

## Capítulo VIII. El Asilo en el ámbito internacional regional

### 1. El sistema regional latinoamericano en materia de Asilo

El asilo latinoamericano encontró su razón de ser en el desarrollo sociopolítico de los países de América; se remonta al comienzo mismo de la vida independiente de América Latina, ajustándose a la realidad histórica latinoamericana. Dentro del contexto particular de esta región, en el que prevalecían problemas de inestabilidad política con la imposición de dictaduras y sistemas políticos represores a sus detractores, sucesivos golpes de estado, revoluciones y rupturas violentas del orden interno, que generaron un gran número de persecuciones de carácter político, se crearon las bases para el surgimiento de este derecho con matices y concepción propios.

El Asilo diplomático practicado por España y Portugal cientos de años atrás, fue transplantado al continente americano al igual que otras costumbres hispano-portuguesas.<sup>1</sup> El Asilo territorial se deriva de las prácticas tradicionales, a las que he referido en la parte primera de este proyecto de investigación, ampliamente reconocidas por la costumbre entre los pueblos del Viejo Continente, pero que en el siglo XIX se encontraban en franca decadencia. Nuevamente, esta costumbre internacional sería retomada en el año 1889 por América Latina en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo; considerado el primer instrumento convencional internacional que aborda el tema.

Este acuerdo sería reiterado por: la Convención sobre Asilo (La Habana, 1928), la Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933), el Tratado sobre Asilo y Refugio Político (Montevideo, 1939), Tratado de Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1940), Convenciones sobre Asilo Territorial y la Convención de Asilo Diplomático (ambas de Caracas, 1954) como parte del Derecho Convencional; la Convención Americana de los Derechos Humanos (San José, 1969) y finalmente Declaración de Cartagena (Cartagena de Indias, 1984).

---

<sup>1</sup> Principalmente, durante el imperio de Carlos V. LÓPEZ JIMÉNEZ, Ramón, “¿Las Instituciones del Asilo Diplomático y del Asilo Territorial desaparecerán de la América Latina?”, en *La Justicia*, p. 29.

La tradición jurídica latinoamericana de asilo ha tenido importantes aportaciones en la legislación internacional para la institución de asilo; tanto para el diplomático como al territorial; lo que, ha constituido un importante precedente de desarrollo inédito a nivel mundial. El asilo interamericano contenido en una amplia codificación convencional constituye una institución objeto de normas jurídicas internacionales exigibles; algunos otros de países sólo lo han incluido dentro de sus legislaciones internas. La firma del Tratado de Montevideo de 1889,<sup>2</sup> aunque fundamentalmente referido a la configuración del mecanismo de extradición, supone la consolidación del asilo; no sólo como el reconocimiento de un derecho al interior del Estado, en la forma en que se venía desarrollando anteriormente; si no como el cumplimiento de una obligación de carácter internacional, entre un Estado y otro.

El ámbito universal, por su parte, ha configurado el Estatuto de los Refugiados. El Asilo territorial y el Refugio, son dos instituciones en esencia análogas, de relación evidente pero de diferente producción histórica: una aparece en 1889 dentro del marco jurídico latinoamericano desarrollado por los subsecuentes convenios interamericanos en la materia; la otra, en el marco jurídico universal de las Naciones Unidas, emanado de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967; pertenecen, por tanto, a una evolución histórica regional distinta, pero jurídicamente complementarias.

### **1.1 El Asilo clásico en el ámbito latinoamericano**

Dentro del derecho internacional codificado en el ámbito regional latinoamericano cabe distinguir dos clases de asilo: el Asilo territorial o interno y el Asilo diplomático, también conocido como asilo político y en otros tiempos llamado extraterritorial. El asilo en su vertiente extraterritorial es una institución característica y típica de América Latina;<sup>3</sup> Basado en el fundamento de que un Estado debe amparar a los perseguidos políticos por otro, se estructuró

---

<sup>2</sup> Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay reunieron una comisión, en la Ciudad de Montevideo, Uruguay dentro del Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, para elaborar el proyecto de un tratado de Derecho Penal Internacional. Posteriormente Chile se adhiere al mismo. En principio, su instrumentación tenía por objeto determinar las bases de colaboración en materia de justicia criminal y el mecanismo de extradición. Durante su redacción, se decidió introducir un título referente a la regulación de asilo; colocando las bases del funcionamiento de esta figura a partir de un ámbito convencional.

<sup>3</sup> GROSS ESPIELL, Héctor "El Derecho de Asilo en América Latina" en *Derechos y Libertades*, año II, no. 4, Enero-Junio, 1995 p. 75

"Aún cuando existen antecedentes de importancia en España y Portugal, su verdadero desarrollo lo encontramos en las Repúblicas de América Latina." APARICIO, Raúl, *Op. cit.*, p. 250.

dicha institución; y para justificarla se creó la ficción de la extraterritorialidad<sup>4</sup>, que hoy ha caído en desuso.

La diferencia fundamental se encuentra en el elemento objetivo o lugar de asilo. Díez de Velasco define al Asilo territorial como “aquella protección que un Estado presta en su territorio al acoger en el mismo a determinadas personas que llegan a él perseguidas por motivos políticos y que se encuentran en peligro su vida o libertad en el Estado de procedencia”.<sup>5</sup> El asilo extraterritorial sigue la misma definición del territorial, sólo que dicha protección se otorga fuera del territorio físico del Estado asilante: en la sede de una legación, barco o aeronave militar detenido en costas.<sup>6</sup> Asimismo, el asilo diplomático es el paso previo al asilo territorial.

### **1.1.1 El Asilo diplomático. El principio de inmunidad de las Misiones diplomáticas**

De manera general, el Tratado de Montevideo de 1889 establece los principios esenciales del asilo diplomático, otorgado en las legaciones, Misiones diplomáticas y buques de guerra de bandera extranjera, localizados en zonas territoriales del país perseguidor.<sup>7</sup> En sus efectos, el asilo diplomático se presenta contrariamente al asilo territorial, como una excepción al ejercicio de la soberanía territorial; pues al otorgar refugio en estos espacios, la representación extranjera está sustrayendo al individuo asilado de la jurisdicción nacional del Estado territorial. Inicialmente, encontró fundamento en la ficción del concepto de extraterritorialidad; no obstante, en el marco jurídico de la Naciones Unidas, éste ha sido suprimido por considerarse lesivo al principio de soberanía, y ha sido sustituido por el de la inviolabilidad o inmunidad de las Misiones diplomáticas. El principio de inviolabilidad de las sedes diplomáticas ha permitido respetar su concesión y justificar su práctica.

---

<sup>4</sup> Con la creación de las misiones diplomáticas a las cuales les fueron reconocidas ciertos privilegios e inmunidades; esta categoría se fundamentó, en sus orígenes, a partir del principio de extraterritorialidad. Este principio creó la ficción jurídica de que la jurisdicción territorial de un Estado se extiende, incluso más allá de sus fronteras, y sobre determinados espacios al interior de otro Estado, en los que el área ocupada es considerada territorio extranjero.

<sup>5</sup> DÍEZ DE VELASCO, *Organismos de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 522.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto, “Asilo, derecho de”, en *Diccionario de política*, Siglo XXI editores, vol. 1, 1991, pp. 88 y 89.

<sup>7</sup> MONTEVIDEO, 1889, Artículo 17.

A pesar de que, el resto de países, no latinoamericanos, han negado su reconocimiento a la institución de asilo diplomático; su concesión ha sido respetada por algunos de estos países, en función del principio de inmunidad aludido.<sup>8</sup> Es así que, el asilo diplomático es una institución jurídica vigente. Dentro del Derecho Convencional latinoamericano se han adoptado una serie de tratados en esta materia. La aplicabilidad de estos acuerdos funciona de dos maneras distintas: por un lado, crea obligaciones para el gobierno del Estado contratante respecto de los gobiernos extranjeros representados en su territorio que eventualmente la invoquen; y, por otro, otorga derechos al país suscriptor en lo que respecta a sus representaciones diplomáticas en los países ligados por la convención; conservando, en todo momento, la discrecionalidad del Estado asilante para otorgar o negar el asilo a quien lo solicite.<sup>9</sup>

Conforme los acuerdos adoptados, el asilo diplomático es el paso previo al asilo territorial, cumple una función de protección temporal a efecto de que el asilado pueda efectivamente trasladarse al territorio del país asilante, en el caso de que le fuere imposible trasladarse directamente a éste, dada la persecución de la que es objeto en su propio país.

### **1.1.2 El Asilo territorial como excepción al principio de extradición**

Inicialmente, el asilo territorial se configuró jurídicamente a partir de la reglamentación de la figura de extradición.<sup>10</sup> Los tratados de extradición proveen un mecanismo judicial con formalidades legales para la entrega del procesado o inculcado que es reclamado por otro

---

<sup>8</sup> GROS SPIELL, *Op. Cit.*, p. 75, cita dos casos de relevancia; tal es el caso de España, durante la guerra civil (1936-1939) donde el gobierno franquista respetó el asilo diplomático concedido a los republicanos españoles en las embajadas latinoamericanas ubicadas en Madrid, permitió la estancia en estos locales y su posterior traslado a los países de América Latina que los hubieren asilado. Otro caso, es el del Cardenal Midzensky quien permaneció asilado durante más de veinte años en la embajada de Estados Unidos en Budapest; a pesar de que tanto Estados Unidos, como Hungría no reconocen formalmente la figura de asilo diplomático.

<sup>9</sup>SEARA VAZQUEZ, Modesto, “El Asilo frente al Derecho constitucional mexicano” en *Relaciones Internacionales*” en Nueva época, vol. XI, no. 46, Septiembre-Diciembre, 1989, México, D.F., p. 19.

<sup>10</sup> Por medio de un tratado o acuerdo de cooperación internacional en la materia, los Estados signantes se obligan a entregarse recíprocamente a los delincuentes refugiados en su territorio y reclamados por otro; a fin de evitar la impunidad, combatir la delincuencia; pero al mismo tiempo estableciendo pautas jurídicas suficientemente garantizadoras al individuo reclamado. El mecanismo jurídico de extradición procede aún a falta de acuerdo celebrado en la materia, mediante la simple petición de las autoridades del Estado reclamante con fundamento en los principios generales de derecho internacional y conforme las normas de derecho interno aplicables.

Estado en función de la comisión de un delito del fuero común.<sup>11</sup> Así, el Tratado de Montevideo de 1889, establece los criterios sustantivos que determinan la competencia jurisdiccional y las medidas procesales para la extradición de los reos responsables por la comisión de delitos penales del orden común. Y, en el artículo 23 instituye el asilo territorial con la siguiente disposición: “El asilo es inviolable para los perseguidos políticos[...]”; determina, entonces la no extradición de los reos políticos; así como respecto de los delitos concurrentes o conexos.<sup>12</sup>

Hasta ahora, el único tratado internacional específicamente referido al Asilo territorial se encuentra en el ámbito interamericano en la Convención de Caracas sobre Asilo territorial de 1954.<sup>13</sup> Los tratados celebrados con anterioridad a la adopción del mismo se dirigen fundamentalmente a la reglamentación de la figura de extradición y la configuración de asilo por exclusión, tal como sucedió con los dos Tratados sobre Derecho Penal Internacional de Montevideo; O bien, a se dirigen a la reglamentación del asilo diplomático y el territorial bajo el supuesto de considerar al primero como el paso previo para adquirir la concesión del segundo. Con base a esto, los siguientes puntos se analizarán conforme a las disposiciones aplicables para uno y otro.

## **1.2 Lugares que gozan de inmunidad**

Evidentemente, para el asilo territorial el lugar de asilo es territorio del Estado que lo concede. En cuanto al diplomático, el Tratado de Montevideo de 1889 designa para tal efecto las Legaciones, representaciones diplomáticas y buques militares. En la Convención sobre Asilo de la Habana de 1928<sup>14</sup> incluyó a los campamentos y aeronaves militares; Montevideo de

---

<sup>11</sup> Asimismo establecen una serie de garantías de carácter jurídico a fin de evitar, procedimientos policiales arbitrarios para la entrega o negativa de entrega del mismo se establece un mecanismo de carácter judicial

<sup>12</sup> MONTEVIDEO, 1889, Artículo 23. El artículo 22 exceptúa la entrega de los reos de los delitos de dolo, adulterio, injurias y calumnias y delitos contra los cultos.

<sup>13</sup> Firmado el 28 de Marzo de 1954 en la ciudad de Caracas, Venezuela ha sido ratificado por Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>14</sup> De la Sexta Conferencia Internacional Americana de 20 de febrero de 1928 se adoptó el 20 de mayo, la Convención sobre Asilo de la Habana que sería ratificado por Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, el Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Uruguay.

1933<sup>15</sup> amplió nuevamente el principio de inmunidad diplomática a las residencias de los jefes de misión,<sup>16</sup> y “otros locales, bajo el amparo de su bandera” para el resguardo de los asilados, en caso de que se haya excedido la capacidad normal de las embajadas y la residencias de los diplomáticos.<sup>17</sup>

La Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas en 1954;<sup>18</sup> reitera el sentido de las anteriores convenciones y tratados suscritos, precisando el concepto de Legación que incluye:

- la misión diplomática ordinaria,
- la residencia de los jefes de misión; y cuando hayan excedido en número estos espacios:
  - los locales habitados por ellos.<sup>19</sup>

Prevalece un criterio extensivo; aunque restringe el principio de inmunidad a los aeronaves, campamentos o buques militares en reparación.<sup>20</sup> Díez de Velasco indica una segunda restricción; puesto que, la Convención de Caracas no incluyó las propuestas sugeridas por la doctrina para admitir el asilo en las oficinas consulares.<sup>21</sup>

### **1.3 El sujeto de la inmunidad de asilo. Elementos positivos en la determinación de Refugiado.**

Conforme a lo prescrito por la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas 1954: son merecedoras de asilo aquellas personas “que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias políticas, opiniones o filiación política, o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos”. La Convención sobre Asilo Diplomático de

---

<sup>15</sup> La Convención sobre Asilo Político del año de 1933 celebrada en Montevideo.

<sup>16</sup> Artículo 2, MONTEVIDEO, 1939.

<sup>17</sup> Artículo 8, MONTEVIDEO, 1939.

<sup>18</sup> Dentro de la Décima Conferencia Internacional Americana y en el marco de la Organización de los Estados Americanos se acuerda la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas en 1954; adoptada en la ciudad de Caracas, Venezuela el 28 de Marzo de 1954 ha sido ratificado por: Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, el Salvador, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay, Perú, república Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>19</sup> Artículo 1, CARACAS, 1954.

<sup>20</sup> Artículo 1.3, CARACAS, 1954.

<sup>21</sup> El Convenio de Caracas sólo recogió algunas de los puntos propuestos por la Resoluciones del Institut de Droit International (I.D.I.:1) y las Conclusiones de la Ponencia de García Trelles en el I Congreso del Instituto Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional; no así respecto a la admisión de asilo en los Consulados. DÍEZ DE VELASCO, *Op. cit.*, p. 530.

Caracas 1954 en forma análoga lo refiere a aquellas “personas perseguidas por motivos o delitos políticos”.

El uso de la institución de asilo ha sido reservado a los delincuentes o políticos, en casos de la comisión de delitos políticos o conexos, así como a los perseguidos políticos que temen ser privados de su vida, libertad o seguridad; sea por parte de las autoridades estatales o por multitudes que escapen al control de las primeras. Con lo cual, quedan excluidos los supuestos de perseguidos acusados, procesados o condenados por delitos estrictamente comunes. A no ser que los hechos que motiven su acusación, proceso o condena revistan un carácter evidentemente político, a juicio del país asilante. El asilo puede también ser concedido a los desertores de las fuerzas militares marinas, terrestres o aéreas; siempre que su huida revista un carácter predominantemente político.<sup>22</sup>

En relación a si los delincuentes políticos que han cometido una acción delictiva por medios terroristas pueden beneficiarse de asilo argumentando la finalidad política de su actuar, la Convención Interamericana de San José, determina en su artículo 14.2 que este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial originada por delitos comunes, o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Los principios generales universales determinan la lucha contra el terrorismo que vulnera de los principios universales de paz y justicia; por ello, se estima que en este supuesto no son susceptibles de beneficiarse de la protección de asilo.<sup>23</sup> No corresponde asilo, tratándose de terroristas que han recurrido a medios violentos o han cometido delitos comunes, aunque invoquen la finalidad política de su acción.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup>Artículo 3, MONTEVIDEO, 1939.

<sup>23</sup> En este sentido GROSS ESPIELL acude a un caso particular suscitado entre las autoridades uruguayas, los militantes de ETA refugiados en Uruguay y las autoridades españolas que reclamaban su entrega . *Crf. GROSS ESPIELL, Op. cit., p. 78*

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 76

## 1.4 El procedimiento para acceder a la condición de refugiado

El Estado asilante es quien determina la concesión de asilo, verificando la actualización de los supuestos que determinan la condición de Refugiado.<sup>25</sup>

### 1.4.1 La Calificación del Delito

El Convenio de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954, considerado la regulación más perfecta en relación a los anteriores acuerdos adoptados, introduce criterios más claros y definitivos; y en materia de la delimitación de la facultad calificativa de la naturaleza del delito o los motivos de la persecución “ha llegado a una perfección práctica laudable”<sup>26</sup>, resolviendo las cuestiones planteadas en el caso de Haya de la Torre.<sup>27</sup> La Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 20 de noviembre de 1950 había denegado la petición colombiana para asilar a Haya de la Torre, argumentando la ausencia de una obligación convencional o costumbre por la que pudiera fundamentar Colombia el derecho de calificar unilateralmente la naturaleza del delito que se imputaba a Haya de la Torre por el gobierno peruano.

La Convención de Caracas supera la omisión de los primeros instrumentos convencionales, para lo cual determinaría categóricamente: “corresponde al Estado que concede asilo la calificación de la naturaleza del delito político o de los motivos de la persecución.”<sup>28</sup> Ello responde a un principio básico de justicia. De corresponder al Estado territorial, la institución de asilo prácticamente desaparecería por falta de supuestos realizables; el Estado territorial que es también el Estado perseguidor, inconcebiblemente, sería juez y parte en la procedencia de asilo. Barcia Trelles explica en ese sentido que “el reconocimiento del derecho de asilo implica la consecuencia de la posibilidad de su puesta en práctica, y esto último sería imposible si el Estado asilante, al conceder asilo, se le deniega la facultad de justificar la hospitalidad concedida mediante la calificación del delito”<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Cfr. *Infra* Nota 34, y sección 1.6 de este capítulo, sobre el procedimiento básico.

<sup>26</sup> DÍEZ DE VELASCO, *Op. Cit.*, p. 530.

<sup>27</sup> Víctor Haya de la Torre solicitó asilo ante la Misión diplomática Colombiana representada en Perú, al abortar el movimiento revolucionario en contra el presidente peruano José Luis Bustamante y Rivero.

<sup>28</sup> Algunos precedentes en el Artículo 23, MONTEVIDEO, 1889, Artículo 3, MONTEVIDEO, 1939, Artículo 2, MONTEVIDEO, 1933.

<sup>29</sup> GARCÍA TRELLES, citado por DÍEZ DE VELASCO, *Op. Cit.*, p. 530.



No obstante, la decisión del país asilante no es absolutamente discrecional, puesto que el artículo 9 dispone: “El funcionario asilante tomará en cuenta las informaciones que el gobierno territorial le ofrezca para formar su criterio respecto a la naturaleza del delito o de la existencia de delitos comunes o conexos; pero será respetada su determinación de continuar el asilo o exigir el salvoconducto para el perseguido”.<sup>30</sup>

#### **1.4.2 El requisito de la urgencia**

La Convención sobre Asilo de la Habana de 1928 con la intención de establecer reglas más precisas para la concesión de Asilo diplomático, incluye, un nuevo requisito: “en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado se ponga de otra manera en seguridad”.<sup>31</sup> La Convención de Caracas precisa tales “casos de urgencia”: “Se entiende por caso de urgencia, entre otros, aquellos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de la autoridades, o por las autoridades mismas; así como cuando se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política y no pueda, sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad.”

La redacción del citado artículo no es taxativa y la formula empleada “entre otros” es extremadamente amplía; es de reconocerle que incluye tanto los casos de persecución realizada por agentes gubernamentales, como por la realizada por aquellos sectores de la población que escapen al control de la autoridad. Conforme el artículo 7: “corresponde al Estado asilante apreciar si se trata de un caso de urgencia.”<sup>32</sup> Al disponer la facultad de calificar unilateralmente la urgencia por parte del Estado que concede asilo, asegura, junto con la calificación unilateral de los delitos, la efectiva aplicación de este derecho con toda amplitud.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Artículo 9, MONTEVIDEO, 1954.

<sup>31</sup> Artículo 2, LA HABANA, 1928. El mismo artículo establece también el procedimiento básico para la concesión del asilo diplomático: El Agente diplomático o Jefe de navío de guerra, campamento o aeronave militar que haya concedido asilo, deberá informar inmediatamente al Ministro de Relaciones Exteriores del gobierno local; las autoridades locales deberán conceder un plazo razonable y el más breve posible a efecto de que el asilado sea puesto fuera del territorio nacional y trasladado al Estado asilante; para lo cual, se podrán exigir las garantías necesarias para que el refugiado pueda salir del país.

<sup>32</sup> Artículo 7, CARACAS, de 1954.

<sup>33</sup> DÍEZ DE VELASCO, *Op. cit.*, p. 531.

Con objeto de evitar controversias similares a las ocurridas en el caso Haya de la Torre - pues si bien la disputa se sometió a la decisión del Tribunal Internacional de Justicia, la sentencia referida no dio satisfacción a las partes involucradas, fue necesario el Acuerdo de 22 de marzo de 1954, entre Perú y Colombia, para que este conflicto llegara a su fin,<sup>34</sup> la Convención de Caracas de 1954 introdujo 4 prevenciones especiales relativas a la duración y término final de asilo, algunas ya contempladas en acuerdos anteriores pero con algunas omisiones en su redacción. La Convención sobre Asilo de la Habana de 1928, en su artículo 2.1 preveía la protección de asilo “por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado se ponga de otra manera en seguridad”.<sup>35</sup> Por su parte, Caracas añade en su artículo 5 que el asilo diplomático además de ser concedido por el tiempo estrictamente indispensable, obliga al gobierno del Estado territorial a otorgar las seguridades necesarias para efectuar la salida: “a fin de que no peligre su vida, su libertad personal, o para que se ponga de otra manera en seguridad el asilado.”<sup>36</sup>

El artículo 11 determina la prerrogativa del Estado territorial para exigir la salida inmediata de territorio nacional “*para lo cual deberá otorgar el salvoconducto y las garantías necesarias que prescribe el artículo 5*”.<sup>37</sup> Lo cual, constituye, por un lado, la prerrogativa del Estado territorial para pedir el fin del asilo diplomático; y por otro se faculta al Estado asilante para exigir al territorial la salida del asilado, mediante la prestación de las garantías necesarias para tal efecto;<sup>38</sup> en cuyo caso para el Estado territorial es una obligación concederla: “el Estado territorial está obligado a dar inmediatamente, salvo caso de fuerza mayor, las garantías a que se refiere el artículo 5 y el correspondiente salvoconducto.”<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> DÍEZ DE VELASCO, *Op. cit.*, pp. 531 y 532.

<sup>35</sup> Artículo 2, LA HABANA, 1928. El mismo artículo establece también el procedimiento básico para la concesión del asilo diplomático: El Agente diplomático o Jefe de navío de guerra, campamento o aeronave militar que haya concedido asilo, deberá informar inmediatamente al Ministro de Relaciones Exteriores del gobierno local; las autoridades locales deberán conceder un plazo razonable y el más breve posible a efecto de que el asilado sea puesto fuera del territorio nacional y trasladado al Estado asilante; para lo cual, se podrán exigir las garantías necesarias para que el refugiado pueda salir del país.

<sup>36</sup> Artículo 5, CARACAS, 1954

<sup>37</sup> Artículo 11, CARACAS, 1954

<sup>38</sup> Respecto a la concesión de dichas garantías por parte del Estado territorial, el Estado asilante puede incluso pedir su constancia por escrito; así como examinar y juzgar las condiciones de peligro que pueda ofrecer la salida del asilado, para exigir las garantías necesarias. Artículo 13.1, CARACAS, 1954.

<sup>39</sup> Artículo 12, CARACAS, 1954.

La Convención de Caracas faculta al Estado asilante no sólo para gestionar la salida del asilado, sino le concede el derecho a trasladarlo efectivamente fuera del país; dejando sólo al Estado territorial la posibilidad de señalar la ruta de evacuación.<sup>40</sup> En el caso de que esta salida se retrasara, el artículo 14 diluye la responsabilidad en que pudiera incurrir el Estado asilante con la siguiente disposición: “No es imputable al Estado asilante la prolongación del asilo ocurrida por la necesidad de obtener las informaciones indispensables para juzgar la procedencia del mismo, o por circunstancias de hecho que pongan en peligro la seguridad del asilado durante su trayecto a un país extranjero.”<sup>41</sup>

## **1.5 Casos excepcionales**

### **1.5.1 Inmunidad derivada del Asilo de hecho**

En el año de 1933, la Convención de Montevideo sobre Asilo político, precisa el artículo 1 de la Convención de la Habana, estableciendo la entrega simple o extradición formal de los “inculcados de los delitos comunes que estuvieren procesados en forma o que hubieren sido condenados por Tribunales ordinarios [...]”<sup>42</sup> que estuvieren refugiados de hecho, más sin derecho en alguna sede diplomática.

La Convención de Caracas establece una prescripción que demuestra claramente que los beneficiarios del derecho de asilo diplomático van dirigidos a la salvaguarda de las personas acusadas por delitos políticos. Intenta evitar que los acusados por un delito común y que, por tanto, deban ser extraditados puedan, en un momento dado ser beneficiarios de la inmunidad diplomática de asilo. Por lo cual, dispone lo siguiente “Las personas comprendidas en el apartado anterior [se refiere a las inculcadas y procesadas por Tribunales ordinarios y por delitos comunes o condenadas por tales delitos] que de hecho perpetrasen en un lugar adecuado para asilarse deberán ser invitadas a retirarse o, según el caso, entregadas al Gobierno local, quien no podrá juzgarlas por delitos políticos anteriores a la entrega.”<sup>43</sup> Respecto de la entrega formal que pudiera intentar el país reclamante establece un plazo de 30 días de vigencia para

---

<sup>40</sup> Artículo 13.3, CARACAS, 1954.

<sup>41</sup> Artículo 14, 1954.

<sup>42</sup> Artículo 1, MONTEVIDEO, 1933.

<sup>43</sup> Artículo 4, CARACAS, 1954.

que éste pueda ejercer su derecho al mecanismo de extradición y comunicarlo al Estado asilante.<sup>44</sup>

### **1.5.2 Inmunidad en el caso del rompimiento de relaciones diplomáticas**

La Convención de Montevideo sobre Asilo político de 1933 reitera el sentido pacífico y humanitario de la institución de Asilo y su concesión,<sup>45</sup> reconocido ya en acuerdos anteriores. El sentido de este principio intenta justificar su contenido puramente humanitario y de naturaleza apolítica; a fin de evitar que sea motivo de distensión política entre el Estado asilante y el Estado territorial. Más, ocurriendo el caso de que se complicaran las relaciones diplomáticas con el gobierno local, el Tratado de Montevideo sobre Asilo y Refugio político de 1939<sup>46</sup>, establece una prevención especial. De manera que, el representante podrá salir del territorio del país local con los asilados sujetos a su resguardo, o bien gestionar su traslado a la representación diplomática de un tercer país que los acoja.<sup>47</sup> Tal disposición fortalece la protección de inmunidad aún el caso del rompimiento de relaciones diplomáticas.

### **1.6 Estatuto jurídico. Derechos y obligaciones convencionales**

A partir del texto de Raúl Aparicio y conforme la legislación analizada elaboraré un esquema sintético que establece las principales obligaciones, y derechos recíprocos entre el Estado asilante, el Estado territorial y el individuo asilado.<sup>48</sup>

#### **A. Para el Estado Asilante**

##### **Obligaciones:**

1. Comunicación inmediata del agente diplomático que ha acordado otorgar asilo al Ministro de Relaciones Exteriores, esto es, a su superior jerárquico.

---

<sup>44</sup> Artículo 17.2, CARACAS, 1954

<sup>45</sup> Artículo 3, MONTEVIDEO, 1933 y el 4 lo refuerza aclarando que de los problemas con respecto a la concesión de asilo que pudieran surgir entre el agente diplomático y la autoridad local, no implica la cese e interrupción de las relaciones diplomáticas entre ambos Estados.

<sup>46</sup> En 1937 se celebra en Montevideo el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado del que resulto un nuevo tratado: el Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo del 4 de agosto de 1939; suscrito originalmente por Argentina, Uruguay, Bolivia, Chile, Perú y Uruguay.

<sup>47</sup> artículo 10, 1939, el artículo 19 1954, aclara que puede ser en principio un Estado parte de la convención, mas si no fuere posible deberá entregarlos a la representación de un Estado que no sea parte.

<sup>48</sup> APARICIO, Raúl, *Op. Cit.*, p. 59-63.

2. Tomar en consideración a las informaciones del gobierno local en la calificación del delito.

3. Impedir al asilado, mientras dure la inmunidad concedida, la realización de actos que inciten al uso de la fuerza o violencia contra el Estado territorial.

4. Llevar a cabo la salida del asilado a petición del Estado territorial.

5. Internación del asilado a territorio nacional del Estado asilante; Los gastos del traslado y los de radicación provisional en el territorio del país de asilo, corren por cuenta del Estado que lo concede. El Estado territorial no está obligado a pagar los gastos generados de asilo por aquel que concede.<sup>49</sup>

6. Encargarse de la vigilancia del asilado, a fin de evitar injerencias en los asuntos políticos del Estado territorial que le ha perseguido.

#### Derechos:

1. Facultad de calificar de manera unilateral la naturaleza del delito, el motivo de persecución y las circunstancias de urgencia;

2. Exigir del Estado territorial la concesión del salvoconducto y las garantías necesarias para efectuar la salida del asilado;

Para el Estado Territorial, sus derechos corresponden a las obligaciones del Asilante, del mismo modo que, sus obligaciones se traducen en los derechos establecidos para aquél. Su obligación fundamental es el respeto de inmunidad de la representación diplomática que concede asilo; así como el salvoconducto, a efecto de que autorice la salida del perseguido con las medidas necesarias para el resguardo de su seguridad personal.

En cuanto al asilado, el otorgamiento de asilo implica la concesión de un mecanismo de protección que lo coloca fuera del alcance jurisdiccional de las autoridades locales que le persiguen; goza de inmunidad jurisdiccional frente a su perseguidor. Si el Estado asilante acuerda recibirle dentro de su territorio, gozará también de un derecho de radicación provisional; puesto que, el Estado asilante no está obligado a radicarlo indefinidamente en su

---

<sup>49</sup> Artículo 2 , CARACAS, 1928; Artículo 14, MONTEVIDEO, 1939.

territorio. No obstante, está obligarlo a no devolverle al país de origen; lo que equivale al derecho de *non refoulement*,<sup>50</sup> que constituye el derecho fundamental del asilado.

En cuanto a sus obligaciones, se ha establecido ciertas limitaciones al asilado durante su permanencia en el lugar de asilo:

1. No puede practicar actos contrarios a la tranquilidad pública (Artículo 2, La Habana , 1928);
2. No puede participar u organizar reuniones tendientes a promover el empleo de la fuerza o la violencia contra el gobierno del Estado asilante. (Artículo 7, Caracas sobre Asilo Territorial, 1954);
3. No puede intervenir en la política interna del Estado territorial, incitar a la violencia o el uso de la fuerza contra dicho Estado.<sup>51</sup> (Artículo 18, Caracas sobre Asilo Diplomático, 1954);

## **1.7 El Asilo en el ámbito latinoamericano contemporáneo**

### **1.7.1 El Pacto de San José. Asilo como un derecho fundamental de la persona humana**

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos,<sup>52</sup> pactada en San José, Costa Rica en 1969, conocida como pacto de San José, determina la inclusión del asilo territorial, sin referir a la institución de asilo diplomático,<sup>53</sup> de manera expresa y dentro del ámbito de los derechos humanos. Este pacto relativo a los derechos esenciales del hombre recoge aquellos reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>54</sup> y por la

---

<sup>50</sup> Artículo 17, CARACAS, 1954.

<sup>51</sup> *Cfr.* Artículo 5, 12 y 13, MONTEVIDEO, 1939.

<sup>52</sup> Ratificado por Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Canadá y EUA son miembros de la OEA pero no han ratificado, ni las dos Convenciones de Caracas sobre Asilo, ni el Pacto de San José. [www.oas.or](http://www.oas.or)

<sup>53</sup> Por tanto, el asilo diplomático se sigue rigiendo por sus normativa convencional original; no entra al campo de actuar de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>54</sup> La Declaración Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho de asilo en el Artículo 27, que establece: 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.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Respecto del Derecho de Circulación y Residencia, San José, en su artículo 22.7, dispone: “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.”

Este acuerdo aunque no constituye el deber del Estado de otorgar asilo, sino el reconocimiento del derecho a buscarlo. Remite, en lo que concierne a la protección de asilo, a la legislación interna de los Estados y a las convenciones internacionales. Al igual que sucede en el ámbito de la legislación internacional de carácter universal en materia de asilo, el derecho de asilo es un derecho a buscarlo; más no implica que quien puede concederlo tenga el deber de aceptarlo. El Estado asilante guarda en todo el momento la potestad de concederlo y la competencia de calificar si las motivaciones aludidas justifican su concesión.

Su vital importancia está en que logra asegurar el reconocimiento internacional de la institución de asilo dentro del sistema regional de protección de los derechos humanos. Marca una tendencia, análoga a la establecida por la DUDH, para integrar este derecho dentro del catálogo de derechos humanos básicos, y a su progresiva consideración como tal. Este pacto regional no tiene comparativo dentro de su similar regional europeo; ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos o sus protocolos adicionales refieren en su contenido al asilo.<sup>55</sup>

Los mecanismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya función consiste en promover, a través de informes y recomendaciones, el respeto a las disposiciones de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene por competencia conocer los casos de violación de derechos humanos previamente sometidos a procedimiento ante la Comisión, son los pilares fundamentales de protección sobre los que se apoya San José.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> GROSS ESPIELL, *Op. Cit.*, p. 84. Es hasta el año de 2000 que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye el derecho de asilo en su artículo 18 “dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

<sup>56</sup> La Corte Interamericana de los Derechos Humanos posee competencia para resolver respecto de las controversias de interpretación o aplicación de las disposiciones del Pacto o de aquellos acuerdos que se sometan a su consideración. No sólo opera respecto de los casos expuestos por los Estados contratantes, si no también de aquellos interpuestos por cualquier particular que haya agotado los recursos que le asisten ante la

### **1.7.2 La Declaración de Cartagena. Definición ampliada del concepto de refugiado**

El Asilo Territorial de América Latina no tuvo originalmente, ni había proyectado hasta ahora la regulación jurídica al fenómeno de las migraciones masivas. Basado esencialmente en función de personas concretas y casos individualizables, no es suficiente para hacer frente a los grandes movimientos de población; sea a partir de razones políticas o al temor de una persecución política en la categoría de refugiado; o en base a motivaciones económicas; o como producto de graves disturbios internos o guerras civiles, por las poblaciones étnicas o grupos nacionales que huyen de las devastaciones o disturbios serios del orden público en sus comunidades de origen.

Cuando el problema de las afluencias masivas se presentó durante la crisis de refugiados de América Central -Cuba, Guatemala y el Salvador fundamentalmente- y ante la experiencia que demostró la insuficiencia de los mecanismos existentes en estos casos, ACNUR convocó a una reunión a celebrarse en Cartagena de Indias en 1984 que culminó en la llamada Declaración de Cartagena. Esta Declaración, sigue la línea de la Convención de 1951, refiriendo básicamente al perseguido cuya vida, libertad y seguridad se encuentre amenazados por alguna de las motivaciones enumeradas; pero además elaboró una definición ampliada del concepto de refugiado que incluye cinco particulares circunstancias de afluencia masiva que enfrenta América Latina, no consideradas por el concepto del Convenio de Ginebra:

- violencia generalizada,
- agresión extranjera,
- conflictos internos,
- violación masiva de los derechos humanos y
- otras circunstancias que perturben seriamente el orden público.

Esta definición ampliada permitió que un mayor número de personas se beneficiaran de la protección de asilo. Refiere a situaciones precarias y conflictivas que enfrenta América Latina; haciendo énfasis en la situaciones objetivas del país de origen y no sólo en la motivación subjetiva del perseguido. No obstante, al igual que la Convención de 1951 no consideró a los “emigrantes económicos”.



La Declaración de Cartagena no es un instrumento legal, pero tiene un valor de consenso revitalizador de la tradición jurídica de asilo en América latina; su definición ampliada contempla la situación objetiva en el país de origen, asume la complementariedad de los dos ámbitos de protección -el regional de asilo latinoamericano y el universal del refugio internacional-, y constituye un puntero a la realidad centroamericana y a los nuevos derroteros de la institución de asilo en la región.

### **1.8 Los nuevos derroteros de la institución de Asilo en América Latina. La búsqueda destinada a lograr la compatibilidad de los sistemas de protección vigentes**

La región latinoamericana posee una pionera y centenaria tradición en materia de asilo. Esta costumbre regional ha creado una codificación de asilo en el ámbito regional; institución casi olvidada por el resto de la comunidad internacional; lo que permitió su consideración como antecedente de los instrumentos del sistema universal de protección a los refugiados. El asilo latinoamericano cumplió una gran función; como institución jurídica-política tuvo una enorme importancia, principalmente, en la segunda mitad del siglo XX, frente a la inestabilidad interna y política derivada de los países de la región. En este contexto histórico, el asilo sirvió como “escudo protector para tratar de disminuir las consecuencias de la persecución política.”<sup>57</sup> Con esta intención, los países latinoamericanos ratificaron numerosos acuerdos y convenciones en materia de Asilo; e incluso, algunos de ellos lo elevaron a rango constitucional.

En su vertiente diplomática, América Latina, ha sido y es quien ha aplicado esta clase de asilo, con más generosidad y bastante frecuencia. Empero, esta institución básicamente funciona, de manera selectiva e individual. La práctica de asilo para los perseguidos latinoamericanos fue concebida como respuesta a un fenómeno que afectaba a la estabilidad política y consolidación institucional de las recién independizadas naciones de América Latina. Se trataba, en general, de proteger a personalidades reconocidas, dirigentes políticos, intelectuales perseguidos y afectados durante los sucesivos golpes de estado y rupturas

---

<sup>57</sup> GROSS ESPIELL, *Op.cit.*, p. 85.

violentas del orden constitucional imperantes en sus países de origen; y a cuya luz tuvo el diseño de las soluciones que se adoptaron dentro del marco jurídico regional.

La afluencia masiva de las inmigraciones, plantea un nuevo enfoque de las políticas globales de asilo; incluso para Latinoamérica. El enfoque tradicional entró en crisis con la experiencia de la afluencias a gran escala de los refugiados provenientes del Caribe durante la década de los 60, fundamentalmente, por el éxodo masivo de cubanos, iniciado en el año de 1959.<sup>58</sup> Desde entonces se hacía evidente la insuficiencia de los mecanismos convencionales latinoamericanos para dar tratamiento a estos fenómenos masivos.<sup>59</sup>

Es cierto, que los problemas regionales hallan adecuada solución en los instrumentos elaborados en la propia región; donde los países involucrados pueden elaborar herramientas útiles que les permitan resolver eficazmente sus propios problemas. Incluso, en nuestros días es evidente que la elaboración de normas internacionales ha resultado más productiva y efectiva dentro de estos foros. Mas si la intención es crear mejores bases para el tratamiento de futuros problemas es necesario acudir a buscar soluciones en los nuevos grandes problemas que la región latinoamericana ha enfrentado en la últimas décadas: principalmente, a raíz de los hechos ocurridos en el Cono Sur en la década de los 70 y en la década de los 80 con las crisis de refugiados masivos de América Central; situaciones que pusieron en cuestionamiento la capacidad del sistema latinoamericano de asilo para hacer frente a la problemática de afluencia masiva.

Ante estas crisis, el sistema latinoamericano funcionó como un ámbito jurídico regional autónomo y desarticulado del sistema de protección universal de Ginebra; a pesar de las evidentes ventajas que ofrecía el sistema de Naciones Unidas desde la década los 50. En la década de los 70, algunos países latinoamericanos reaccionaron espontáneamente, siguiendo la tradicional cultura solidaria de asilo, otorgando protección según el sistema latinoamericano o mediante la adopción de políticas liberales en materia migratoria. Ante la insuficiencia del sistema latinoamericano, ACNUR colaboró intensamente y canalizó, incluso, su protección en países europeos.

---

<sup>58</sup> SAN JUAN, César, El asilo 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” [www.acnur.org](http://www.acnur.org)

<sup>59</sup> OEA, Informe anual 1965. citado por SAN JUAN, *Ibidem*, p. 27.

Era evidente considerar la problemática de los desplazamientos o migraciones forzadas de carácter masivo, dentro del tradicional enfoque regional; sobre todo en cuanto al perfil del refugiado, su diferenciación social, económica y política. Pues, desde entonces y en la actualidad, el asilo parece caracterizarse por personas de extracción rural, muchos de ellos de origen indígena, y con bajos niveles de educación; diferentes, por tanto, del perfil de los tradicionales asilados políticos: personalidades de clase media, alta, intelectuales y líderes políticos; quienes no constituían un problema en cuanto a los gastos de traslado y asentamiento en el Estado asilante.

Desde la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro en 1965, se recomendó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un proyecto de Convención sobre Refugiados; el intento fracasó; no obstante los Estados latinoamericanos comenzaron a ratificar la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.<sup>60</sup> Ello, determinó la coexistencia de un inmenso número de instrumentos legales aplicables: normas convencionales de carácter universal para los firmantes de Ginebra y Nueva York; normas del Derecho Convencional regional y legislaciones nacionales de los Estados latinoamericanos; Estas normativas, aisladamente intentaron responder a los diversos desafíos sociales en la protección de asilo a partir de contextos históricos diferentes y en etapas distintas del desarrollo del derecho interamericano; pero, sin que llegaran a converger los dos ámbitos fundamentales: el regional y universal.

Durante la crisis centroamericana de los 80, los países de la región con la cooperación de ACNUR, enfrentaron la afluencia masiva de refugiados salvadoreños, guatemaltecos y nicaragüenses, en la mayoría de los casos reconociendo *prima facie* el estatuto de refugiado acordado por Ginebra y su Protocolo; o bien mediante la implementación de programas *ad hoc*, en el caso de aquellos que aún no habían ratificado el Convenio de Ginebra o su Protocolo. En general, hubo un respeto generalizado de las pautas universales, sobre todo en lo que respecta al principio de *non-refoulement*. No obstante, no ha sido fácil avanzar, desde entonces y hasta ahora, en la convergencia o armonización entre las prácticas y normas regionales latinoamericanas sobre protección de los asilados y el régimen internacional de los refugiados

---

<sup>60</sup> Ecuador fue el primero de ellos el 17 de agosto de 1955 ratificó la Convención y el 6 de marzo de 1969 para el Protocolo.

en el ámbito de cooperación universal. Esto se explica, en la lenta incorporación de la Convención de 1951 a las legislaciones nacionales de los países de América Latina.<sup>61</sup>

Precisamente de la lenta incorporación a Ginebra y la conceptualización del ámbito de protección de asilo latinoamericano como protección destinada en exclusiva a casos políticos; se siguió una confusión terminológica y conceptual de los términos “asilo” y “refugio”, a los que erróneamente se ha atribuido un significado diferente. En el primer caso, el término “asilo” se utilizó para referir al derecho que el Estado concede a los extranjeros perseguidos por razones políticas o por delitos políticos o conexos. Esta consideración autónoma, ha implicado, tres principales problemas:

1. el hecho de que en esta clase de asilo se enfaticen desproporcionadamente los derechos del Estado Asilante y su discrecionalidad, en detrimento de los derechos de las personas que necesitan de la protección de asilo;
2. que el sistema interamericano de asilo no ha elaborado, tal como el sistema universal, normas de tratamiento que delimitaran el contenido de los derechos de los beneficiados de asilo;
3. la aplicación del derecho de asilo de forma elitista, estableciendo un proceso selectivo y discriminador que sólo favorece a personalidades conocidas en el ámbito político y, consecuentemente, perjudicando a personas anónimas que también necesitan justificadamente de esta protección.<sup>62</sup>

El segundo concepto, es decir el término “refugio”, “refugiado” o “condición de refugiado”, se ha utilizado para hacer referencia al estatuto que se reconoce al extranjero por aplicación del sistema basado en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. Esta concepción dualista ha permeado la normativa interna de los Estados de América Latina, quienes han establecido un estatuto diferente para cada caso. Es preocupante que en algunas legislaciones el “refugio” se utilizó como sinónimo de “condición de refugiado”, y en algunos casos apareció asociado con el concepto de “refugio temporal” en los casos de afluencia masiva.

---

<sup>61</sup> Países como Argentina , Brasil, Colombia, lo adoptaron en la década de los 60, Chile, Costa Rica, Paraguay, Perú, República Dominicana, Panamá y Uruguay en la década de los 70; en los 80, Bolivia, El Salvador, Guatemala, Haití y Nicaragua; Belice y Honduras en los 90; y, finalmente, México hasta el año 2000. Cuba no se ha adherido aún y Venezuela sólo ratificó el Protocolo de 1967.

<sup>62</sup> SAN JUAN, *Op. cit.*, p. 3.

La acepción de “temporal”, contribuyó a la legislación discriminatoria de algunos países que han elaborado figuras subsidiarias bajo las cuales se establece un trato diferente. Otorgándose, así, un estándar de protección inferior, a aquellas personas que arriban a gran escala y que por tal motivo no son consideradas sujetas a una persecución política; de manera que, quedan imposibilitadas para acceder a su calificación como refugiados y a la tutela de los derechos establecidos por el Convenio de Ginebra y su Protocolo, a pesar de efectivamente constituyen refugiados conforme el derecho internacional. Las personas ubicadas bajo esa categoría sólo son susceptibles a recibir una protección humanitaria y mínima, en el entendido de que se trata de “necesitados de protección temporal” en situaciones de afluencia masiva.<sup>63</sup>

En particular, la legislación panameña por el Decreto Ejecutivo nº 23, de 10 de febrero de 1998 introdujo una categoría subsidiaria a través de la figura “necesitados de protección temporal”, estableciendo un grado de protección mínima, distinto del otorgado al asilado y previendo para aquellos casos que caigan bajo tal categoría el retorno o reasentamiento en un tercer país. Siendo que a la luz de Ginebra, estas disposiciones violentan los estándares internacionales de protección a los refugiados, principalmente, por lo que toca al principio fundamental del *non-refoulement*. “La inconsistencia del Decreto 23 con los estándares internacionales ha quedado evidenciada con los recientes casos de *refoulement* de colombianos bajo este estatuto, a su propio país”.<sup>64</sup> Esta prescripción adolece de un enfoque integrado de la normativa aplicable, Asilo o Refugio; dado que, la adopción de nuevos instrumentos en la materia supone la inclusión de un mayor número de supuestos de protección y no la reglamentación de categorías subsidiarias para su trato.

En tales circunstancias, se llevó a cabo el Coloquio sobre Asilo y Protección Internacional de los Refugiados celebrado en Tlatelolco, México, en el año de 1981; patrocinado por ACNUR y cuyas conclusiones se abocan fundamentalmente a lograr la compatibilidad entre el sistema latinoamericano y el sistema universal. Posteriormente, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, surgida del Coloquio sobre Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y Humanitarios celebrada en Cartagena de Indias, 1984; la Conferencia Internacional sobre

---

<sup>63</sup> SAN JUAN, *Op. cit.*, p. 47.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p.48.

Refugiados Centroamericanos (CIREFCA); para la cual se elaboró el documento Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina y su Plan de Acción, de Guatemala, 1989; el Coloquio Internacional con ocasión de los 10 años de la Declaración de Cartagena en San José, 1994; y la Declaración de Tlatelolco del Seminario sobre Acciones Prácticas para Optimizar la Aplicación del Derecho de los Refugiados y Atender Satisfactoriamente los intereses legítimos de los Estados de 1999,<sup>65</sup> revisaron el conjunto total de la normativa aplicable estableciendo claramente las relaciones de coordinación y subordinación entre ellas, sin referir a la distinción de ámbitos o competencias autónomas, si no determinado la consideración de que todas constituyen un ordenamiento integral de asilo.<sup>66</sup>

No obstante, estos trabajos y declaraciones llevados a cabo sólo constituyen interpretaciones y recomendaciones; hasta ahora las diversas convenciones sobre asilo no han establecido claramente un marco normativo integrador de los acuerdos existentes; a efecto de armonizar una definición ampliada y unificar la manera de proceder de todos los países de la región.<sup>67</sup> Los instrumentos convencionales clásicos del derecho de asilo no establecen una regla general de asilo, sino mas bien ciertas normas de procedimiento destinadas a dilucidar cuestiones que pudieran suscitarse entre el Estado que otorga asilo y aquel que persigue al perseguido; por otro lado, resultan insuficiente ante los problemas de afluencia masiva en el continente.<sup>68</sup> Aunque la práctica de asilo pudiera fundamentarse en la costumbre, cada Estado ha reaccionado de manera distinta en el tratamiento jurídico del perseguido político en casos de afluencia masiva, algunos de manera generosa con fundamento en los acuerdos universales celebrados, o bien, de manera voluntaria con fundamento en principios humanitarios y otros de

---

<sup>65</sup> El Seminario de Tlatelolco de 1999 ya señalaba sobre la confusión predominante entre los términos “asilo” y “refugio”; y alertaba las consecuencias que el error lingüístico podría producir eventualmente en la normativa de asilo.

<sup>66</sup> SAN JUAN, César, “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 *El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*, ACNUR, 2005, pp. 29-31.

<sup>67</sup> SERRANO MIGALLÓN, *Op. cit.*, pp. 53 y 54. SAN JUAN, afirma que “Desde el derecho internacional público y la práctica de los Estados, se puede afirmar que el Estado concede la admisión y la protección mediante cinco modalidades distintas: a) a los asilados según el sistema latinoamericano, b) a los refugiados según el sistema universal, c) a las personas que caen bajo la definición de refugiado propuesta por la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, que amplía la definición del sistema universal, d) a las personas que corren riesgo de ser torturadas al ser devueltas con base en la prohibición contemplada en la Convención contra la Tortura e, implícitamente, en otros instrumentos, y e) por razones humanitarias, a otras personas. Mas todos estos casos jurídicamente nos encontramos frente a la institución del asilo, entendido como la protección que se brinda a un extranjero.”

<sup>68</sup> SEPULVEDA César, *Op. cit.*, p. 19.

manera restrictiva. No ha prevalecido una práctica uniforme, concordante, consistente y continuada para que pueda adquirir por sí misma fuerza legal de observancia obligatoria.<sup>69</sup>

Frente al desafío que ha enfrentado América Latina y el que representa la situación que vive Colombia, su impacto actual y potencial como origen de desplazamiento de poblaciones enteras; es evidente que existen deficiencias en el marco jurídico regulador de cada uno. La tendencia dualista y desarticulada tiene graves consecuencias negativas, actuales y potenciales, para la protección de los refugiados en las Américas; en tanto, por un lado, se trata de sustraer a los refugiados de la protección que se otorga a través del asilo; y, por otro, se pretende diferenciar la respuesta humanitaria en situaciones de afluencia masiva, a través de regímenes inferiores de protección. Lo ideal es que ambos sistemas: universal y regional funcionen complementariamente, y no de manera autónoma para referir a un sistema de protección u otro. Abordando el asilo en el sentido más amplio del término, elaborando un tronco común que permita superar las dualidades existentes y permitir un desarrollo futuro por encima de las particularidades de los sistemas jurídicos de los que emanan.

Por ello, es apremiante la inserción del sistema americano en la práctica mundial de asilo; y la elaboración de un modelo uniforme en el entendido de que su protección no puede lograrse sin un abordaje articulado que comprenda la definición clásica de asilo, la definición de refugiado de Ginebra y Nueva York, la definición ampliada de la Declaración de Cartagena de 1984, así como el marco normativo de protección de sus instrumentos; y la inclusión de las medidas *ad hoc* concertadas décadas atrás para enfrentar la crisis de refugiados.

Con objeto de armonizar y compatibilizar la normativa existente, César San Juan, establece una interpretación del contenido del derecho de asilo, conforme el conjunto normativo existente; de manera que “buscar y recibir asilo contemplado en el artículo 22.7 incluye, como un mínimo, los siguientes elementos:

1. el derecho de salir de cualquier país, inclusive del propio;
2. admisión al territorio;
3. *non-refoulement*;
4. no discriminación;

---

<sup>69</sup> *Íbidem*, pp. 53 Y 54.

5. acceso a un procedimiento para determinar si la persona reúne los requisitos para tener derecho al asilo;
6. que procedimiento citado sea acorde con garantías mínimas (*Inter. alia*, el derecho de ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido por ley;
7. asistencia de un traductor si no comprende o no habla el idioma utilizado en el procedimiento; tiempo y medios adecuados para preparar su caso;
8. asistencia legal;
9. el derecho de recurrir la decisión ante una instancia superior;
10. y el derecho a un recurso judicial sencillo y rápido que lo ampare contra una violación del derecho de asilo, al debido proceso u otro derecho reconocido por la Constitución, ley interna o la Convención Americana;
11. el ejercicio efectivo de derechos humanos básicos permite al solicitante permanecer en el país en condiciones de dignidad y seguridad hasta que se tome como base una definición definitiva sobre su caso;
12. el asilo se otorga en base a criterios objetivos previamente establecidos y conforme con los instrumentos internacionales aplicables;
13. el otorgamiento de asilo es consistente con la obligación del Estado de investigar y sancionar violaciones de derechos humanos o del derecho humanitario o, en su defecto, de extraditar a la persona a un país –que no sea aquel donde teme persecución. Que esté dispuesto a hacerlo;
14. la protección del estado se vincula con la obtención de una solución duradera (integración local, reasentamiento en un tercer país o repatriación voluntaria).”



## **2. El sistema europeo en materia de Asilo**

El presente apartado contiene un análisis un tanto más detallado del tratamiento de asilo en el marco de la Unión Europea<sup>70</sup> y la legislación relativa de los países europeos, básicamente por dos razones. En primer lugar, porque Europa ha sido el reflejo de gran parte de los movimientos de migración internacional de la última mitad de siglo, recibiendo el mayor contingente de asilados. En segundo, porque se trata de un continente donde ha sido larga la tradición de asilo otorgada y dentro del proceso de integración que esta llevando a cabo, en el marco comunitario y a nivel supranacional, resulta objeto de estudio la manera en que se está atendiendo y se enfrentará la regulación jurídica de asilo.

Al fin de la segunda guerra mundial, Europa afronta el fin de una etapa histórica, las consecuencias de la posguerra y el comienzo de un nuevo orden. Este nuevo orden creó nuevas estructuras políticas y divisiones territoriales nacidas del reparto de zonas influencia. Se configuró el Convenio de Ginebra de 1951 para dar solución a los desplazamientos masivos y a nivel interestatal la configuración del derecho de asilo -en el marco constitucional y/o de la legislación reglamentaria- para dar atención al perseguido político, en el entendido que la vía de solución ante tales atropellos se encuentra en la protección humanitaria y el deber compartido que asume todo miembro de la sociedad internacional.

En las últimas tres décadas del siglo XX, la inmigración tomó gran preocupación a los países europeos. Europa afrontaría dos grandes retos, el proceso de reacomodo a consecuencia de los acontecimientos de la segunda guerra mundial y la caída del muro de Berlín, con la reintegración de las poblaciones que pertenecían al bloque del Este y regresaban, progresivamente, en gran escala a sus comunidades de origen. Un segundo aspecto, es el relativo a la emigración de los países no europeos, que pretenden arribar por razones predominantemente económicas. Hasta la década de los setenta, Europa se había perfilado como una zona abierta, tanto por razones políticas y humanitarias en base a la política de asilo; como por razones básicamente económicas, en cuanto a los programas de trabajadores

---

<sup>70</sup> Conahora 25 miembros: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa y Suecia.

huéspedes, asumiendo una postura flexible hacia la inmigración general. Esta postura se invirtió en esas últimas tres décadas.

## **2.1 La legislación nacional de los países europeos en materia de Asilo**

En el caso específico de Alemania, es evidente la transformación que ha ocurrido a la legislación en materia de inmigración y asilo. Alemania ha sido uno de los principales afectados por el proceso de reacomodo del nuevo orden europeo tras la IIGM, la caída del muro de Berlín en octubre de 1989, la unificación de Alemania y la desaparición de la Unión Soviética. Este país industrializado, como uno de los principales receptores a la inmigración y a la amplia concesión de asilo, es un caso representativo de lo que ha ocurrido a sus similares y cómo ha repercutido su posición en el resto de Europa.

En el caso particular de Alemania, el constituyente alemán de 1948 que configuró la nueva Alemania después de los acontecimientos de la segunda guerra mundial elevó a rango constitucional el derecho de asilo en el artículo 16.2: “los perseguidos políticos gozan del derecho de asilo”. El sentido de tal inclusión encontró fundamento en el funesto pasado inmediato anterior; colocó el valor de la persona humana por encima de cualquier otro, asegurando el derecho de asilo de manera absoluta para aquellos extranjeros cuyos países violentaran los derechos fundamentales de la persona con la ejecución de persecuciones políticas en su contra.

No obstante, en la evolución socio-política posterior, con la integración de los territorios de la extinta República Democrática Alemana en la República Federal por el Acuerdo de la Unión, de 3 de octubre de 1990 se incluyeron una serie de modificaciones constitucionales. El orden socio-político alemán, resultó afectado por las dificultades de integración de los desplazamientos migratorios. La República Federal experimentó tres grandes movimientos: El primero hasta mediados de los cincuenta, en que millones de deportados y refugiados de los territorios alemanes del Este europeo -de la extinta Unión Soviética así como de los países del anterior bloque socialista- arribaron para establecerse en Alemania; El segundo hasta inicios de los setenta, con el milagro económico alemán en que cientos de miles de trabajadores provenientes del sur europeo y del norte de África arribaron a satisfacer las demandas de la expansión económica alemana y; El tercero en la década de los ochenta, con la desaparición del régimen

comunista y el detrimento de la situación de los países del tercer mundo que continuaron la creciente ola de desplazamientos masivos, intentando acceder a territorio alemán. p. 405.

Los movimientos migratorios afectaron directamente a Alemania; y obligaron a replantear las políticas de inmigración. Con la intención de frenar las oleadas migratorias que se venían incrementando considerablemente a finales de los ochenta y principios de los noventa, la legislación alemana de inmigración se reformó, tornándose más restrictiva. Por lo que toca al derecho de asilo, el texto constitucional fue reformado. La nueva reforma, puesta en vigor el 1 de julio de 1993, todavía reconoce el rango constitucional del derecho de asilo, pero introduce un reglamentación claramente restrictiva del mismo:

- “ 1. Los perseguidos políticos gozan del derecho de asilo.*
- 2. El apartado 1 no podrá ser invocado por nadie que entre en el país desde un Estado miembro de las Comunidades Europeas o de otro tercer Estado en el cual este asegurada la aplicación de la Convención Internacional sobre el Estatuto de los refugiados y el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Los Estados de las Comunidades Europeas en los cuales se cumplen las condiciones de la primera frase serán determinados por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. En los caos de la primera frase, que pongan fin a la residencia pueden ser ejecutadas independientemente del recurso judicial interpuesto contra ellas.”<sup>71</sup>*

Países como España, Portugal e Italia, hasta la década de los setenta se perfilaban países tradicionalmente de emigrantes que se dirigían a América Latina, el norte de África o a los países de Europa septentrional, y que en cuanto a la migración del exterior asumían un papel básicamente de tránsito para acceder a los países del norte europeo. Durante el último tercio del siglo XX, con la crisis económica internacional de los setenta su papel se invertía: el número de emigrantes se redujo y su papel como países en vía de tránsito disminuía progresivamente, convirtiéndose en países receptores.

El drástico recorte a los programas trabajadores huéspedes invitados a trabajar temporalmente en Europa desde 1961 hasta 1974 disminuyó hasta llegar a su fin; países como Alemania, Suiza y Francia que tradicionalmente recibían trabajadores migrantes cerraron sus fronteras a la inmigración. En los países de inmigración seguían prevaleciendo las motivaciones

---

<sup>71</sup> Constitución de Alemania de 1949, modificada el 31 de agosto de 1990, Artículo 16.2.

para emigrar: desempleo y la irregularidad de los mercados laborales; los criterios impuestos por la economías más avanzadas que impedía el acceso legal a ellas, incidió en los patrones de asentamiento de extranjeros; pues, una vez asentados prefieren no desplazarse, de hacerlo les es difícil retornar. Gran parte de los inmigrantes que envía de paso accedían a España, Portugal e Italia consideraron su asentamiento definitivo en estos países; comenzaron, entonces, a figurar como países predominantemente receptores.

### **2.3 La problemática de las migraciones masivas y la restricción de Asilo en la Unión Europea**

La inmigración comenzó a ser entonces un asunto de crucial importancia para estos países. Sobre todo a partir de la década de los noventas cuando las corrientes migratorias invertidas se acentuaban año con año. La legislación de asilo se reformaba más restrictiva, argumentando tal reforma en el abuso de la institución de asilo para acceder migrantes sin motivación política alguna. La tendencia actual de Alemania y de la mayoría de los Estados europeos contradice la tradición de asilo y se dirige a limitar por los medios que sean, la posibilidad de disfrute de un derecho que en la constitución alemana y en otras tantas ha sido concebido como un derecho subjetivo fundamental.

Para describir a detalle el proceso inmigratorio restrictivo que afectado el derecho de asilo en el contexto europeo, acudiré al texto de López Garrido quien elabora doce tesis al respecto. La primera de ellas plantea que “*el Derecho de asilo se ha europeizado, el Derecho de asilo ha pasado de ser un problema estrictamente nacional en Europa a ser un problema europeo*”.<sup>72</sup> Inicialmente, los gobiernos nacionales europeos reaccionaron al fenómeno migratorio unilateralmente con la imposición de medidas legislativas restrictivas destinadas a detener el acceso de inmigrantes y evitar el acceso de inmigrantes no políticos -principalmente de carácter económico- a la vía de asilo para permanecer ilegalmente en Europa haciendo un uso de un estatuto que por derecho no les corresponde. Esta política en principio aislada predominó en la gran mayoría de los países de Europa Occidental.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> LÓPEZ GARRIDO, “Doce Tesis Sobre la integración europeas y el Derecho de Asilo”, en *Derechos y Libertades.*, Año II, no. 4, 1995, p. 59.

<sup>73</sup> *Ibid.*

Tal postura conformó “*La existencia de una auténtica carrera, destinada a ver quién dificulta más y mejor el Derecho de asilo*”.<sup>74</sup> Constituyó, una reacción en cadena que involucró a todos los países europeos en una carrera cuyo objeto es ver quién limita más eficazmente el derecho de asilo. Bajo esta óptica, quien sepa impedir el asilo de una forma más eficaz va a tener menos problemas con los asilados; en consecuencia éstos desertarán de acceder a él y lo intentarán en aquellos países en que sea más favorable la aceptación formal de su solicitud.<sup>75</sup>

Algunas de las medidas legales de carácter restrictivo que se han implementado para controlar el abuso del derecho de asilo son las siguientes:

1. La exigencia de los visados a una lista de países, que son los países que exportan más inmigrantes y más solicitudes de asilo;
2. La imposición de sanciones a las compañías transportistas.

Tanto una como otra afectan directamente al posible goce y disfrute del derecho de asilo. El visado hay que pedirlo en la embajada del país correspondiente, dentro del país del que huye. Lo cual, supone un obstáculo para poder llegar al país destino. Cuando se pide asilo en el país en el que se corre peligro, el país que tiene que resolver la demanda no está jurídicamente obligado a ello; lo estaría sólo cuando esa persona está bajo su jurisdicción, en el puerto, aeropuerto o territorio nacional. Con la imposición del visado se evita el acceso territorial al país de destino, pues de acceder y conforme al Convenio de Ginebra, se obliga fundamentalmente a no rechazarle o devolverle al país en el que corre peligro.

En cuanto a las sanciones, de una forma cada vez más extendida las legislaciones estatales han previsto multas a las compañías aéreas y marítimas que no han examinado adecuadamente las documentaciones, principalmente el visado, de quienes pretenden acudir a un país determinado a solicitar asilo. Lo cuál en la opinión de López Garrido significa convertir a estos funcionarios privados en funcionarios públicos de inmigración, con amplias facultades

---

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>75</sup> *Ibid.*

*Cfr.* “Ucrania. Una mirada desde afuera” en [www.acnur.org/revistas/123/pg3.htm](http://www.acnur.org/revistas/123/pg3.htm). Ucrania al igual que Moldavia y Bielorrusia, países del Este europeo enfrentan grandes retos como comunidades en vía de tránsito para las oleadas que llegan desde lugares tan lejanos como China, India, Pakistán, Bangladesh, Irak y Palestina, en su intento por alcanzar Europa; y los problemas derivados, pues existe un temor generalizado a que se convierta pronto en un vertedero permanente de aquellos a los que se ha negado acceso a Occidente.

para denegar el acceso de quienes no reúnan la documentación legal exigida,<sup>76</sup> y dejando sin posibilidad alguna de presentar su demanda.

A la imposición de estas dos medidas, que supuso la introducción de un procedimiento más restrictivo en la frontera y afectó considerablemente la oportunidad de buscar asilo dentro de estos países, se siguieron otros mecanismos excluidores más:

1. instrumentos de exclusión de solicitantes de asilo incluyendo a países de origen en listas de países considerados “seguros”;
2. introducción de procedimientos de examen y rechazo de solicitudes acelerado;
3. inversión de la carga de la prueba desapareciendo así la presunción de perseguido del solicitante de asilo y debiendo éste probar a priori tal condición;
4. eliminación del efecto suspensivo de los recursos contra resoluciones denegatorias.

Ahora el perseguido político se encuentra con mayores obstáculos para poder acceder al derecho de asilo y a la protección internacional del estatuto del refugiado. Las leyes de asilo también han implementado procedimientos acelerados que incluyen la improcedencia de las llamadas “solicitudes manifiestamente infundadas”. Ahora, el procedimiento de examen de las demanda puede desechar de plano y sin una revisión que llegue al fondo de la demanda; por tanto, deja sin posibilidad de acceder a mecanismo de defensa alguno contra una negativa de asilo. El caso más evidente es el concepto de “país seguro”, conforme el cuál quien viene de un país seguro supone no tiene derecho de asilo y que, por tanto, su solicitud se encuentra presumiblemente mal fundada. Este concepto por demás subjetivo, sujeto a una amplia interpretación, depende de lo que cada estado considere es,<sup>77</sup> y elimina la posibilidad de acceder con las debidas garantías a un procedimiento que estudie si el realmente el solicitante sufre de persecución en su país de origen.

En el caso de que el perseguido político haya podido sortear todos estos obstáculos, logrando entrar a territorio, admitiendo su demanda a trámite, se encuentra con un obstáculo más: *“La inversión de la carga de la prueba como manifestación actual del derecho de*

---

<sup>76</sup> *Ibidem.*, p. 61.

<sup>77</sup> LÓPEZ GARRIDO, *Op. Cit.*, p. 62.

*asilo*".<sup>78</sup> Bajo la actual perspectiva se presume el no derecho de asilo, el solicitante de asilo es quien tiene que probar lo fundado de su solicitud, y las autoridades del Estado deberán probar lo infundado de la misma.<sup>79</sup> La persecución alegada debe ser acreditada por el solicitante. No se admite el principio *in dubio pro asilado*, ni la inversión de la carga de la prueba que seguirá correspondiendo al asilado. No obstante, no es posible exigirse la presentación de pruebas concluyentes y definitivas, prácticamente imposibles de satisfacer para quien huye de su país en las condiciones de persecución política; en este caso, una prueba indiciaria puede ser suficiente.<sup>80</sup>

En palabras de López Garrido las restricciones impuestas al acceso del derecho de asilo se debe a "*La contaminación del derecho de asilo por toda la reacción contra la inmigración legal*".<sup>81</sup> El problema del asilo se presenta estrechamente vinculado al problema de la inmigración; la puesta en marcha de las medidas restrictivas al acceso en la fronteras de un gran número de países europeos afectó substancialmente a la legislación de asilo; más no detuvo a las estructuras migratorias conforme a lo esperado. Las situaciones precarias subsisten en los países del Tercer Mundo quines soportan el mayor contingente de solicitantes: inestabilidad económica, altos índices de desempleo y de crecimiento demográfico, persecuciones y ataques contra la vida y libertad. Con lo que, las motivaciones para emigrar permanecen y con ello la presión migratoria hacia la "Europa fortaleza" que se abre al interior pero cierras sus fronteras exteriores.

Actualmente, el derecho de asilo se encuentra gravemente condicionado por una determinada política de inmigración; un derecho prácticamente regido por la legislación de inmigración general y no por las facilidades que en principio debe gozar por encima del resto de extranjeros, dado que la motivación para emigrar del perseguido responde a situaciones de carácter imperioso que le obligan a huir de su país. Es innegable su vinculación al derecho de extranjería y las políticas generales de inmigración, finalmente es un extranjero. Sin embargo su condición es más precaria que la de cualquier otro extranjero, dada la ausencia de protección

---

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> LEDESMA BARTRET, Fernando, "Libertad de circulación y derecho de asilo en la Unión Europea. La doctrina del Consejo de Estado" en *Civitas Revista española de Derecho Administrativo*, no.89, Enero-Marzo, Madrid, 1996, p. 18.

<sup>81</sup> LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, p. 61.

comunitaria que sufre, y sin embargo, bajo la actual perspectiva, se le considera y trata prácticamente como cualquier otro extranjero.

Asumiendo la regulación de asilo como un problema derivado del fenómeno migratorio, aparece lo que López Garrido denomina “*el modelo estadístico*”; esto es, el modelo masivo en cuanto al tratamiento del derecho de asilo.<sup>82</sup> Los derechos fundamentales tienen un tratamiento jurídico tradicionalmente individualizado, la problemática actual de asilo contaminada del problema de la inmigración ha hecho que éste se haya convertido en un problema de números, estadístico, cuantitativo, y político. Se aborda desde la técnica y de la lógica de la política de la inmigración, atendiendo al asilo desde su aspecto más negativo, condicionando ampliamente el goce el derecho de asilo; y no desde el punto de vista de la lógica y de la técnica de los derechos fundamentales, que es un lógica individual, y más humanitaria para la concesión de la protección de asilo.

El derecho de asilo aparece ahora como “*un problema*”;<sup>83</sup> como una situación negativa de la que hay que evitar a toda costa. Décadas atrás en que las cuestiones de asilo se abordaban con un enfoque de solidaridad internacional, de urgente protección humanitaria y sobre todo de necesaria resolución por la vía de mecanismos jurídicos; parecen ser parecen quedar en el olvido. La tradición ampliamente recocida a los países europeos está siendo cuestionada bajo la tendencia de restricción actual asumida que ha dado en llamar la “Europa fortaleza”

### **2.3 El Asilo en el marco jurídico de la Unión Europea**

Dentro de la libertad comunitaria como eje constructor del mercado común europeo y como paso esencial en la integración europea, se establecen cuatro fundamentales libertades de circulación: de personas, mercancías, servicios y capitales. De estas cuatro libertades, la de personas da lugar a situaciones específicas –circulación, establecimiento y residencia-: la persona además constituir un factor productivo importante, crea una familia, busca o rechaza la integración donde se asienta, demanda educación, ejerce derechos sindicales, se desplaza de unos países a otros, necesita de seguridad social. En la voluntad de construir la Unión de

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 61.



Europa sobre una base no exclusivamente económica, sobre un civismo europeo, surge la necesidad de clarificar el estatuto del ciudadano de la Unión; convierte a Europa en un asunto de ciudadanos dentro del proceso comunitario de integración. Y dentro de esta configuración, resulta importante determinar qué papel juega el ciudadano no comunitario, y sobre todo cómo interviene el ejercicio del derecho del asilo.

Asilo e inmigración constituyen temas de actualidad en los Estados europeos y en la propia Unión. Desde la época de los noventa,<sup>84</sup> se han realizado innumerables debates parlamentarios, conferencias intergubernamentales y propuestas del Consejo Europeo, en relación a estas cuestiones. De Inmigración y Asilo; considerados como políticas análogas e intracomunitarias son aplicables el título IV del Tratado de la Comunidad Europea<sup>85</sup>, el Tratado de Maastricht de 1992, el Tratado de Ámsterdam de 1997 y el Tratado de Niza de 2001. En estos tratados se refleja una amplia diversidad institucional en que funcionan paralelamente órganos de cooperación preexistentes<sup>86</sup> y se conforma la integración de otros nuevos; se establecen también directrices generales en materia de asilo e inmigración y un calendario de objetivos en que se pone de relieve la voluntad política de los Estados miembros de la UE para la adopción de las medidas legislativas en el marco de una política común europea con respecto a estas materias.

### **2.3.1 El Tratado de Maastricht**

El Tratado de la Unión Europea de 1992 firmado en Maastricht pone de relieve en su artículo K.1 el interés común para la realización de los fines de la UE y particularmente por lo que toca a la libre circulación de personas, la política de asilo, el cruce de fronteras exteriores y la política de inmigración. Establece la creación de un Comité de Coordinación, conocido como Comité K.4, responsable de las materias previstas en materia de asilo e inmigración. El TUE,

---

<sup>84</sup> El Acuerdo de Shengen del 14 de Junio de 1985 y la puesta en marcha de su Convenio, ponen el primer paso trascendental en el marco intergubernamental europeo.

<sup>85</sup> Título IV: Visados, Asilo, Inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de las personas (artículo 61-69) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; modificado por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 y el Tratado de Niza firmado el 26 de febrero de 2001.

<sup>86</sup> Tal como el Grupo Trevi creado desde 1975 entre varios Estados europeos con la finalidad de instituir un marco de cooperación intergubernamental con competencia progresiva en los ámbitos de cooperación judicial, policial, la inmigración y asilo; y el Acuerdo de Shengen y su Convenio.

por sus siglas, prevé, también, la adopción de posiciones y acciones comunes por unanimidad en estas materias, y propone una eventual adopción por mayoría cualificada.<sup>87</sup>

Maastricht marca un paso adelante en la conveniente comunitarización de los asuntos de asilo. Determina una nueva política de cooperación en el marco de la Unión y a partir de los ámbitos de justicia e interior, es decir de en el marco intergubernamental de la JAI<sup>88</sup>. No obstante, jurídicamente esta materia aún pertenece al tercer pilar, basado en una cooperación intergubernamental más que una acción comunitaria.<sup>89</sup> Sus disposiciones son prevenciones hacia una progresiva comunitarización.

Con respecto a las solicitudes de asilo provenientes de algún Estado comunitario, la solicitud del ciudadano de la UE que invoque la persecución política como fundamento de una pretensión de asilo ante cualquier país de la Unión, se considera *a priori* infundada sin necesidad de llegar a un análisis de fondo. Dado que todos los Estados de la UE constituyen Estados democráticos, donde se presume que la política de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del individuo alcanzan un grado de protección considerablemente alto, y por cuanto este carácter es un requisito *sine qua non* para su ingreso y permanencia dentro de la Unión, el protocolo anexo al TUE supone que los Estados miembros no son países en que se efectúen persecuciones de carácter político; sólo considera casos muy excepcionales que figuran taxativamente en el mismo.<sup>90</sup> Tal razonamiento es objetado por algunos especialistas, quienes consideran que la condición de Estados democráticos y de derecho no garantiza *per se* la inexistencia de persecución, aunque sea asiladamente por motivos ideológicos; o ante una eventualidad de la que no está exenta Europa.

---

<sup>87</sup> GÓNZALEZ SÁNCHEZ, Enrique, "Asilo e Inmigración en la Unión Europea" en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 6, no. 13, Septiembre-Diciembre, 2002, Madrid, p. 836.

<sup>88</sup> Creado a partir del Tratado de Maastricht es considerado el tercer pilar de la UE -junto con el segundo pilar del ámbito comunitario del TCE y el PESC relativo a la política exterior y seguridad común- con competencia de cooperación en los ámbitos de Justicia y Asuntos del Interior, funciona en el ámbito de cooperación intergubernamental y básicamente por voto de unanimidad. En cambio, dentro del pilar de la Comunidad Europea funciona el Derecho comunitario, el Parlamento Europeo, la Comisión Europea y opera por el voto por mayoría cualificada.

<sup>89</sup> LEDESMA BARTRET, *Op. cit.*, p. 26.

<sup>90</sup> Son tres los casos:

1. si el Estado miembro del cual el solicitante tienen la nacionalidad adopta medidas contrarias al Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;
2. si el Consejo constata la violación grave y persistente de los derechos humanos o de las libertades fundamentales de acuerdo con el procedimiento del artículo 7 del TUE.
3. si un Estado miembro decide unilateralmente tramitar la solicitud, a sabiendas de que la solicitud se examinará sobre la base de la presunción de que es manifiestamente no fundada.

### 2.3.2 El Tratado de Ámsterdam

El Tratado de Ámsterdam de 1997, modifica a Maastricht e impone la comunitarización de las cuestiones relativas a visados, asilo, migración y otras políticas relacionadas a la libre circulación de personas en el ámbito europeo; imponiendo reglas generales, sujetas a la aprobación unánime de los Estados miembros hasta el 1 de Mayo de 2004; fecha en la que el Consejo adquiere facultades para decidir sobre estas cuestiones.<sup>91</sup> Prevé que todas las disposiciones deberán ser adoptadas por unanimidad; exceptuando aquellas relativas a las listas de terceros países cuyos nacionales serán sometidos a cumplir con estos requisitos y las referentes al establecimiento de un modelo uniforme de visado, que serán adoptadas por mayoría cualificada.<sup>92</sup> El Tratado de Ámsterdam prevé adicionalmente la integración del acervo de Schengen y su Convenio relativo a la supresión gradual de los controles fronterizos comunes en el marco de la UE, entre los Estados miembros de la UE y los terceros países que ratificaron el Convenio de Schengen.<sup>93</sup>

### 2.3.3 El Tratado de Niza

El Tratado de Niza de 2001, modifica nuevamente al TUE y prevé la utilización del criterio de mayoría cualificada para la adopción de las medidas en materia de cooperación administrativa entre los Estados miembros en todos los ámbitos previstos por el título IV del TCE. Prevé del mismo modo, la aplicación de la mayoría cualificada para la adopción de las medidas previstas en materia de asilo, siempre y cuando se decida por unanimidad la legislación comunitaria que deberán regir en esta materia.<sup>94</sup>

De manera general los instrumentos jurídicos firmados en el marco de la Unión Europea, se dirigen al desarrollo de una política común de asilo e inmigración. Los principios básicos de la política regional europea y de las políticas nacionales pactados van dirigidas hacia la

---

<sup>91</sup> GÓNZALEZ SÁNCHEZ, Enrique, *Op., cit.*, pp. 836-837.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 837.

<sup>93</sup> Del Convenio de Schengen participan Islandia y Noruega. A pesar de que no participan en la adopción ni les son aplicables las medidas adoptadas por el Convenio, Irlanda y Reino Unido tienen la posibilidad de participar de los acuerdos relativos a la libre de circulación notificándolo en un plazo de tres meses a partir de la presentación de la propuesta; Dinamarca puede hacerlo en un plazo de 6 meses. GLEZ p. 838

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 839.

regulación de la inmigración ilegal y a la lucha contra ella. Para ello, se ha impulsado el incremento en la cooperación entre los Estados miembros de la UE y el desarrollo de una mayor cooperación con los países de origen y tránsito de los inmigrantes. No obstante, la concreción de dichos objetivos tropieza con dificultades en su materialización; principalmente en la adopción de los actos legislativos necesarios para ponerla en práctica.

Hasta el momento sólo se ha manifestado la voluntad política de cooperación en los ámbitos de asilo e inmigración, sin embargo la regulación de asilo e inmigración aún se plantea de manera individual por parte de cada Estado miembro. González Sánchez explica en materia de regulación de asilo los acuerdos logrados son pocos y las medidas adoptadas son de un carácter limitado; remitiendo necesariamente a las disposiciones que la legislación nacional imponga.

Mientras que, los acuerdos dirigidos al combate contra la inmigración no autorizada son mayores, aunque las medidas adoptadas han resultado hasta cierto punto ineficaces. La política de contención no ha funcionado conforme a lo esperado; la inmigración ilegal no ha podido controlarse, se ha incrementado, y como este autor lo señala, cabría plantearse si el modelo elegido es el mas adecuado. En ese sentido, podría plantearse también si una regulación excesiva de la inmigración legal no tendría como consecuencia de hecho la potenciación de la inmigración ilegal;<sup>95</sup> mucho más preocupante en términos de seguridad interna y frente a la amenaza terrorista de seguridad global a raíz de Septiembre 11.

En los tratados adoptados por la Unión se han previsto las líneas generales, las institucionales que serán competentes y el procedimiento del voto; sin embargo, aún no se han sentado las bases jurídicas que definan de manera específica las normas comunes que habrán de regir el futuro de Europa en estas materias, su determinación estará por decidirse en los acuerdos de las próximas Conferencias Intergubernamentales. Los esfuerzos hasta ahora realizados se han retrasado en la adopción de las medidas legislativas necesarias, determinadas básicamente por el criterio de unanimidad, para la puesta en práctica de los trabajos elaborados en los precedentes tratados y las propuestas elaborados por el Consejo Europeo.

---

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 852.

## 2.4 Propuestas del Consejo de la Unión Europea en materia de Asilo e Inmigración

Por lo que toca, a los trabajos en materia de asilo e inmigración en el marco del Consejo Europeo<sup>96</sup>, de la reunión extraordinaria en Tampere en octubre de 1999 se concretaron los principios básicos para el desarrollo de la nueva política común europea. En primer lugar, hizo hincapié en el necesario establecimiento de un régimen de asilo común, acorde con las legislación internacional en la materia; conformando un estatuto uniforme para el asilado y un procedimiento armonizado para la concesión del mismo.<sup>97</sup> En cuanto a los objetivos de la política en materia de inmigración, se establecieron tres fundamentales: la regulación de la inmigración legal, la lucha contra la inmigración y la cooperación con los países de origen y tránsito de los inmigrantes.<sup>98</sup>

En cuanto al primero de los objetivos, el Consejo ha considerado el desarrollo de una política de integración de los nacionales de terceros países ya establecidos; donde es necesario conformar el estatuto del asilado a partir de un conjunto de derechos y obligaciones similares a los de los nacionales de los Estados miembros de la UE; y promover la no discriminación mediante la puesta en marcha de prevenciones contra el racismo y la xenofobia. En cuanto a la inmigración ilegal, hace referencia a la necesidad de una política más enérgica en materia de visados y a una mayor cooperación entre los servicios de control de fronteras de los Estados miembros. Concluyó también la necesidad de una gestión conjunta de los flujos migratorios desde sus orígenes para evitar la inmigración clandestina; lo que implica la cooperación con los terceros países involucrados<sup>99</sup>; así como el combate a las redes responsables del tráfico de seres humanos y de la explotación económica de los inmigrantes.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> El consejo de la UE ha propuesto cinco herramientas legislativas (2001-2004) para la progresiva armonización de los programas de asilo entre los Estados miembros bajo la Directiva de Procedimientos de Asilo; contenidos en las reuniones que se analizaran en el presente apartado.

<sup>97</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Op. cit.*, p. 840.

<sup>98</sup> *Ibidem.*

<sup>99</sup> Resulta trascendente el fortalecimiento de los proyectos financieros de asistencia actuales: Fondo europeo para los refugiados elaborado de 2000-2004 y ahora renovado para el periodo 2005-2010 por la Decisión 2000/596/CE del Consejo, de 28 de septiembre de 2000; así como la iniciativa comunitaria EQUAL del Fondo Social Europeo al respecto de participar en los programas de capacitación de inserción profesional y educación de adaptación e integración, como parte de sus nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones y desigualdades en relación con el mercado de trabajo.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 841.

Tampere reconoció la necesidad de llegar a un acuerdo sobre protección temporal de los desplazados en casos de afluencia masiva. Los acontecimientos de la primavera de 1999 en Kosovo demostraron las diferencias considerables entre los derechos y beneficios sociales concedidos por los Estados miembros a los beneficiarios de la protección temporal procedentes de la ex-Yugoslavia. La Directiva del Consejo con objetivo de responder a esta necesidad establece la importancia de determinar dos puntos básicos: las normas mínimas de protección temporal (duración y aplicación de la protección temporal; obligaciones de los Estados miembros hacia los beneficiarios de la protección temporal; acceso al procedimiento de asilo; regreso de los beneficiarios y medidas que deben adaptarse después de la protección temporal); así como el desarrollo de mecanismos de solidaridad que entren automáticamente en acción en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.<sup>101</sup>

En la reunión del Consejo de diciembre de 2001 en Laeken; se constató que los progresos realizados son pocos; así como, la necesidad de acelerar la incorporación de las propuestas ya realizadas en la legislación nacional de los países miembros. Del mismo modo, se hizo hincapié en una mayor colaboración de los servicios fronterizos, especialmente, a partir de los acontecimientos ocurridos en Nueva York en Septiembre 11 y en la lucha contra el terrorismo de carácter prioritario en materia de seguridad frente a la inmigración ilegal para la Unión.<sup>102</sup> La posterior reunión de Sevilla en junio de 2002, básicamente reitera el sentido de cooperación interestatal en el ámbito de la Unión; aunque se dirige más lejos, proponiendo que todo futuro acuerdo de cooperación o de asociación con terceros países contenga una cláusula sobre la gestión común de los flujos migratorios; así como la determinación y aplicación de medidas contra los terceros países que no colaboren injustificadamente contra la inmigración ilegal.<sup>103</sup>

Las medidas propuestas por el Consejo, también se han encontrado con dificultades para llevarlas a ejecución. El margen de flexibilidad negociadora de los representantes de los Estados miembros en el marco del Consejo para establecer un compromiso contundente es muy limitado; en tanto que, los representantes nacionales han intentado adaptar el contenido de las nuevas normativas comunitarias, ahora en discusión, con el de su normativa nacional. Finalmente cada Estado acaba por adoptar su propia normativa en materia de asilo e

---

<sup>101</sup> Directiva 2001/55/CE de 20 de julio de 2001.

<sup>102</sup> *Ibidem* p. 842

<sup>103</sup> <http://europa.eu.int>

inmigración.<sup>104</sup> La normativa en estos ámbitos varía de Estado a Estado; la conflictividad de posiciones e intereses existentes entre los diferentes Estados miembros de la UE ha hecho difícil la consecución de acuerdos decisivos en base al consenso; logrando acuerdos sólo en el nivel de un mínimo común denominador; sobre una base tan estrecha que se corre el riesgo de que no se dé por cumplida la satisfacción a los problemas que se intenta resolver.

A la problemática de asilo dentro de la Unión, la reacción supranacional ha sido extremadamente débil, se reduce a señalamientos, iniciativas y medidas débiles en la práctica. La Comisión Europea ha intentado la comunitarización del derecho de asilo para armonizar las distintas legislaciones estatales; con poco éxito. Los informes y declaraciones elaborados por el Parlamento Europeo piden que haya un acceso libre al territorio, y automático a los procedimientos, audiencia amplia y justa para los que piden asilo, disponibilidad de asistencia jurídica gratuita, facilidades de interpretación, procedimientos de impugnación ante tribunales judiciales, y admisión provisional al solicitante en lo que dure el procedimiento. Pero, estas recomendaciones distan mucho de la realidad actual.<sup>105</sup>

## **2. 5 Otros Acuerdos europeos**

Eludiendo, en muchos casos, tomar acuerdos en el marco intracomunitario organismo; se han adoptado básicamente políticas de cooperación intergubernamental. Los esfuerzos intergubernamentales elaborados en materia de asilo en el marco europeo se centran en dos tratados internacionales: Schengen y Dublín.

### **2.5.1 El Tratado de Schengen**

El Tratado de Schengen<sup>106</sup> es un tratado intergubernamental, de cooperación interestatal y no pertenece al ámbito de la UE; creó el llamado “espacio Schengen” de mercado interior y de

---

<sup>104</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, p. 849.

<sup>105</sup> LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, pp. 63 y 64.

<sup>106</sup> Se compone de dos instrumentos: el Acuerdo de Schengen de 1985 relativo a la “abolición gradual de los controles en las fronteras comunes” y su Convenio complementario de 1990; hasta ahora ratificados por Bélgica , Alemania, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Italia, España, Portugal, Grecia, Austria, Dinamarca, Finlandia y Suecia; Islandia y Noruega , aunque no miembros de la UE, se incorporan al Convenio en 1996.

eliminación, todavía parcial, de las fronteras físicas interiores de la Unión Europea, con la intención de desaparecer los controles fronterizos para mercancías y personas al interior del mismo. En la práctica ha focalizado su prioridad en el fortalecimiento de la frontera exterior común, mediante la colaboración interestatal, para evitar el acceso ilegal de inmigrantes y el control de las demandas de asilo, dado los efectos que para los demás desplegaría la admisión en el territorio de un Estado miembro.<sup>107</sup>

Por otra parte, no cuenta con un control realmente democrático de las decisiones que se toman dentro de su competencia; escapa al control democrático y judicial de la UE. Uno de los ámbitos de competencia más importantes de Schengen es la conformación del sistema informativo, que recabará datos de las personas amenazantes al orden público de todos los países. Este sistema, va a influir decisivamente en el tema de asilo pues incluirá una lista de los solicitantes de asilo rechazados en algunos de los países o simplemente personas amenazantes para el orden público, que por su carácter altamente peligroso no serán susceptibles de acceder al mecanismo de asilo.<sup>108</sup>

No obstante, la determinación de “persona amenazante” estará en la decisión del Comité Ejecutivo de Schengen, imponiendo el concepto de orden público a todos los Estados participantes del acuerdo. No conforme al propio concepto del mismo, sino en función de todas las amenazas de los demás. De manera que, Francia, por ejemplo, estará obligada a perseguir aquellas personas que sean amenazantes para el orden público de Alemania y viceversa. En palabras de López Garrido, se internacionaliza la cláusula de orden público.<sup>109</sup>

Schengen establece también criterios para determinar qué país miembro es el responsable de examinar una solicitud de asilo específica. De todos los países firmantes de Schengen, solamente uno será el responsable de examinar la demanda de asilo y no los demás. No obstante, cuando una persona haya sido rechazada en uno, el resto no está obligado a hacerlo. Esta disposición permite prácticamente que la persona rechazada en uno, sea rechazada en el resto.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> LEDESMA BARTRET, Fernando, *Op. cit.*, p. 7.

<sup>108</sup> LÓPEZ GARIDO, *Op. cit.*, p. 65.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibidem.*, p. 66.



## 2.5.2 El Convenio de Dublín

Por su parte el Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990<sup>111</sup> intenta responder al problema de los refugiados en órbita; es decir solicitantes de silo respecto de los que ningún país europeo se entiende competente para examinar su solicitud. En este sentido, pretende determinar qué país obligatoriamente es el responsable de examinar una solicitud de asilo, para lo cual establece tres criterios básicos: el familiar, el de residencia, el del primer país de llegada. A juicio de López Garrido estos criterios violentan el sentido de Convenio de Ginebra, en el sentido de que una la persona aislada puede verse obligada a pedir asilo donde no lo quiere. Sólo como último criterio y el supuesto de que no se den los primeros 3 criterios, se establece la posibilidad de que el solicitante pueda cursar su solicitud en el país que considera oportuno.<sup>112</sup>

López Garrido considera que la solución del refugio en órbita, en un conflicto entre dos o más Estados en que ninguno de ellos quiere ocuparse del examen de la solicitud de asilo, se debe a la falta de criterios comunes en los países europeos. Sobre todo a la falta de un órgano judicial al que dirigirse si éstos discrepan. En la práctica, este convenio establece criterios puramente procesales<sup>113</sup> fijando mecanismos restrictivos de admisión de las solicitudes de asilo, eludiendo entrar en cuestiones de fondo o de derecho sustantivo. Las disposiciones de Dublín, generan una reacción nociva al interior de los Estados que fomenta aún más la restricción al acceso en la frontera, y una mayor reticencia a dar visados; o de lo contrario serían responsables conforme a los criterios obligatorios del Convenio.<sup>114</sup>

## 2. 6 Problemática actual de la institución de Asilo en la UE

La armonización legislativa sólo se ha logrado, en el nivel intergubernamental y únicamente en lo referido a los aspectos más restrictivos del derecho de asilo. Exclusivamente

---

<sup>111</sup> En vigor el 1 de septiembre de 1997.

<sup>112</sup> LÓPEZ GARIDO, *Op. cit.*, p. 68.

<sup>113</sup> En el mismo sentido, las medidas adoptadas para su aplicación determinan también mecanismos procesales por ejemplo la creación del sistema de comparación de las impresiones dactilares de los solicitantes de asilo e inmigrantes clandestinos “Eurodac” a efecto de comprobar si un solicitante de asilo o nacional extranjero que se halle en su territorio ya ha formulado una solicitud en otro Estado miembro. Reglamento no. 2725/2000, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.

<sup>114</sup> *Ibidem.*, p. 68.

por lo que toca a los aspectos más restrictivos mediante la celebración de tratados o acuerdos entre Estados dirigidos a la cooperación policial, al cierre de fronteras y financiamiento en equipo de los sistemas policíacos y la imposición de políticas de inmigración limitada. El tercer pilar de Maastricht, artículo VI del TUE, aun no es comunitario, no pertenece al ámbito supranacional, pertenece a la autonomía de los estados; se determina entre gobiernos, no se crean órganos supranacionales, se evade de los procedimientos comunitarios de decisión sujetos al debate de la opinión pública y al control judicial. Funciona bajo la lógica intergubernamental en reuniones a puerta cerrada; unanimidad no mayoría cualificada que dificulta la consecución de acuerdos más extensivos.

Se han logrado convenios de cooperación en los aspectos más restrictivos puramente procesales, sin resolver una serie de conceptos; no hay una auténtica integración para los aspectos sustantivos del derecho de asilo, de defensa de los derechos humanos. Para establecer una política de asilo eficaz es necesario aclarar el sentido y alcance de cuando menos los conceptos básicos: refugiado, determinación de países de origen como país seguro o fórmulas análogas, admisión temporal, mecanismos de protección extraordinarios y masivos, el alcance del derecho de agrupación familiar, la interpretación del tercer país de acogida en relación a peticiones de asilo manifiestamente infundadas.<sup>115</sup>

En los acuerdos celebrados, sólo en el ámbito intergubernamental, parece ser que hay una huida de la comunitarización del Derecho comunitario, de los órganos comunitarios, de los órganos democráticos de integración europea, de la presencia de la Comisión y del Parlamento europeo, que determinen respecto de las cuestiones de asilo, reservando ese ámbito, en exclusiva, al poder ejecutivo. Se evade de los parlamentos, de la opinión pública y se sitúa en un ámbito restringido al que tienen acceso exclusivamente poder ejecutivo, no el legislativo, ni el judicial.<sup>116</sup> Frente a la posición de pretender afrontar estos problemas en el marco de una cooperación intergubernamental; aparecen las ventajas de una concepción favorable a la comunitarización.

El asilo es difícilmente separable del tema de la inmigración. Su evidente relación con la inmigración pone de manifiesto el problema de extranjería. A lo que expone la comunicación

---

<sup>115</sup> LEDESMA BARTRET, *Op. Cit.*, pp. 27 Y 28.

<sup>116</sup> LÓPEZ GARRIDO, *Op. cit.*, pp. 66 a 70.

de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 23 de febrero de 1994: “El avance de la integración europea requiere dar una respuesta integrada y coherente, que combine realismo y solidaridad, a los desafíos que plantean a la unión en su conjunto de presiones migratorias y la integración de los inmigrantes legales. No dar respuesta a esos retos iría en detrimento de los intentos para fomentar la cohesión y la solidaridad en la unión, y podría, realmente, poner en peligro la estabilidad futura de la propia Unión”<sup>117</sup>

Las políticas de asilo, así como las de inmigración, están ligadas estrechamente al interés en la realización de los fines de la Unión; a un principio vertebrador de la CE como es el de la libre circulación de las personas, que es un importante catalizador para el establecimiento y profundización en una política de cooperación dentro de una estructura institucional única.<sup>118</sup> Por ello, se plantea la necesaria homogenización de criterios, armonización de la normativa y procesos de los Estados miembros, para conseguir la efectiva libertad de circulación de personas comunitarias en el espacio comunitario, o las fugas en el sistema harán que éste no funcione.<sup>119</sup> En el campo del derecho sustantivo, se apunta al demembramiento del tercer pilar y separar claramente de raíz las cuestiones migratorias. a quienes se debe otorgar la condición de asilado, a quien excluir, cuando y cómo se debe revocar; o si acaso debe hacerlo.

## **2.7 Opinión pública y extranjería en la Unión Europea. La percepción social**

El endurecimiento en las nuevas políticas migratorias de los gobiernos es paralelo al rechazo social.<sup>120</sup> Elementos de tipo psico-social ayudan a comprender la posición y las dificultades con que se han encontrado los gobiernos de los Estados miembros en la adopción de las medidas legislativas comunitarias en materia de Asilo. La creciente inmigración en masa, principalmente procedente de países no industrializados, esta siendo percibida como una amenaza al interior de los Estados y en la propia Unión. En un contexto de amenaza constante, los medios de comunicación han influido paralelamente sobre los estados de opinión de los

---

<sup>117</sup> Citado por LEDESMA BARTRET, *Op. cit.*, p. 26.

<sup>118</sup> *Ibidem.*, p. 26-27.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> VILLANUEVA LARA, Raúl, “Refugiados y ciudadanos de la Comunidad Europea” en *Revista Mexicana de Política Exterior*, no. 14, Verano, México, 1998, p. 63

países miembros de la Unión; independientemente de la importancia real del fenómeno migratorio y de su contribución al desarrollo de las economías europeas.

La opinión pública tiene a percibir este fenómeno de manera negativa; con un cierto sentimiento xenófobo, que ha incrementado la idea de rechazo frente al extranjero extracomunitario carente de recursos.<sup>121</sup> De este contexto han tomado ventaja los grupos racistas y xenófobos, quienes, en palabras de Villanueva Lara, no habían tenido tanta influencia en la política de los gobiernos europeos, desde la derrota del fascismo.<sup>122</sup> Países con un considerable porcentaje de inmigrantes: Alemania, Francia y España, entre otros, comenzaron a experimentar los efectos de posibles conflictivas relaciones sociales y políticas de la infiltración extranjera.

Europa ha sido testigo, en no pocas ocasiones, de los conflictos sociales y étnicos que han provocado disturbios de tipo bélico. Ante el constante recuerdo de estas tragedias, Europa se debate ante la amenaza de la inmigración exterior”.<sup>123</sup> Este miedo ha hecho endurecer las políticas migratorias y de asilo; tomando medidas que ponen en peligro las propias esencias europeas intentando protegerse contra la *Überfremdung*, la hiperextranjerización/infiltración extranjera.<sup>124</sup> Los países europeos están preocupados por la magnitud del fenómeno migratorio y en el potencial riesgo de perturbación social.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Enrique, “El derecho de asilo a revisión: Los costes de la coherencia con Europa” en *Derechos y Libertades*, Año II, no. 3, 1994, pp. 833-834.

<sup>122</sup> VILLANUEVA LARA, *Op. cit.*, p. 64.

<sup>123</sup> VILLANUEVA LARA, *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> Cfr. FLEISHMAN, Jeffrey, “Holanda. La pugna entre la tolerancia y el miedo de los Países Bajos” en [www.acnur.org/revistas/123/pg4.htm](http://www.acnur.org/revistas/123/pg4.htm). Considerado tradicionalmente un país de inmigrantes y como una de las sociedades más tolerantes de Europa; el parlamento holandés votó la deportación de 26,000 extranjeros que habían solicitado, sin conseguirlo, asilo político. Un ciudadano holandés opina “En Europa hemos sido políticamente correctos; pero ahora nos sentimos ansiosos y perplejos por los extranjeros que vienen y no quieren seguir un estilo de vida occidental. Queremos que el gobierno anuncie que, como nación, sólo podemos hacernos cargo de un número limitado de inmigrantes. queremos un crecimiento cero de la inmigración”. la segunda y tercera generación de inmigrantes habían conseguido integrarse poco a poco, pero ahora todo va más lento y los niños están volviendo a sus orígenes étnicos. El dilema sobre el destino de los solicitantes de asilo coincide con el aumento del desempleo y el crimen en las comunidades de inmigrantes. Los criminales de origen foráneo componen el 55 por ciento de la población carcelaria de Países Bajos. La tasa de despéelo entre inmigrantes no occidentales es del 14 por ciento, en comparación con el 4 por ciento de la población nativa holandesa.

No obstante, al abordar estas cuestiones no es posible dejar de lado el papel que han jugado los refugiados e inmigrantes dentro de las economías europeas a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Durante la década de los sesenta y setenta, el crecimiento económico que alcanzaron las economías europeas más desarrolladas permitió la contratación a gran escala de trabajadores extranjeros, tanto provenientes de Estados europeos como de otros continentes. En tanto que, en las economías menos desarrolladas europeas se produjo un exceso de mano de obra que encontró posibilidades laborales en las economías más desarrolladas; lo que, simultáneamente contribuyó al crecimiento de la economía de sus países mediante el envío de remesas. Esta situación que en principio resultó favorable para todos, cambiaría con la crisis energética de 1973 y la consecuente crisis económica que impactó directamente al mercado laboral en el aumento de los niveles de desempleo.

En principio, los principales afectados fueron los inmigrantes; por un lado, se endureció la situación de los ya establecidos; por otro lado, se recortó drásticamente la contratación de trabajadores extranjeros, cerrándose las fronteras a la entrada de nuevos inmigrantes mediante la implementación de políticas llamadas de “inmigración cero”. Consecuentemente, se agudizó el fenómeno de la inmigración ilegal, en respuesta a los fuertes controles migratorios, pero principalmente, ante la demanda de mano de obra, aún necesaria aunque a menor escala, en las economías domésticas donde los propios trabajadores nacionales se habían resistido a desempeñar determinados trabajos poco cualificados.

La inmigración laboral permaneció casi intacta, los flujos migratorios se mantuvieron al margen de la legalidad. Empero, la situación ilegal de muchos de los trabajadores que accedieron por esa vía a Europa, supone una mayor precariedad a su ya desfavorable situación, muchos de ellos han sido víctimas de redes de traficantes o explotadores de mano de obra; y por su puesto, han presentado mayores dificultades en su integración social. En condiciones extremas, la delincuencia aparece como un medio de subsistencia. Con lo que, ante la opinión pública el inmigrante laboral ha aparecido como el responsable de la situación de inseguridad que comienza a generalizarse en muchas ciudades europeas; incrementando el sentimiento de rechazo que la falta de integración ya había comenzado a provocar incluso en los mejores momentos de bonanza económica.

El inmigrante se enfrenta así a enormes obstáculos legales para acceder a Europa; constituyendo un incentivo a la entrada no autorizada. Subrepticamente se han desarrollado mafias locales, que auxilian al acceso de los inmigrantes; lo que implica que sean objeto de explotación a manos de redes de traficantes y genera una creciente población inmigrante incorporada en la clandestinidad y marginación con grandes dificultades para incorporarse legalmente al mercado laboral. La precariedad de tales condiciones de acceso y estancia aumenta el riesgo de orillarles hacia el ejercicio de la delincuencia como la única vía de subsistencia.<sup>126</sup>

Estos estados de opinión pública se han reflejado en la políticas legislativas que partir de los años noventa comenzaron a implementar los Estados europeos para tratar de frenar los flujos migratorios. De manera más dramática, tal como lo señala González Sánchez: “el fenómeno migratorio da lugar a manifestaciones racistas o xenóforas, alimentadas en ocasiones por campañas de prensa e incluso por declaraciones de representantes políticos.”<sup>127</sup> Ideologías de corte populista y sobre todo tendencias ultraderechistas, que incluyen en sus programas la restricción a la entrada de inmigrantes y la limitación de aquellos ya establecidos, han encontrado gran apoyo en sus posturas. Incide, de este modo, un nuevo elemento político-institucional con apoyo en los estados de opinión pública en las decisiones de los gobiernos europeos.

Los gobiernos han reaccionado consecuentemente legislando o reformando la legislación nacional en estos ámbitos; mediante el reforzamiento de los controles existentes con objeto de regular la entrada y el régimen aplicable a nuevos refugiados e inmigrantes que pretendan acceder a Europa y, por otro lado, a luchar contra el creciente fenómeno de la inmigración ilegal; reglamentando la imposición de visados, cierre de fronteras, criminalización de quienes auxilien la entrada ilegal, así como, la detención y expulsión de los inmigrantes ilegales.

En el periodo de expansión económica de finales de los sesenta y principios de los setenta; cuando los trabajadores accedían sin dificultad al mercado laboral europeo y su número aunque creciente era todavía limitado, la opinión pública aceptaba la presencia del extranjero;

---

<sup>126</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Enrique, *Op. cit.*, p. 854.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 849.

siguiendo la línea de tradición democrática y de respeto a los derechos humanos.<sup>128</sup> Si bien se permitía su acceso, la dureza de las condiciones laborales y de vida de los trabajadores migrantes no era del todo buenas; lo anterior, aunado a las pocas medidas tomadas para facilitar su integración en la vida social, cultural y política de las comunidades destino, ha contribuido a su exclusión e impedido su completa asimilación.

Con la aparición de las crisis económicas la percepción social hacia el extranjero cambiaría progresivamente. Comenzó a generalizarse un sentimiento de rechazo “tendiendo a hacer responsable al extranjero de la situación de desempleo e inseguridad existentes y a llegar a ser frecuentes entre la población las manifestaciones de carácter racista o xenófobo e incluso a identificarse en ocasiones la figura del inmigrante con la de delincuente.”<sup>129</sup> El malestar de la sociedad civil encontró eco en la opinión pública y algunos partidos políticos de corte nacionalista o popular; con lo que, el desarrollo de la política europea ha venido también condicionado por la percepción del fenómeno migratorio por parte de las opiniones públicas.

La inmigración en general e incluso la admisión del refugiado se vislumbra como una carga onerosa para el Estado receptor y para sus contribuyentes; el extranjero ocupa puestos de trabajo y acapara los beneficios sociales en perjuicio de los nacionales: “la mayoría sólo busca mejores condiciones de vida, quitan puestos de trabajo y no siempre mantienen una conducta correcta”.<sup>130</sup> Independientemente de la importancia que ha cobrado el fenómeno migratorio y de la contribución real que ha propiciado al desarrollo de la economías europeas, la opinión publica tiende a percibir este fenómeno de manera negativa. En ese sentido, los Estados europeos tienden a desarrollo o modificar su legislación nacional en ámbitos e inmigración y asilo de manera restrictiva.

Mientras se plantea de manera individual por parte de cada Estado miembro, la regulación de la inmigración ilegal y el combate a la misma; pocos son los logros que se podrán conseguir. Pese a las medidas impuestas, las barreras físicas no han conseguido frenar las oleadas de extranjeros. La migración sólo puede frenarse desde sus puntos de origen. Las principales fuentes del movimiento masivo que experimenta Europa se originan de la explosión

---

<sup>128</sup> *Ibíd.*

<sup>129</sup> *Ibídem*, p. 850.

<sup>130</sup> VILLANUEVA LARA, Raúl, *Op. Cit.*, p. 63.

demográfica en el Magreb y en Egipto, la pobreza extrema en África Sub-tropical, los recientes conflictos bélicos en el Cáucaso, la guerra balcánica, así como la crisis social y política de Rusia.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> *Ibidem*, 64. Para mayores datos y cifras de los principales países productores de refugiados y países destino consultar la página electrónica de ACNUR, en “Refugiados en cifras, 2004” [www.acnur.org](http://www.acnur.org)