASILO

Dividiremos este capítulo en dos apartados, para referirnos en cada uno de ellos a los dos ejes fundamentales de nuestro trabajo.

de 1951. Protocolo adoptado en Nueva York (Estados Unidos) el 31 de enero de 1967. Los Estados americanos parte son los siguientes (a falta de aclaración se entiende que en ambos documentos): Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos (sólo en el Protocolo), Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, San Kitts y Nevis (sólo en la Convención), Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela (sólo en el Protocolo).

III.1. Expulsión de extranjeros

En materia de expulsión de extranjeros existen varios preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que resultan de directa aplicación, y que limitan el margen de acción de los Estados. Ellos se encuentran en diversos incisos del artículo 22.

Primeramente, se debe tener en cuenta que sólo los extranjeros pueden ser objeto de expulsión. Según dispone el artículo 22.5: "Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo". Existe así una prohibición de expulsión de nacionales.

En segundo lugar, el artículo 22.6 reconoce que el principio de legalidad es aplicable a los procedimientos de expulsión: "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley".

En tercer lugar, el artículo 22.9 prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros: "Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros".

La Declaración Americana, por su parte, no contiene disposiciones expresas sobre la materia. Sin embargo, no se debe descartar que otros principios contenidos en ella, de carácter general, resulten aplicables. Igualmente, los principios generales contenidos en la Convención también pueden resultar de aplicación.

III.2. Asilo

Respecto del asilo, resulta relevante el artículo XXVII de la Declaración Americana: "Toda persona tiene el derecho 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".

Un contenido semejante puede encontrarse en el artículo 22.7 de la Convención Americana: "Toda persona tiene el derecho de 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”.

Finalmente, el artículo 22.8 de la Convención resulta de la intersección de ambas temáticas, la expulsión de extranjeros y el asilo, al recoger el principio del *non-refoulement*: “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

En materia de asilo, y dado que nos interesa aquí la figura del asilo territorial, mencionaremos los principales artículos de la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Territorial. Omitimos la consideración del Tratado de Montevideo de 1939 sobre Asilo y Refugio Políticos en razón de la escasa repercusión que tuvo.

La Convención de Caracas reconoce la facultad de los Estados de otorgar protección en su territorio a personas que fueran perseguidas en el territorio de otro Estado. Los artículos de esta Convención relevantes para nuestros propósitos son los siguientes:

Artículo I: Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno.

Artículo II: El respeto que según el Derecho Internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre los habitantes de su territorio se debe igualmente, sin ninguna restricción, a la que tiene sobre las personas que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos.

Cualquier violación de soberanía consistente en actos de un gobierno o de sus agentes contra la vida o la seguridad de una persona, ejecutados en el territorio de otro Estado, no puede considerarse atenuada por el hecho de que la persecución haya empezado fuera de sus fronteras u obedezca a móviles políticos o a razones de Estado.

Artículo III: Ningún Estado está obligado a entregar a otro Estado o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos.

Artículo IV: La extradición no es procedente cuando se trate de personas que, con arreglo a la calificación del Estado requerido, sean perseguidas por delitos políticos o por delitos comunes cometidos con fines políticos, ni cuando la extradición se solicita obedeciendo a móviles predominantemente políticos.

Artículo V: El hecho de que el ingreso de una persona a la jurisdicción territorial de un Estado se haya realizado subrepticia o irregularmente no afecta las estipulaciones de esta Convención.

[...]

Artículo XI: En todos los casos en que la introducción de una reclamación o de un requerimiento sea procedente conforme a este convenio, la apreciación de la prueba presentada por el Estado requirente dependerá del criterio del Estado requerido.

Las disposiciones que hemos transcrito son, como puede apreciarse, muy diferentes entre sí. Una de las principales diferencias es la naturaleza misma de los instrumentos: la Declaración Americana y la Convención Americana son instrumentos de protección de derechos humanos; la Convención de Caracas, en cambio, se sitúa en una lógica de relaciones interestatales y regula el asilo bajo este prisma. Hasta qué punto el carácter de instrumentos de protección de derechos humanos de la Declaración Americana y la Convención Americana dan al asilo, allí reconocido, el carácter de un verdadero derecho del individuo (y no de una mera facultad del Estado) es una cuestión controvertida, que revisaremos más abajo.

La segunda diferencia importante guarda relación con quiénes son las personas que pueden beneficiarse del asilo o refugio. También nos referiremos a esto más adelante.

IV. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

En este apartado nos referiremos a la figura de la expulsión de extranjeros. A partir de los precedentes interpretativos de la Corte y de la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, delinearemos los estándares internacionales que rigen en esta materia.

IV.1. Principio general de limitación de las políticas migratorias

De acuerdo con la Corte Interamericana, los Estados tienen un cierto margen para establecer sus políticas migratorias, disponiendo mecanismos de control del ingreso, de la permanencia y de la salida del territorio. Sin embargo, estas políticas deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en el derecho internacional, en particular, la Convención Americana.¹³ La misma idea ha sido expresada por la Comisión Interamericana.¹⁴

Como veremos a continuación, las normas del derecho internacional de los derechos humanos imponen limitaciones a la facultad de los Estados de expulsar extranjeros. Por las necesidades de nuestra exposición, y sin pretender convertir esta distinción en una oposición absoluta, dividiremos tales límites en dos categorías: límites procesales y límites sustantivos.

IV.2. Límites procesales a la expulsión

a) Prohibición de las expulsiones colectivas

Un primer límite impuesto por el sistema interamericano es el que se halla en el artículo 22.9, que prohíbe las expulsiones co-

¹³ Corte IDH: *Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto de la República Dominicana*, considerando cuarto. Corte IDH: *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrs. 165-168. Corte IDH: *Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 97.

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH): *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México)*, párr. 30. Comisión IDH: *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*, párr. 166.

lectivas de extranjeros. De acuerdo con el criterio de la Corte, una expulsión tiene carácter colectivo cuando no se considera la situación individualizada de cada una de las personas deportadas. La falta de consideración de las circunstancias individualizadas implica una conducta arbitraria de parte del Estado. En definitiva, para que una expulsión no sea considerada colectiva, el *procedimiento* de expulsión ha de ser individual.¹⁵

Lo que caracteriza a una expulsión como colectiva no es el número de personas que son expulsadas, sino el hecho de que no se tome en consideración la situación particularizada de cada una de ellas.¹⁶ Por ello, la expulsión de un número importante de personas no resulta prohibida, siempre que el Estado considere individualmente las causas de expulsión respecto de cada una; e, inversamente, la expulsión de un número no muy grande de personas puede configurar una expulsión colectiva si el Estado no tuvo en consideración las circunstancias particulares de cada una de ellas.

En el caso de los haitianos y dominicanos de origen haitiano que estaban siendo presuntamente expulsados de la República Dominicana, la Corte dijo que aunque “no ha[bía] sido demostrado [...] que la República Dominicana mant[uviera] una política de Estado de deportaciones y expulsiones masivas en violación de las normas expresas en la Convención”, sí existía “una presunción *prima facie* de la ocurrencia de casos en los que individuos [eran] objeto de abusos”.¹⁷ En consecuencia, adoptó medidas provisionales para detener tales expulsiones. En el caso *Nadege Dorzema*, constató la existencia de una expulsión colectiva prohibida.¹⁸

b) Garantías procesales

Además del límite que constituye la prohibición de las expulsiones colectivas, la Convención contiene, expresa o implícitamente

¹⁵ Corte IDH: *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párrs. 171-175.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 172.

¹⁷ Corte IDH: *Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*, *op. cit.*, párr. 5.

¹⁸ Corte IDH: *Nadege Dorzema*, *op. cit.*, párr. 178.

te, ciertas garantías procesales en relación con la expulsión de extranjeros. Estas garantías son una variante de la garantía genérica del debido proceso (O'Donnell, 2012, 599), la que puede derivarse también de las reglas de la Declaración Americana (O'Donnell, 2012, 627).

La garantía procedimental expresa es la de la legalidad, que está prevista en el artículo 22.6 de la Convención. A primera vista parecería que la protección sólo alcanza a los extranjeros que se encuentren regularmente en el territorio del Estado. El extranjero que se encontrara irregularmente en el territorio del Estado podría entonces ser expulsado incluso sin respetar el principio de legalidad. Esta interpretación es dudosa; en efecto, para la expulsión de cualquier extranjero habrá que seguir algún tipo de procedimiento administrativo o judicial que, como cualquier actividad estatal, tendrá que estar sometida al imperio de la ley.

La Corte se ha referido, al respecto, a la legalidad en casos de expulsiones.¹⁹ Y ha receptado la interpretación amplia que nosotros señalamos en el párrafo anterior, al decir que el debido proceso es una garantía que se reconoce a cualquier persona con independencia de su situación migratoria.²⁰

Por otra parte, aunque la única garantía expresamente mencionada es la relativa a la legalidad, la Corte Interamericana ha construido pretorianamente un piso mínimo de garantías que deben ser respetadas en los procedimientos de expulsión por imperativo del debido proceso consagrado en el artículo 8 de la Convención. También la Comisión ha dicho que, en caso de procedimientos que puedan desembocar en una decisión de expulsión, son aplicables los principios del debido proceso.²¹

De este modo, basándose en el sustrato general que proporciona el debido proceso, la Corte Interamericana ha definido las garantías que deben ser respetadas en los casos de expulsión. En relación con estas garantías han tenido especial rele-

¹⁹ *Ibid.*, párr. 175.

²⁰ Corte IDH: *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, *op. cit.*, párr. 121. Corte IDH: *Vélez Loor*, *op. cit.*, párr. 143.

²¹ Comisión IDH: *Andrea Mortlock “(Estados Unidos)”*, párrs. 82-84. Comisión IDH: *Smith, Armendáriz y otros “(Estados Unidos)”*, párrs. 62-63.

vancia el caso *Nadege Dorzema* (ya mencionado, relativo a la expulsión colectiva de un grupo de haitianos de la República Dominicana)²² y el caso *Vélez Loor*. Este último era relativo a la expulsión de un nacional ecuatoriano del territorio panameño: la Corte constató la violación de una larga lista de garantías en perjuicio del migrante expulsado.²³ También resulta relevante el caso *Pacheco Tineo* (que trata no sólo de expulsión, sino también de asilo, y al que nos referiremos más abajo).²⁴ La Comisión ha secundado los razonamientos de la Corte en este punto.

Las garantías en caso de expulsión pueden ser sistematizadas como sigue:

- Respeto a la legalidad (principio expreso al que ya nos hemos referido).
- Derecho a ser informado de los motivos de la expulsión.
- Derecho a la debida notificación de la decisión de expulsión.
- Derecho a someter el caso a revisión ante la autoridad competente.
- Derecho a la asistencia letrada.
- Derecho a un traductor o intérprete.
- Derecho al respeto de las normas que garantizan la intervención consular.

Respecto del derecho de ser informado de los motivos de la expulsión, la Corte ha dicho que el extranjero tiene derecho a ser informado “expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación”.²⁵ La expulsión de un extranjero, sin habersele informado de los motivos de la misma, constituye una violación de los estándares internacionales.²⁶ Además, el extranjero debe ser informado de sus derechos. Esto incluye, particularmente, el derecho a ser informado sobre la posibilidad de exponer sus razones y opo-

²² Corte IDH: *Nadege Dorzema*, *op. cit.*, párrs. 175 y ss.

²³ Corte IDH: *Vélez Loor*, *op. cit.*, párrs. 132 y ss.

²⁴ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, párrs. 133 y ss.

²⁵ Corte IDH: *Nadege Dorzema*, *op. cit.*, párr. 175.

²⁶ Comisión IDH: *Carlos Stetter (Guatemala)*.

nerse a los cargos en su contra.²⁷ Igualmente, incluye el derecho a ser informado sobre la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación.²⁸

El extranjero también tiene derecho a la debida notificación de la decisión de expulsión.²⁹

En caso de que esta decisión sea desfavorable, el extranjero tiene derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente.³⁰ Para ello, tiene derecho a presentarse ante ella.³¹ Para la efectividad del recurso contra la decisión de expulsión, resulta necesario que el mismo tenga carácter suspensivo (Mendos y Muñoz, 2010, 30).

En relación con el derecho a la asistencia letrada, la Corte señala como indispensable la garantía de la asistencia jurídica gratuita en aquellos casos en los que la consecuencia del procedimiento migratorio pueda ser una expulsión o una privación de la libertad.³² El mismo criterio aparece en los precedentes de la Comisión.³³ En este sentido, la Comisión ha dicho que la presencia de funcionarios consulares que no están autorizados por el derecho interno a ejercer como abogados, o de funcionarios de un organismo administrativo que tampoco pueden ejercer esa función, no suple la presencia de abogados.³⁴ Impedir el recurso a un abogado defensor es una violación severa del derecho de defensa, que ocasiona un grave desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al poder del Estado.³⁵

Un derecho relacionado, que la Convención menciona en su artículo 8.2.a) en relación con el debido proceso, es el derecho a contar con un traductor o intérprete gratuito, en caso de no comprender el idioma del tribunal. La Corte ha mencionado este derecho en varios casos relativos a procesos penales. Aun-

²⁷ Corte IDH: *Nadege Dorzema*, op. cit., párr. 175. Corte IDH: *Pacheco Tineo*, op. cit., párr. 133.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Idem*. Comisión IDH: *Cheryl Monica Joseph (Canadá)*.

³¹ Corte IDH: *Nadege Dorzema*, op. cit., párr. 175. Corte IDH: *Pacheco Tineo*, op. cit., párr. 133.

³² Corte IDH: *Vélez Loor*, op. cit., párr. 146. Corte IDH: *Nadege Dorzema*, op. cit., párr. 164.

³³ Comisión IDH: *Loren Laroye Riebe Star*, op. cit., párr. 70.

³⁴ *Ibid.*, párr. 75.

³⁵ Corte IDH: *Nadege Dorzema*, op. cit., párr. 164.

que no lo ha dicho expresamente en relación con los procedimientos de expulsión, puede considerarse aplicable en tales supuestos (Mendos y Muñoz, 2010, 28). Un argumento en este sentido puede encontrarse en el hecho de que la Corte ha mencionado esta garantía en relación con el procedimiento a seguir para considerar las solicitudes de asilo.

Finalmente, respecto del derecho al respeto de las normas que garantizan la intervención consular, resultan de aplicación las garantías previstas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.³⁶ La Convención establece, por un lado, un derecho genérico de las personas a comunicarse con las autoridades consulares de su país e, inversamente, el derecho de estas autoridades a comunicarse con sus nacionales (artículo 36.1.a). Por otro lado, establece una serie de derechos particulares en caso de privación de libertad. Estos derechos son (artículo 36.1.b): el derecho a la notificación de la oficina consular de la situación de privación de libertad de uno de sus nacionales, el derecho de comunicación sin demora con la oficina consular, y el derecho de la persona a ser informada de que tiene estos derechos.³⁷

IV.3. Límites sustantivos a la expulsión

a) *El principio de no discriminación*

Las normas sobre expulsión deben leerse de modo sistemático con los demás preceptos de la Convención y de la Declaración. Esto incluye el principio de no discriminación. Así, para que una expulsión sea legítima, ella no debe discriminar en razón de nacionalidad, de color, de raza, de sexo, de lengua, de religión, de opinión política, de origen social u otro estatus.³⁸

³⁶ *Ibid.*, Nadege Dorzema, *op. cit.*, párr. 166.

³⁷ Estas garantías fueron objeto de una opinión consultiva específica de la Corte Interamericana, que por razones de espacio no podemos estudiar aquí en profundidad. Corte IDH: *El derecho a la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*.

³⁸ Corte IDH: Nadege Dorzema, *op. cit.*, párr. 175.

b) La protección de la vida familiar

También en razón de una interpretación sistemática de la Convención y de la Declaración, los Estados deben abstenerse de ordenar y de ejecutar una expulsión cuando ésta pueda implicar una violación de otros derechos internacionalmente reconocidos. En este sentido, tienen especial relevancia el derecho a la vida familiar (artículos V y VI de la Declaración, y 17 de la Convención), y la protección de la maternidad y de la infancia (artículos VII de la Declaración, y 19 de la Convención).

En el caso *Smith, Armendariz y otros*, la Comisión abordó una denuncia presentada por dos residentes permanentes en los Estados Unidos, que habían sido sujetos a deportación en razón de la comisión de un delito. La Comisión sostuvo que en casos de expulsión es necesario realizar una *prueba de equilibrio* que sopesa el interés legítimo del Estado en proteger y promover el bienestar general, frente a los derechos fundamentales de los residentes no nacionales (entre los que se encuentran el derecho a la vida privada y familiar, y la protección de la infancia).³⁹

En el caso, dado que no se había permitido a los extranjeros presentar una alegación contra la decisión de expulsión que les permitiera esgrimir los derechos que podrían contrabalancear el interés del Estado en su expulsión, la Comisión señaló la violación de los artículos V (derecho a la vida privada y familiar), VI (derecho a la protección de la familia), y VII (derecho a la protección a la maternidad y la infancia) de la Declaración.⁴⁰

La Corte abordó el tema en la Opinión Consultiva sobre los *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Enfocándose en el posible perjuicio que podría derivarse para el derecho a la vida familiar de un menor si sus progenitores (u otros miembros de su familia con los que guardara un vínculo suficientemente estrecho)⁴¹ fueran expulsados, la Corte dijo que debe partirse del principio de que el niño debe permanecer en su núcleo fa-

³⁹ Comisión IDH: *Smith, Armendariz y otros*, *op. cit.*, párr. 51.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Corte IDH: *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 272.

miliar.⁴² En tales casos, el Estado debe sopesar su facultad de implementar su política migratoria y el derecho del niño a la protección de la familia, de modo que, para ser legítima la medida de expulsión, debe estar prevista en la ley y cumplir con los requisitos de idoneidad (debe perseguir una finalidad legítima), necesidad (dentro de las medidas posibles no debe existir otra igualmente efectiva y menos gravosa), y proporcionalidad (debe ser la medida que restrinja en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo).⁴³ Ahora bien, si el menor tiene derecho a permanecer en el país del que se pretende expulsar a sus progenitores (por ejemplo, porque es nacional o porque tiene un derecho a la residencia por otro motivo), éste conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país, y por ello, no es posible la expulsión de sus progenitores.⁴⁴

La perspectiva de la Corte se limita a las expulsiones basadas exclusivamente en la infracción de normas migratorias. Ella no explica qué sucede en el caso de que la expulsión de los progenitores tenga causas diferentes de la simple infracción de las normas migratorias (en particular, la comisión de un delito penal). Parecería que, en tal caso, la facultad del Estado de expulsar podría primar sobre el derecho a la vida familiar del menor. En este sentido, el criterio de la Comisión parecería ser más amplio, ya que propicia la aplicación del *test de equilibrio* cualquiera que sea la causa de la expulsión de los familiares del menor.

IV.4. No admisión

Un último punto resulta de interés antes de cerrar este apartado. Se trata de la pregunta sobre si las reglas que se aplican a la expulsión de extranjeros son también de aplicación en los casos de no admisión. Evidentemente, las limitaciones que surgen de una lectura sistemática de la Convención y de la Declaración

⁴² *Ibid.*, párr. 273.

⁴³ *Ibid.*, párrs. 271 y 274-278.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 280.

podrían resultar aplicables, ya que los derechos sustantivos involucrados en casos de expulsión y en casos de rechazo en frontera son los mismos.

La pregunta es más difícil en lo que respecta a los límites procesales de la expulsión. En el caso *Nadege Dorzema*, la Corte distinguió conceptualmente la expulsión y el rechazo en la frontera. Aunque el caso era relativo a un grupo de inmigrantes haitianos que acababan de ingresar en República Dominicana, los hechos habían ocurrido a más de 50 kilómetros dentro del territorio dominicano. En razón de esta circunstancia, la Corte consideró que se trataba de un caso de expulsión, y entró a analizar la cuestión acerca del carácter colectivo de la misma y del respeto a las reglas procedimentales.⁴⁵

Queda abierta la pregunta acerca de si la Corte habría procedido de la misma manera si, en lugar de tratarse de un caso de expulsión, se hubiese tratado de un caso de no admisión. Teniendo en cuenta el espíritu progresista con el que generalmente la Corte interpreta los instrumentos internacionales, es posible especular que la respuesta, llegado el caso, será positiva.

Para cerrar este apartado debemos decir que, por la propia naturaleza de la institución, el principio de no devolución es aplicable tanto a casos de expulsión, como a casos de no admisión. Volveremos sobre este punto más abajo.

V. EL DERECHO DE ASILO

La Convención Americana contiene dos disposiciones en relación con el asilo que guardan estrecha vinculación entre sí. La primera es el artículo 22.7, que consagra el derecho a buscar y recibir asilo. La segunda es el artículo 22.8, que establece el principio de no devolución. Este último, llamado también de *non-refoulement*, impide que una persona sea expulsada al territorio de un Estado en el que corra peligro, o que se le impida la entra-

⁴⁵ Corte IDH: *Nadege Dorzema*, *op. cit.*, párr. 151.

da al país dejándolo en el territorio de un Estado en el que corra peligro.

Hay un campo de superposición parcial entre ambas figuras: en efecto, si el Estado concede asilo, no puede expulsar al asilado a un territorio donde corra peligro. De hecho, no puede expulsar al extranjero de su territorio con destino a cualquier otro país, corra o no peligro en él, sin revocar antes el asilo otorgado. Si lo hiciera estaría desconociendo el asilo que él mismo había otorgado (y violando además el principio de no devolución si la expulsión fuera a un país de riesgo). Ahora bien, si se admite, como veremos más abajo, que en algunos casos recibir asilo puede ser un verdadero derecho del individuo, el Estado no podrá revocar el asilo (ni denegar una solicitud, claro) de modo puramente discrecional.

Pero las figuras no se superponen totalmente: incluso si el Estado no concede asilo, o si lo concede y luego lo revoca legítimamente, está obligado por el principio de no devolución. En este caso, el Estado debería entregar a la persona a la que se ha negado a conceder asilo a otro Estado donde ella pudiera buscar protección, o al menos, permitir que la persona saliera hacia ese Estado. De este modo, aunque no reconociera el asilo pedido o revocara un asilo ya concedido, no habría violación del principio de no devolución.

V.1. Naturaleza del asilo

Como hemos visto más arriba, diferentes normas originadas en el contexto latinoamericano han ido codificando la figura del asilo como forma de protección contra la persecución. Esto dio origen a la llamada *tradición latinoamericana de asilo*. El asilo diplomático tiene una especificidad particular que permite distinguirlo de otras figuras cercanas. Sin embargo, es una cuestión controvertida la de la relación existente entre la figura del asilo territorial del derecho latinoamericano (y del sistema universal, en las dos declaraciones de las Naciones Unidas que ya nombramos) y la figura del refugio de la Convención de 1951.

La Corte Interamericana se refirió por primera vez al asilo en su sentencia en el caso *Pacheco Tineo*. El caso era relativo a

una familia cuyos miembros eran de nacionalidad peruana (salvo el hijo menor, que era de nacionalidad chilena), y que había sido expulsada del territorio boliviano hacia Perú, a pesar de la alegación de que corrían peligro en este último Estado, y de su solicitud de asilo ante las autoridades bolivianas.

En esta sentencia, la Corte tiende a identificar la figura del asilo territorial de la Convención y de la Declaración Americanas con la del refugio, fundiendo las normas relativas a una y otra para interpretarlas conjuntamente. Sin embargo, en algunos pasajes parece indicar que el asilo no se confunde totalmente con el refugio, sino que es una dimensión o parte de él: “la institución del asilo, que es una emanación directa del derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, enunciado en el párrafo 1 del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, es uno de los mecanismos más fundamentales para la protección internacional de los refugiados”.⁴⁶ Se evidencia así cierta ambigüedad conceptual en el trato que la Corte dispensa a las dos instituciones. La misma tendencia a aproximar ambas instituciones se verifica en la Opinión Consultiva sobre los *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*.⁴⁷

La identidad (o al menos la proximidad) entre ambas figuras encuentra sustento tanto en el artículo 22.7 de la Convención (que menciona expresamente otras fuentes del derecho internacional), como en el artículo 29.b según el cual, la Convención no puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido, de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes, o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.⁴⁸

Debe recordarse que la Corte Interamericana, desde sus primeros pronunciamientos, ha recogido la tendencia a integrar las normas del sistema regional de protección de los dere-

⁴⁶ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 142.

⁴⁷ Corte IDH: *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, *op. cit.*, párr. 73.

⁴⁸ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 143.

chos humanos con otras normas provenientes del sistema universal.⁴⁹

La Comisión, refiriéndose expresamente al derecho humanitario, ha dicho que cuando existen diferencias entre las normas legales que rigen derechos idénticos o similares en la Convención Americana y en un instrumento de derecho humanitario, la Comisión está obligada a asignar efecto legal a las disposiciones del tratado con el estándar más elevado.⁵⁰ La Comisión también ha afirmado que las normas del derecho internacional de los refugiados, las normas del derecho internacional de los derechos humanos y las normas del derecho internacional humanitario se complementan recíprocamente.⁵¹ Y que por esta razón, al interpretar las normas de la Declaración Americana (nosotros agregamos: *y de la Convención Americana*) a la luz de otras normas del derecho internacional, la Comisión actúa dentro de su mandato.⁵² Esta práctica de la Comisión ha recibido la aprobación de la Corte.⁵³ Del mismo modo, la Comisión puede apoyarse en la Convención para interpretar la Declaración, incluso cuando está aplicando la Declaración a un Estado que no es parte en la Convención, ya que al proceder de tal modo no aplica directamente la Convención.⁵⁴

La convergencia entre el derecho interamericano de los derechos humanos y otras ramas del derecho internacional, como el derecho internacional de los refugiados ha sido también reconocida por la doctrina (Piza Escalante y Cisneros Sánchez, 1982, 110; Cançado Trindade, 1996, 166; San Juan y Manly, 2004, 57-59).

La segunda pregunta que surge en relación con el asilo es si existe un derecho a obtenerlo, o si su reconocimiento es un acto discrecional del Estado y sólo existe un derecho a buscarlo,

⁴⁹ Corte IDH: *Otros tratados: objeto de la función consultiva de la Corte*, párr. 41.

⁵⁰ Comisión IDH: *Juan Carlos Abella (Argentina)*, párrs. 165-166.

⁵¹ Comisión IDH: *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*, *op. cit.*, párrs. 26-28.

⁵² *Ibid.*, párr. 38.

⁵³ Corte IDH: *Otros tratados: objeto de la función consultiva de la Corte*, *op. cit.*, párr. 43.

⁵⁴ Comisión IDH: *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*, *op. cit.*, párr. 38.

pero no a obtenerlo. La existencia de un derecho a obtener asilo implicaría que, si existe efectivamente una situación de persecución, el Estado solicitado no podría denegar la protección.

En el contexto de las normas sobre el asilo basadas en la lógica interestatal, parece claro que otorgar el asilo (no sólo el diplomático, sino incluso el territorial al que aquí nos referimos) es un derecho del Estado, pero recibirlo no es un derecho del perseguido. Ésta es la concepción del asilo propia de la tradición latinoamericana.⁵⁵

La lógica de los instrumentos de derechos humanos es otra. Allí se reconoce expresamente el derecho a buscar y recibir asilo. Sin embargo, tal derecho es reconocido de acuerdo con lo que dispongan la legislación interna y el derecho internacional. Dado que los instrumentos de derechos humanos sólo incorporan el asilo territorial, la existencia de un verdadero derecho a buscar y recibir asilo, de la que hablamos en los párrafos siguientes, ha de entenderse limitada a esta forma de protección.

En el caso *Pacheco Tineo*, la Corte sostuvo que el derecho de buscar y de recibir asilo, establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana, no asegura que se reconozca el estatus de refugiado a la persona solicitante, pero sí que su solicitud sea tramitada con las debidas garantías.⁵⁶ Más aún: la Corte dejó claramente asentado que no le correspondía hacer una evaluación de la procedencia de la solicitud de asilo, que es competencia de las autoridades nacionales, sino sólo determinar si las actuaciones de esas autoridades nacionales, que estaban llamadas a hacer ese análisis, habían sido compatibles con los estándares internacionales.

Por otro lado, hay que recordar que el derecho a buscar y a recibir asilo, según reconocen la Convención y la Declaración

⁵⁵ En el conocido caso del derecho de asilo resuelto por la Corte Internacional de Justicia, 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 caso 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. CIJ: *Asylum case (Colombia vs. Perú)*. CIJ: *Haya de la Torre case (Colombia vs. Perú)*.

⁵⁶ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 197.

Americanas, se tiene *de acuerdo con la legislación nacional*.⁵⁷ Es esta apostilla al reconocimiento del derecho de asilo la que ha permitido decir a la Comisión 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 Declaración⁵⁸ (aunque la Comisión se refiere a la Declaración, el mismo razonamiento sería extensible a la Convención).

A primera vista, pues, parece que sólo hay un derecho a buscar asilo, pero no a obtenerlo. Sin embargo, la cuestión no es tan clara. Como veremos adelante con más detalle, la Corte dice que la solicitud de asilo debe ser considerada *con las debidas garantías*. Una respuesta negativa que no estuviera motivada, o cuya motivación fuera arbitraria o irrazonable, probablemente sería considerada violatoria de las garantías del debido proceso. Por ello, parece que hay que decir que sí existe un verdadero derecho a obtener asilo, aunque las autoridades nacionales guarden al respecto un amplio margen de apreciación.

Esta conclusión se ve reafirmada por la posición adoptada de la Corte en la Opinión Consultiva sobre los *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, en la que sostuvo que si bien existe un verdadero derecho a buscar y a recibir asilo,⁵⁹ la determinación de los supuestos en los que se ejerce el derecho depende de la *legislación de cada país* (se entiende, del país en el que se solicita la protección internacional), y de los convenios internacionales, según los artículos 22.7 de la Convención y XX-VII de la Declaración.⁶⁰

Un caso particular fue el analizado por la Comisión en el asunto del *Comité Haitiano de Derechos Humanos*. La Comisión abordó la situación de los haitianos que eran interceptados por

⁵⁷ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 143. Comisión IDH: *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Estados Unidos)*, párr. 151.

⁵⁸ Comisión IDH: *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros*, *op. cit.*, párr. 153.

⁵⁹ Corte IDH: *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, *op. cit.*, párr. 73.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 74.

Estados Unidos en alta mar (es decir, antes de alcanzar la costa estadounidense) y devueltos a Haití. De acuerdo con la legislación estadounidense, sólo podían solicitar el reconocimiento del estatuto de asilados quienes hubieran llegado a territorio de los Estados Unidos. Este último argumentaba que no había habido violación de la Declaración: según la Declaración misma, el derecho al asilo se tiene de acuerdo con la legislación nacional, de modo que si la legislación nacional establece que quienes están en alta mar no tienen un derecho a buscar y a recibir asilo, no existe tampoco un derecho amparado por la Declaración.

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 en alta mar, y devolvía a Haití, iban a buscar asilo en este país (de hecho, muchos haitianos buscaban asilo en otros países americanos), al impedirles llegar a otros Estados en los que podían haber obtenido protección, los Estados Unidos habían violado el derecho del artículo XXVII de la Declaración Americana a buscar y recibir asilo, además de violar la prohibición de devolución (sobre la que hablaremos más abajo), el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (artículo I de la Declaración), el derecho a la igualdad (artículo II de la Declaración), porque sólo los haitianos estaban sometidos a este procedimiento de devolución, mientras que los nacionales de otros países, como los cubanos, eran favorablemente acogidos por los servicios de inmigración) y el derecho a un recurso judicial (artículo XVIII de la Declaración).⁶¹

Esta interpretación es compatible con la afirmación de la Corte Interamericana, según la cual, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, aunque no establece el derecho al asilo como un derecho de manera explícita, lo reconoce de modo implícito.⁶² Por otra parte, la Corte ha afirmado que el reconocimiento del estatuto de refugiado tiene carácter meramente declarativo, ya que “una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición”

⁶¹ Comisión IDH: *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros, op. cit.*, párrs. 162-180.

⁶² Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo, op. cit.*, párr. 139.

contenida en la Convención de 1951.⁶³ En un sentido semejante se ha pronunciado la Comisión.⁶⁴ Además, una vez determinada la condición de asilado de una persona, “ésta la conserva a no ser que quede comprendida en el supuesto de una de las cláusulas de cesación”.⁶⁵ Dichas cláusulas se encuentran contenidas en los párrafos 1) a 6) de la sección C, del artículo 1º de la Convención de 1951.⁶⁶ Estas causales deben interpretarse restrictivamente.⁶⁷

Finalmente, hay que tener en cuenta que el reconocimiento de la condición de asilado puede tener consecuencias para terceros Estados, ya que según la Corte Interamericana, “una vez declarado por un Estado, el estatuto de refugiado protege a la persona a la cual le ha sido reconocido más allá de las fronteras de ese Estado, de modo que otros Estados en los que ingrese esa persona, deben tomar en cuenta tal condición al momento de adoptar cualquier medida de carácter migratorio a su respecto y, por ende, garantizar un deber de precaución especial en la verificación de tal condición y en las medidas que pueda adoptar”.⁶⁸

⁶³ *Ibid.*, párr. 151.

⁶⁴ Comisión IDH: *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*, *op. cit.*, párr. 70.

⁶⁵ Corte IDH: *Familia Pacheco Tíneo*, *op. cit.*, párr. 148.

⁶⁶ “En los casos que se enumeran a continuación, esta Convención cesará de ser aplicable a toda persona comprendida en las disposiciones de la sección A precedente:

- 1) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, o
- 2) Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o
- 3) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o
- 4) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o
- 5) Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad.

[...]

- 6) Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.

[...].”

⁶⁷ Corte IDH: *Familia Pacheco Tíneo*, *op. cit.*, párr. 149.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 150.

V.2. Personas que pueden beneficiarse del asilo

Un punto en el que los instrumentos internacionales son discordantes es el relativo a quiénes pueden beneficiarse de la protección del asilo o del refugio. La Declaración Americana tiene una definición muy amplia, que incluye a cualquier persona sometida a “persecución que no sea motivada por delitos de derecho común” (artículo XXVII).

La Convención, en cambio, es decididamente más restrictiva, ya que sólo incluye los casos de “persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos” (artículo 22.7). Sin embargo, dado que el artículo XXVII de la Declaración no limita el derecho de buscar y de recibir asilo a la causal política, y que según el artículo 29.d) de la Convención ésta no puede interpretarse de modo de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”, hay que concluir que, en el contexto de la Convención no se puede limitar el asilo únicamente a los casos de persecución política, sino que también se podría aplicar a casos de persecución por motivos religiosos, raciales y, en general, a cualquier otro de los enumerados en el artículo 1 de la Convención de 1951 (San Juan y Manly, 2004, 61).⁶⁹ Más aún, habría que admitir que de los tres documentos (Declaración Americana, Convención Americana y Convención sobre el Estatuto de los Refugiados) hay que aplicar el que diera la protección más amplia, por lo que el asilo podría ser invocado por cualquier persona perseguida, con excepción de los perseguidos por delitos comunes.

La Convención de Caracas sobre Asilo Territorial señala primeramente que todo Estado puede admitir en su territorio a las personas que juzgue conveniente, por lo que daría a la figura del asilo una dimensión realmente muy amplia. Sin embargo, luego es más precisa al hablar de personas que “sean perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política, o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos” (artículo II), o bien personas “perseguidas por motivos o delitos políticos”

⁶⁹ Ver *mutatis mutandis*, en Corte IDH: *Blake vs. Guatemala*, párr. 36.

(artículo III), o incluso personas requeridas de extradición que “sean perseguidas por delitos políticos, o por delitos comunes cometidos con fines políticos”, o “cuando la extradición se solicita obedeciendo a móviles predominantemente políticos” (artículo IV). En cualquier caso, hay que tener en mente que las personas mencionadas por esta Convención como susceptibles de recibir asilo, no tienen *un derecho* a buscarlo y recibirlo, ya que de ningún modo es reconocido por la Convención. La enumeración se refiere a las personas *a las que un Estado puede* otorgar asilo, no a las personas que pueden *reivindicar un derecho* de asilo.

Las declaraciones de las Naciones Unidas mencionan a las personas perseguidas de modo genérico: el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, comienza con la frase “en caso de persecución” y el artículo 1 de la Declaración sobre Asilo Territorial, habla de las personas “que tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, incluidas las personas que luchan contra el colonialismo”.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, finalmente, tiene una definición compleja. Se entiende por *refugiado* a la persona que “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y 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” (artículo 1.A.2). Según el texto original de la Convención, los Estados podían decidir, al momento de la firma, ratificación o adhesión, limitar el alcance de la misma a los acontecimientos producidos en Europa (artículo 1.B.1). El Protocolo posterior estableció que esta definición debía leerse sin las limitaciones temporal y espacial (artículo 1.2).

La Convención de 1951 contiene también una enumeración de las circunstancias que excluyen la condición de refugia-

do, aunque las personas cumplan los requisitos mencionados en la definición. Estas circunstancias son acogerse nuevamente a la protección del país de su nacionalidad; recuperar la nacionalidad perdida anteriormente; adquirir una nueva nacionalidad, y acogerse a la protección de ese país; restablecerse en el país donde se había sufrido persecución; y la desaparición de las circunstancias que permitían definirla como refugiada y que le permiten acogerse a la protección del país de su nacionalidad o, en caso de ser apátrida, regresar al país de su residencia (artículo 1.C).⁷⁰

Finalmente, hay que tener en cuenta que las disposiciones de la Convención no son aplicables a quienes gocen de otra protección de Naciones Unidas, a quienes gocen de los derechos que un determinado Estado reconoce a sus nacionales, y a los autores de determinados delitos graves (artículos 1.D, 1.E y 1.F).⁷¹

⁷⁰ “En los casos que se enumeran a continuación, esta Convención cesará de ser aplicable a toda persona comprendida en las disposiciones de la sección A precedente:

- 1) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad; o
- 2) Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o
- 3) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o
- 4) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o
- 5) Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad. Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores.
- 6) Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.

Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país donde tenían residencia habitual, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores”.

⁷¹ “D. Esta Convención no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Quando esta protección o asistencia haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente con arreglo a las resoluciones aprobadas sobre el particular por la Asamblea General de las Naciones

Éstas son las denominadas *causales de exclusión* de la protección de la Convención de 1951. Según la Comisión, ha de entenderse que estas causales complementan la disposición de la Declaración Americana (y de la Convención Americana, agregamos nosotros) sobre asilo.⁷² La interpretación de estas cláusulas ha de ser restrictiva,⁷³ aunque respecto de las personas que están excluidas de la protección internacional por ser autores de determinados delitos no es necesario que exista una condena penal previa, bastando la existencia de *motivos fundados para considerar* que se ha cometido tal delito.⁷⁴

Una cuestión fundamental es la relativa a quién es competente para verificar la existencia de una causal que justifica el otorgamiento de asilo. Tratándose de la protección de una persona que se encuentra dentro del territorio del Estado, parece natural que sea el propio Estado asilante el que califique la naturaleza de las circunstancias de las que huye el (supuesto) perseguido.⁷⁵

Unidas, esas personas tendrán *ipso facto* derecho a los beneficios del régimen de esta Convención.

E. Esta Convención no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país.

F. Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

- a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
- c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.

⁷² Comisión IDH: *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*, op. cit., párr. 58.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 59.

⁷⁵ En el caso del derecho de asilo resuelto por la Corte Internacional de Justicia, fue éste uno de los puntos principales de disputa, aunque en relación con el asilo diplomático, no con el asilo territorial. La Corte concluyó que, en ausencia de una disposición convencional que vinculara a Perú, en el sentido de que el Estado asilante podía calificar unilateralmente la naturaleza de la persecución (las normas convencionales existentes no vinculaban a Perú), y de una costumbre latinoamericana en ese sentido (tal como había alegado Colombia), no se podía concluir que el Estado asilante tuviera un derecho de calificación unilateral y definitiva. Admitir esto habría significado violentar el principio de igualdad soberana de los Estados sin justificación normativa alguna. La Corte marcó expresamente la diferencia con el caso del asilo territorial. Aquí

Esta conclusión se ve reforzada por el artículo XI de la Convención de Caracas que establece que en casos de reclamaciones o requerimientos de un Estado a otro, “la apreciación de la prueba presentada por el Estado requirente dependerá del criterio del Estado requerido”. Es verdad, sin embargo, que este artículo no parece autorizar una calificación puramente discrecional por parte del Estado asilante, sino que se refiere a que este último tiene cierta libertad para *apreciar las pruebas* que presente el Estado requirente. Por ello, parece que la interpretación correcta sería que si el Estado requirente no presenta prueba alguna, el Estado requerido goza de un margen importante de discrecionalidad. Pero si el requirente presenta pruebas, la discrecionalidad del requerido se ve limitada a *la apreciación de esas pruebas*.

Como ya es sabido, la Convención de Caracas se ubica en una lógica de relaciones interestatales. Por ello, las garantías que allí están mencionadas tienden a asegurar la posición de los Estados intervinientes, pero no los derechos del (supuesto) perseguido. En el apartado siguiente nos referiremos a las garantías que surgen en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos y que, por eso, responden a la finalidad de resguardar los derechos de las personas y no de los Estados.

V.3. Garantías en los procedimientos de asilo

La determinación de la condición de refugiado de una persona, por parte de las autoridades competentes, es un proceso que se desarrolla en dos etapas: comprobación de los hechos del caso y aplicación de las definiciones de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 a los hechos comprobados.⁷⁶

La Convención de 1951 no contiene referencias explícitas sobre los procedimientos a seguir para la determinación de la condición de refugiado y sobre las garantías procesales que han de regir tales procedimientos. Tampoco los instrumentos del

sí resulta posible la calificación unilateral del Estado asilante, ya que la presencia del asilado en su territorio no supone una derogación de la soberanía de otro Estado (como es el caso del asilo diplomático). CIJ: *Asylum, op. cit.*, pp. 274-278.

⁷⁶ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo, op. cit.*, párr. 171.

Sistema Interamericano contienen esas referencias. Sin embargo, con abundante cita de otras fuentes internacionales, la Corte Interamericana ha enfatizado la necesidad de establecer procedimientos justos para la determinación del estatuto de asilado.⁷⁷

El derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención debe ser leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la misma, que establecen respectivamente las garantías del debido proceso y el derecho a un recurso judicial.⁷⁸ Lo mismo debe decirse del derecho semejante reconocido en el artículo XXVII de la Declaración.

[...] todo procedimiento relativo a la determinación de la condición de refugiado de una persona implica una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a sus derechos más básicos, como la vida, la integridad y la libertad personal. De tal manera, aún si los Estados pueden determinar los procedimientos y autoridades para hacer efectivo ese derecho, en aplicación de los principios de no discriminación y debido proceso, se hacen necesarios procedimientos previsibles, así como coherencia y objetividad en la toma de decisiones en cada etapa del procedimiento para evitar decisiones arbitrarias.⁷⁹

En un sentido semejante se ha pronunciado la Comisión Interamericana, para la cual “el proceso para determinar quién es o quién no es un refugiado implica hacer determinaciones caso por caso que pueden influir en la libertad, la integridad personal e inclusive la vida de la persona de que se trate”, por lo que “los principios básicos de igual protección y debido proceso [...] hacen necesarios procedimientos previsibles y coherencia en la toma de decisiones en cada etapa del proceso”.⁸⁰

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 156.

⁷⁸ *Ibid.*, párrs. 154-155.

⁷⁹ *Ibid.*, párr. 157.

⁸⁰ Comisión IDH: *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*, *op. cit.*, párr. 52.

El debido proceso, en relación con las solicitudes de asilo, exige que se reconozcan al menos las siguientes garantías:⁸¹

- Deben garantizarse las facilidades necesarias para que quien busca asilo pueda presentar adecuadamente su solicitud.
- El solicitante debe recibir la orientación necesaria.
- El procedimiento debe ser llevado ante una autoridad competente claramente identificada.
- El solicitante tiene derecho a ser oído.
- La solicitud debe evaluarse objetivamente y la decisión debe estar fundada.
- Debe existir la posibilidad de recurrir una resolución negativa.
- Debe preverse un mecanismo de reapertura del procedimiento en caso de aparición de hechos nuevos.

Respecto del primer punto, la Corte ha dicho que deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias para que pueda someter su solicitud ante las autoridades.⁸² Éstas incluyen los servicios de un intérprete competente, en caso de ser necesario por razones lingüísticas.⁸³ Igualmente, las facilidades abarcan el acceso a asesoría y representación legal.⁸⁴ Aunque la Corte dice que el asesoramiento y representación legal son necesarios *en su caso*, la Comisión parecería indicar que ellos deberían estar disponibles durante todo el procedimiento. En efecto, sólo así se puede entender la preocupación de la Comisión, en su informe sobre el sistema canadiense de protección de refugiados, por el hecho de que este país no proveía asistencia legal en la fase preliminar del procedimiento (fase que podía, sin embargo, dar lugar a un rechazo definitivo de la solicitud).⁸⁵

⁸¹ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 159.

⁸² *Idem.*, ver *mutatis mutandis*, Corte IDH: *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 154; Corte IDH: *López Mendoza vs. Venezuela*, párr. 117.

⁸³ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 159. Ver *mutatis mutandis*, Corte IDH: *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 195.

⁸⁴ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 159. Ver *mutatis mutandis*, Corte IDH: *Barreto Leiva vs. Venezuela*, párr. 62; Corte IDH: *Cabrera García y Montiel Flores*, *op. cit.*, párr. 155.

⁸⁵ Comisión IDH: *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*, *op. cit.*, párr. 63

El solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse en un lenguaje y modo que pueda comprender.⁸⁶ Igualmente, se le debe dar la oportunidad, en su caso, de ponerse en contacto con un representante de ACNUR.⁸⁷

La solicitud debe examinarse, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada.⁸⁸ Esto requiere la realización de una entrevista personal.⁸⁹ La autoridad que evalúa la solicitud debe reunir las suficientes garantías de independencia.⁹⁰ Y aunque el derecho internacional deja a las autoridades nacionales la decisión sobre los cauces procesales para hacer efectivo el asilo, la Comisión es de la idea que quienes están mejor capacitados para formular las determinaciones de la elegibilidad son los encargados de interpretar y aplicar la legislación y la política sobre refugiados.⁹¹ Con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad.⁹²

El solicitante tiene derecho a ser oído por la autoridad que tramita su solicitud.⁹³ Según la Comisión,

[...] aunque el derecho a ser oído en la presentación de un reclamo no necesariamente presupone la aplicación de la misma gama de garantías procesales que se aplicarían, por ejemplo, en un proceso penal, sí se requiere que la per-

⁸⁶ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 159.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ *Idem.* Ver *mutatis mutandis*, Corte IDH: *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 77; Corte IDH: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 130.

⁸⁹ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 159.

⁹⁰ Comisión IDH: *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*, *op. cit.*, párr. 63.

⁹¹ *Ibid.*, párr. 68.

⁹² Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 159.

⁹³ Comisión IDH: *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*, *op. cit.*, párr. 60. Comisión IDH: *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros*, *op. cit.*, párr. 163.

sona en cuestión reciba las garantías mínimas necesarias para presentar eficazmente su reclamo.⁹⁴

La solicitud debe ser evaluada con objetividad.⁹⁵ Las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa.⁹⁶

Si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada.⁹⁷ El recurso debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive, mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada.⁹⁸ Independientemente de los recursos de carácter administrativo que puedan existir, es necesario, por imperativo del artículo 25 de la Convención, que la decisión denegatoria pueda ser sometida a una revisión judicial. En algunos casos, además, es posible que ciertos mecanismos comunes de protección de derechos puedan servir como medios de revisión judicial de la decisión denegatoria:

[...] independientemente de la posibilidad de revisión, en el marco del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, y según las regulaciones propias del ordenamiento jurídico de cada Estado, pueden existir determinadas acciones o recursos de carácter judicial, por ejemplo, de amparo o de *habeas corpus*, que sean rápidos, adecuados y efectivos para cuestionar la posible violación de los derechos reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención, o en la Constitu-

⁹⁴ Comisión IDH: *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*, op. cit., párr. 60.

⁹⁵ Corte IDH: *Familia Pacheco Tíneo*, op. cit., párr. 159.

⁹⁶ *Idem.*, ver mutatis mutandi, Corte IDH: *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, párr. 141.

⁹⁷ Corte IDH: *Familia Pacheco Tíneo*, op. cit., párr. 159. Ver mutatis mutandis, Corte IDH: *Vélez Loor*, op. cit., párr. 179; Corte IDH: *Mohamed vs. Argentina*, párr. 98.

⁹⁸ Corte IDH: *Familia Pacheco Tíneo*, op. cit., párr. 159.

ción y en la ley de cada Estado. En esos términos, tales recursos pueden ser, en determinadas circunstancias, efectivos para remediar parcial o totalmente la situación violatoria y, en su caso, para reconducir los procedimientos administrativos, lo cual corresponderá ser evaluado en cada caso.⁹⁹

Por último, y con independencia de la debida revisión judicial (o administrativa y judicial) de las decisiones denegatorias, se deben prever mecanismos de reapertura de procedimientos ya cerrados, que permitan reconsiderar una solicitud de asilo en caso de que haya hechos nuevos que demuestren un cambio de circunstancias en relación con el momento en el que la solicitud fue rechazada.¹⁰⁰

Los Estados pueden establecer *procedimientos acelerados* para resolver solicitudes que sean *manifiestamente infundadas y abusivas*. No obstante, dadas las graves consecuencias que puede tener una determinación errónea para el solicitante, aún en esos procedimientos, deben respetarse las mínimas garantías de audiencia, de determinación de ese carácter infundado o abusivo de la solicitud por parte de la autoridad competente y de posibilitar la revisión de la decisión negativa antes de una expulsión.¹⁰¹

Según la opinión de ACNUR (1983, 97) recogida por la Comisión Interamericana,¹⁰² en estos procedimientos para evaluar solicitudes manifiestamente infundadas deben respetarse las siguientes garantías mínimas:

- Tener la oportunidad de una entrevista completa, de preferencia realizada por un funcionario del órgano con competencia para determinar la condición de refugiado.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 162.

¹⁰⁰ Comisión IDH: *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*, op. cit., párr. 69.

¹⁰¹ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, op. cit., párr. 172.

¹⁰² Comisión IDH: *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*, op. cit., párrs. 71-72.

- La autoridad normalmente competente para determinar la condición de refugiado debería ser quien establezca la naturaleza evidentemente infundada o abusiva de una solicitud.
- Un solicitante que no haya tenido éxito, debería tener derecho a algún mecanismo de revisión antes de ser rechazado en la frontera o expulsado.

El rechazo sumario de las decisiones manifiestamente infundadas o abusivas se hace, en muchos casos, a través de una etapa inicial del procedimiento de evaluación de la solicitud de asilo. En efecto, algunos sistemas de determinación del estatus de refugiado tienen una primera fase, breve y expedita, que permite rechazar las solicitudes manifiestamente infundadas. Aunque sea lícito que esta evaluación inicial tenga carácter expedito, se debe hacer conforme con ciertas garantías mínimas.¹⁰³

En el caso *Pacheco Tineo*, la Corte halló una violación de las garantías procesales aplicables a la evaluación de solicitudes de asilo. Las autoridades bolivianas habían determinado sumariamente que no darían curso a la solicitud de asilo presentada por la familia Pacheco, sin dar audiencia a los interesados.¹⁰⁴ El argumento dado por la resolución era que habían cesado las causas de persecución en Perú, ya que el señor Pacheco había renunciado al estatus de refugiado que le había sido otorgado en una situación anterior por Bolivia y había regresado a Perú.¹⁰⁵ Según la Corte, esta actitud de Bolivia implicaba no tener en cuenta la posibilidad de que las circunstancias hubiesen cambiado que se hubiesen producido hechos sobrevinientes a tal renuncia.¹⁰⁶

Por otro lado, Bolivia había alegado que se había tratado de un procedimiento sumario, en razón de que la solicitud era manifiestamente infundada. La Corte, aunque como ya dijimos admite en general la posibilidad de que exista un procedimiento sumario, sostuvo que en el caso la autoridad migratoria bo-

¹⁰³ *Ibid.*, párr. 59.

¹⁰⁴ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 163.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párr. 167.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 173.

liviana no había basado el rechazo en el hecho de que la solicitud era manifiestamente infundada, ni había hecho constar las razones por las cuales hubiese llegado a tal conclusión.¹⁰⁷

La Corte declaró la existencia de una violación del derecho a buscar y recibir asilo (artículo 22.7), y del principio de no devolución (artículo 22.8) en relación con las reglas del debido proceso (artículo 8).¹⁰⁸ En nuestra opinión, resulta más conveniente caracterizar la actividad del Estado sólo como violación del derecho a buscar y recibir asilo en relación con el debido proceso, pero no del principio de no devolución, ya que la sola negativa al asilo (aunque sea manifiestamente infundada y violatoria de garantías procesales) no constituye una violación del principio de no devolución mientras no haya expulsión del territorio hacia otro territorio donde exista peligro. Es verdad que en el caso la negativa fue seguida de la expulsión del territorio hacia un territorio en el que la familia corría peligro. Pero se trata de dos situaciones conceptualmente distinguibles: la negativa a otorgar asilo, que es declarada sin las debidas garantías, constituye una violación del artículo 22.7. La expulsión del territorio puede constituir una violación del artículo 22.8.

A las consideraciones antedichas sobre el debido proceso, la reciente Opinión Consultiva sobre los *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional* agregó algunas particularidades relativas a la situación de los menores solicitantes de protección internacional. De acuerdo con la Corte, la evaluación que hagan los Estados sobre la situación de los menores en vistas a determinar si requieren protección internacional debe tener por finalidad dar a los menores un tratamiento acorde a su condición de tales y, en caso de duda sobre la edad, la evaluación y determinación de la misma; determinar si se trata de un niño no acompañado o separado; determinar la nacionalidad del niño o, en su caso, su condición de apátrida; obtener información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro ele-

¹⁰⁷ *Ibid.*, párr. 172.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr. 180.

mento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y adoptar en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior del niño de medidas de protección especial.¹⁰⁹

Las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de menores extranjeros al territorio nacional, aun cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato por personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niños.¹¹⁰ El procedimiento de evaluación inicial debe contar con mecanismos efectivos para obtener información y transmitirla a las entidades estatales encargadas de las medidas de protección, de conformidad con el principio del interés superior,¹¹¹ y realizarse en un ambiente amigable y que otorgue garantías de seguridad y privacidad.¹¹²

La evaluación de las solicitudes de asilo presentadas por menores debe estar sometida, además de a las reglas comunes del debido proceso, a garantías procedimentales específicas. Así, la representación legal debe ser gratuita y contar con capacitación especializada.¹¹³ La entrevista personal debe ser realizada en un lugar adecuado a las necesidades y seguridad de los niños, y por un profesional que cuente con una capacitación especializada.¹¹⁴ Debe existir la menor demora posible en el reconocimiento de la condición de refugiado, y el Estado debe brindar cuidado al niño solicitante de manera especial durante el tiempo que dure la toma de decisión.¹¹⁵ La decisión debe ser comunicada al niño en un lenguaje y modo adecuado a la edad, y en presencia de su tutor, representante legal y/o de otra persona de apoyo.¹¹⁶ En caso de no reconocerse la condición de

¹⁰⁹ Corte IDH: *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, op. cit., párrs. 88-107.

¹¹⁰ *Ibid.*, párr. 83.

¹¹¹ *Ibid.*, párr. 84.

¹¹² *Ibid.*, párr. 85.

¹¹³ *Ibid.*, párr. 251.

¹¹⁴ *Ibid.*, párr. 254.

¹¹⁵ *Ibid.*, párr. 256.

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 256.

refugiado, se debe procurar evitar o reducir cualquier posibilidad de estrés o daño psicológico al menor.¹¹⁷

V.4. Principio de no devolución

El artículo 22.8 de la Convención recepta el principio de no devolución o *non-refoulement*. Se trata de un principio propio del derecho internacional de los refugiados que prohíbe que un individuo sea enviado a un territorio donde su vida o su libertad corran peligro. La devolución puede tomar la forma de una expulsión o también de un rechazo en frontera.

El principio de no devolución está expresamente reconocido en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.¹¹⁸ También lo está en el ya transcrito artículo 22.8 de la Convención Americana. Aunque la Declaración Americana no lo menciona expresamente, la Comisión lo ha reconocido como implícito en ella, como una derivación del derecho a buscar y recibir asilo en relación con los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad personal.¹¹⁹

La Corte lo ha calificado como piedra angular de la protección internacional de los refugiados,¹²⁰ y la Comisión se ha referido a él como obligación suprema de los Estados parte en la Convención.¹²¹

El principio es además una norma de derecho internacional consuetudinario, según lo reconoce la doctrina (Goodwin-

¹¹⁷ *Ibid.*, párr. 258.

¹¹⁸ Artículo 33: “1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

¹¹⁹ Comisión IDH: *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*, *op. cit.*, párr. 32.

¹²⁰ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 151.

¹²¹ Comisión IDH: *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*, *op. cit.*, párr. 24.

Gill, 1978, 142) y la propia Corte Interamericana.¹²² La Corte ha señalado que en el Sistema Interamericano el principio de no devolución es más amplio en su sentido y alcance, en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación del derecho internacional de refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos.¹²³

En virtud del principio, antes de proceder a una expulsión el Estado tiene la obligación de efectuar una determinación motivada sobre la procedencia de la causal de expulsión, así como del país al que corresponde trasladar a la persona para no colocarla en situación de riesgo.¹²⁴ La protección se aplica no sólo a quienes ya tienen reconocido el estatuto de asilado o refugiado sino también, y fundamentalmente, a quienes solicitan tal reconocimiento, mientras su situación no haya sido particularmente considerada: "Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones".¹²⁵ Por ello se exige un análisis adecuado e individualizado de las peticiones.¹²⁶

Antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse que la persona que solicita asilo se encuentra en la capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando. Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde donde el cual, puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo (la llamada 'devolución indirecta').¹²⁷

¹²² Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 151.

¹²³ *Ibid.*, párr. 151.

¹²⁴ *Ibid.*, párr. 183.

¹²⁵ Comisión IDH: *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*, *op. cit.*, párr. 25.

¹²⁶ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 153. Comisión IDH: *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*, *op. cit.*, párr. 111.

¹²⁷ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 153.

En caso de menores, los riesgos deben ser analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño.¹²⁸

En el caso *Pacheco Tineo*, la Corte constató que el Estado no había realizado tal determinación, por lo que había una violación del derecho a buscar y recibir asilo (artículo 22.7) y del principio de no devolución (artículo 22.8) en relación con las reglas del debido proceso (artículo 8).¹²⁹ Creemos que la Corte incurrió aquí en un error conceptual. En efecto, expulsar a una persona del territorio del Estado sin verificar si esa expulsión puede colocar a esa persona en situación de riesgo implica violar el principio de no devolución, pero no necesariamente el derecho a buscar y recibir asilo (por ejemplo, porque el expulsado nunca pidió asilo, porque lo pidió y su solicitud fue correctamente rechazada, etcétera). Es verdad por supuesto que en el caso, como dijimos más arriba, se daba *además* una violación del derecho a buscar y recibir asilo. Pero tal violación no provenía de la expulsión, sino del hecho de que el Estado no había considerado con las debidas garantías la solicitud de asilo. Si el Estado hubiese expulsado a la familia con destino a otro país (por ejemplo, Chile) se habría mantenido igualmente la violación del derecho a buscar y recibir asilo, pero no habría habido violación del principio de no devolución porque no existía riesgo para los expulsados en ese país.

Por otro lado, en el mismo caso, la Corte constató que la decisión de expulsión había sido expedida en un plazo excesivamente sumario, no había sido notificada y había sido ejecutada inmediatamente. Tal situación había hecho impracticable cualquier recurso interno que, aunque hubiese existido teóricamente, había sido de uso imposible por parte de la familia Pacheco. Estas circunstancias, además de constituir en sí mismas una violación del artículo 8 de la Convención, impidieron a las víctimas el ejercicio de un recurso efectivo para proteger sus

¹²⁸ Corte IDH: *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, *op. cit.*, párr. 222.

¹²⁹ Corte IDH: *Familia Pacheco Tineo*, *op. cit.*, párr. 189.

derechos, y constituyeron por ello también una violación del artículo 25.¹³⁰

Tanto la Comisión Interamericana, como la Corte Interamericana, han reconocido que la protección emergente del principio de no devolución se aplica a todos los extranjeros, con independencia de su situación a la luz de la normativa interna de extranjería. Según la Corte, el principio de no devolución reconocido en la Convención beneficia a cualquier extranjero, y no solamente a los asilados o refugiados, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre.¹³¹ Por ello, cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán entrevistar a la persona y realizar una evaluación preliminar, a efectos de determinar si existe ese riesgo.¹³²

Igualmente, la Comisión ha afirmado que el principio se aplica a personas que huyen de situaciones generalizadas de violencia.¹³³ La obligación del Estado no se suspende ni siquiera por el hecho de que existan sospechas de que la persona puede estar implicada en delitos de terrorismo.¹³⁴ En el caso *Andrea Mortlock*, la Comisión señaló incluso que la falta de un tratamiento médico adecuado en el país al que se pretendía expulsar al extranjero significaba un riesgo para su integridad, y por ello impedía esa expulsión;¹³⁵ sin embargo, se trataba de un caso excepcional, ya que la enfermedad era terminal, y existían además otras circunstancias que indicaban que la persona expulsada podría sufrir vejaciones en el país de destino.

La violación del principio de *non-refoulement*, en razón de un rechazo en frontera, puede asumir formas indirectas, como la que se produce cuando un Estado intercepta a un extranjero antes de llegue a la propia frontera y le obliga a regresar al pun-

¹³⁰ *Ibid.*, párrs. 190-195.

¹³¹ *Ibid.*, párr. 135.

¹³² *Ibid.*, párr. 136.

¹³³ Comisión IDH: *Informe anual 1984-1985*, apartado IV, (párrafos sin numerar).

¹³⁴ Comisión IDH: *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*, *op. cit.*, párr. 154.

¹³⁵ Comisión IDH: *Andrea Mortlock*, *op. cit.*

to de origen. En el caso conocido como de *Interdicción de haitianos en Estados Unidos (Comité Haitiano de Derechos Humanos)*, la Comisión declaró que Estados Unidos había cometido una violación del derecho internacional al devolver haitianos a Haití, sin verificar previamente si existía un riesgo para ellos en el país al que eran devueltos.¹³⁶

En otros casos, la Comisión también ha pedido a los Estados que se abstengan de devolver a solicitantes de asilo. Así sucedió, por ejemplo, en el caso de los cubanos y haitianos llegados a las Bahamas.¹³⁷

VI. BREVE CONCLUSIÓN

En este trabajo hemos puesto en relación dos figuras propias del derecho internacional que han tenido un importante desarrollo en el contexto interamericano: la de la expulsión de extranjeros y la del asilo.

Para esto nos hemos apoyado en los precedentes de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. La labor de estos dos órganos debe calificarse como muy positiva en el proceso de desarrollo expansivo de los derechos humanos. En efecto, a través de sus pronunciamientos, las dos instancias interamericanas han buscado dar una interpretación sistemáticamente coherente de las normas de la Declaración y de la Convención Americanas. Al mismo tiempo, han puesto en relación estas normas con otras normas originadas en otros cuerpos normativos de derecho internacional. Esto último resulta particularmente relevante, en razón del carácter altamente complejo del desarrollo normativo en este campo, por la existencia de diversas fuentes normativas con origen en contextos históricos muy variados.

¹³⁶ Comisión IDH: *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros, op. cit.*

¹³⁷ Comisión IDH: *Caso de los 120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en Las Bahamas.*

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, hay que decir también que son de lamentar algunas imprecisiones conceptuales en los pronunciamientos de estas altas instancias. Hemos tratado de ponerlas de manifiesto a lo largo de este trabajo. En algunos casos, al fundamentar jurídicamente las decisiones, se enumeran de modo genérico distintos preceptos de la Declaración y de la Convención sin especificar claramente cuál es el campo de acción de cada uno de ellos, y qué conductas son exigibles en su virtud en cada caso.

Con todo, es posible decir que el desarrollo jurisprudencial en torno de las garantías que deben ser respetadas en caso de expulsión de extranjeros, y de las garantías que deben ser respetadas en la evaluación de las solicitudes de asilo, ha contribuido a consolidar no sólo la evolución americana favorable a la protección de los perseguidos, sino también el respeto a la dignidad de las personas que se encuentran en un Estado diferente del de su nacionalidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADAS

VII.1. Bibliografía

- ACNUR, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*. Ginebra: ACNUR, 1992.
- ACNUR, Comité directivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum*, UN Doc. A/AC.96/631, 1983.
- ARLETTAZ, F., "Extranjeros, migrantes y trabajadores migrantes en la jurisprudencia interamericana", en *36 Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2014.
- CANÇADO TRINDADE, A., "Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y

- derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias”, en T. Buergenthal y A. Cançado Trindade, *Estudios especializados de derechos humanos I*. San José: IIDH, 1996.
- COMBACAU, J. y S. Sur, *Droit International Public*. París: Montchrestien, 1999.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Expulsión de extranjeros-Memorando de la Secretaría*, 58o. período de sesiones, A/CN.4/565, 2006.
- DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 2007.
- DOEHRING, K., “Aliens, Expulsion and Deportation”, en R. Bernhardt, dir., *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1992.
- ESPONDA FERNÁNDEZ, J., “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*. San José: IIDH-Universidad Nacional de Lanús-ACNUR, 2004.
- GOODWIN-GILL, G. S., *International Law and the Movement of Persons between States*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- , *The Refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- JENNINGS, R. y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- KAMTO, M., *Informe preliminar sobre la expulsión de extranjeros*, A/CN.4/554, 2005.
- MENDOS, L. y R. Muñoz, “Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes”, en S. Rey, dir., *Problemas actuales de derechos humanos*, vol. 1, 2010, disponible en: www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/3043.
- O’DONNELL, D., *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. México: Superior Tribunal de Justicia del Distrito Federal, 2012.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 2012.

PIZA ESCALANTE, R. y M. Cisneros Sánchez, "Algunas ideas sobre la incorporación del derecho de asilo y de refugio al Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en: AAVV, *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*. México: Universidad Autónoma de México, 1982.

PLENDER, R., *International Migration Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

QUOC DINH, N., *Droit International Public*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.

REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

SAN JUAN, C. y M. Manly, "El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo 'asilo-refugio' a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en L. Franco, *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*. San José: IIDH-Universidad Nacional de Lanús-ACNUR, 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Otros Tratados: objeto de la función consultiva de la Corte* (Opinión consultiva OC 1/82, del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 1).

—, *Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización* (Opinión consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, serie A, no. 4).

—, *Blake vs. Guatemala* (excepciones preliminares, Sentencia del 2 de julio de 1996, serie C, núm. 27).

—, *El derecho a la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (Opinión consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, serie A, núm. 16).

—, *Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto de la República Dominicana* (medidas provisionales, resolución del 18 de agosto de 2000).

—, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú* (fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 31 de enero de 2001, serie C, núm. 71).

—, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocu-*

- mentados* (Opinión consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18).
- , *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, serie C, núm. 130).
 - , *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154).
 - , *Barreto Leiva vs. Venezuela* (fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 17 de noviembre de 2009, serie C, núm. 206).
 - , *Fernández Ortega y otros vs. México* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215).
 - , *Vélez Loor vs. Panamá* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218).
 - , *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220).
 - , *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 1 de julio de 2011, serie C, núm. 227).
 - , *López Mendoza vs. Venezuela* (fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 1 de septiembre de 2011, serie C, núm. 233).
 - , *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 24 de octubre de 2012, serie C, núm. 251).
 - , *Mohamed vs. Argentina* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 23 noviembre de 2012, serie C, núm. 255).
 - , *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 25 de noviembre de 2013, serie C, núm. 272).
 - , *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional* (opinión consultiva OC-21/14, del 19 de agosto de 2014, serie A, núm. 21).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Carlos Stetter (Guatemala)* (informe de fondo 30/81, 25 de junio de 1981, caso 7378).

—, *Informe Anual 1984-1985*.

—, *Cheryl Monica Joseph (Canadá)* (informe de fondo 27/93, 6 de octubre de 1993, caso 11.092).

—, *Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros (Estados Unidos)* (informe 51/96, 13 de marzo de 1997, caso 10.675).

—, *Juan Carlos Abella (Argentina)* (informe 55/97, 18 de noviembre de 1997, caso 11.137).

—, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izael Elorz (México)* (informe de fondo 49/99, 13 de abril de 1999, caso 11.610).

—, *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* (28 de febrero de 2000).

—, *120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en Las Bahamas* (informe de admisibilidad 6/02, 27 de febrero de 2002, caso 12.071).

—, *Andrea Mortlock (Estados Unidos)* (informe de admisibilidad y fondo 63/08, 25 de julio de 2008, caso 12.534).

—, *Smith, Armendáriz y otros (Estados Unidos)* (informe 81/10, 12 de julio de 2010, caso 12562).

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Asylum case (Colombia vs. Perú)*, Sentencia del 20 de noviembre de 1950.

—, *Haya de la Torre case (Colombia vs. Perú)*, Sentencia del 13 de junio de 1951.

—, *Nottebohm case (Liechtenstein vs. Guatemala)*, Second Phase, Sentencia del 6 de abril de 1955.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Moustaquim vs. Belgium* (Sentencia del 18 de febrero de 1991, demanda 12313/86).

—, *Vilvarajah and Others vs. United Kingdom* (Sentencia del 30 de octubre de 1991, demandas 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 y 13448/87).

- , *Chacal vs. United Kingdom* (Sentencia del 15 de noviembre de 1996, demanda 22414/93).
- , *Ahmed vs. Austria* (Sentencia del 17 de diciembre de 1996, demanda 25964/94).
- , *Bouchelkia vs. France* (Sentencia del 29 de enero de 1997, demanda 23078/93).
- , *H.L.R. vs. France* (Sentencia del 29 de abril de 1997, demanda 24573/94).

UNITED STATES SUPREME COURT, *Fong Yue Ting vs. U.S.*, 149 US 698 (1892).

- , *Nishimura Ekiu vs. U.S.*, 142 US 651 (1892).
- , *Harisiades vs. Shaughnessy*, 342 US 580 (1952).
- , PRIVY Council, *Musgrove vs. Chun Teeong Toy*, [1891] A.C. 272.
- , *Attorney-General for Canada vs. Cain*, [1906] AC 542.
- , *Johnstone vs. Pedlar* [1921] 2 AC 262.

Expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el Sistema Interamericano, fue editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. La copia se realizó en 1,000 discos.

Presidente

Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi

María Ampudia González

Mariano Azuela Güitrón

Ninfa Delia Domínguez Leal

Rafael Estrada Michel

Mónica González Contró

David Kershenobich Stalnikowitz

Carmen Moreno Toscano

María Olga Noriega Sáenz

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Primer Visitador General

Ismael Eslava Pérez

Segundo Visitador General

Enrique Guadarrama López

Tercera Visitadora General

Ruth Villanueva Castilleja

Cuarta Visitadora General

Norma Inés Aguilar León

Quinto Visitador General

Edgar Corzo Sosa

Sexto Visitador General

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Secretario Ejecutivo

Héctor Daniel Dávalos Martínez

Secretario Técnico del Consejo Consultivo

Joaquín Narro Lobo

Oficial Mayor

Manuel Martínez Beltrán

Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos

Julieta Morales Sánchez



CNDH
M É X I C O

Fernando Arlettaz



Realizó su formación de grado en Derecho en Argentina y su doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas en España. Es miembro del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza. Sus estudios abordan, desde la perspectiva del Derecho Internacional y la Filosofía del Derecho, temas tales como los derechos de migrantes y refugiados, la libertad de conciencia y la diversidad cultural y religiosa.



9 786078 211067



9 786077 291442