

FACULTAD DE DERECHO “PROF. JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE POSGRADUACIÓN EN DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO

WILCON ALGELIS LUCIANO ABREU

EL DERECHO A ASILO POLÍTICO FRENTE A LA DISCRECIONALIDAD DE ESTADO

Uberlandia, MG

2020

WILCON ALGELIS LUCIANO ABREU

**EL DERECHO A ASILO POLÍTICO FRENTE A LA
DISCRECIONALIDAD DE ESTADO**

Trabajo final presentado a la banco examinadora del programa de maestría en Derecho, de la Facultad de Derecho “Prof. Jacy de Assis”, de la Universidad Federal de Uberlandia, como requisito de disertación.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges.

Uberlandia – MG

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

A162d Abreu, Wilcon Algelis Luciano, 1988-
2020 El derecho a asilo político frente a la discrecionalidad de Estado
[recurso eletrônico] / Wilcon Algelis Luciano Abreu. - 2020.

Orientador: Alexandre Walmott Borges.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia.
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2020.3909>
Inclui bibliografia.
Inclui ilustrações.

1. Direito. I. Borges, Alexandre Walmott, 1971-, (Orient.). II.
Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

CDU:340

Glória Aparecida – CRB-6/2047



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito
Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902
Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br



ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito			
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 136, PPGDI			
Data:	Vinte e sete de fevereiro de dois mil e vinte	Hora de início:	08:40	Hora de encerramento:
Matrícula do Discente:	11812DIR003			
Nome do Discente:	Wilcon Algelis Luciano Abreu			
Título do Trabalho:	EL DERECHO A ASILO POLÍTICO FRENTE A LA DISCRECIONALIDAD DE ESTADO			
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais			
Linha de pesquisa:	Tutela Jurídica e Políticas Públicas			
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Efetividade e Devolução de Conceitos Sociais			

Reuniu-se na Sala 309, Bloco 3D, Campus Santa Mônica, da Universidade Federal de Uberlândia, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: Fernando de Brito Alves - UENP; Edihermes Marques Coelho - UFU; Alexandre Walmott Borges - UFU - orientador(a) do(a) candidato(a).

Ressalta-se que o Dr. Fernando de Brito Alves participou da defesa por meio de *webconferência* da cidade de Jacarezinho/PR e os demais membros da banca e o(a) aluno(a) participaram *in loco*.

Iniciando os trabalhos o(a) presidente da mesa, Dr(a). Alexandre Walmott Borges, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato(a), agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor(a) presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos(as) examinadores(as), que passaram a arguir o(a) candidato(a). Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o(a) candidato(a):

Aprovado(a).

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Walmott Borges, Membro de Comissão**, em 27/02/2020, às 10:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Edihermes Marques Coelho, Professor(a) do Magistério Superior**, em 27/02/2020, às 10:12, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Fernando de Brito Alves, Usuário Externo**, em 27/02/2020, às 10:48, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1892518** e o código CRC **D4C73004**.

A Dios, mi familia, mis profesores y amigos, por ser parte de este proyecto.

AGRADECIMIENTOS

Llegar a la conclusión de un trabajo de tesis, exige mucho esfuerzo, días y noches de dedicación y sobre requiere de las personas que te rodean mucha pero mucha paciencia.

Ante todas las cosas, gracias a Dios por ser el sumo regente de todo cuanto existe, por ser la luz que ilumina mi vida y el camino de los míos. A debo toda honra, a él sea la gloria.

De forma especial quiero agradecer desde el fondo de mi corazón a mi orientador Dr. Alexander Walmott por su entrega en esta investigación, su paciencia, guía esfuerzo para conmigo, por comprender lo que significa ser extranjero y por siempre estar ahí cuando lo necesitaba, agradecer a mi familia por apoyar mis proyectos (saben que son mi todo), a mi novia por su paciente y el apoyo durante todo este tiempo y por a mis compañeros del grupo de becados empezamos como amigos terminamos como hermanos. Pero existe una persona que, aunque hace ya mucho tiempo fue mi maestra no podría ignorar nunca las contribuciones que desde la preparatoria esa maestra dejó en mí, me refiere a la profesora María Estela Ramírez gracias por ser una de las primeras personas que me dijo “tú puedes, en ti confío”, jamás olvidaré tus enseñanzas, sencillez y el apoyo recibido en el Modelo Internacional de las Naciones Unidos.

Quiero hacer extensivo estos agradecimientos a la Organización de Estados Americanos (OEA), a la República Federativa de Brasil, al programa de perfeccionamiento profesional de CAPES y a la Universidad Federal de Uberlandia (UFU), sin instituciones y personas tan entregadas y bien enfocadas en el ejercicio de sus funciones, sin ellos esta formación no sería posible, inmensamente gracias.

En este camino adquirí muchas experiencias, conocí personas maravillosas (Angela, Carlos, Yohanna, Luiz, etc) y lugares inimaginables, pero una de las cosas más importantes en este trayecto es desarrollar el sentido de agradecimiento con las instituciones y personas que hicieron todo esto posible. Hoy reconozco a Brasil como mi segunda patria, un país que me abrió sus brazos, las puertas sus instituciones y me regalo la pasión de su gente..., eternamente gracias.

RESUMO

Los derechos humanos se tornan en herramientas que concretizan en el ambiente regional la idea de dignidad humana común e individual, retenidas a través de las normas internacionales que versan sobre la materia y su constante evolución interpretativa. En este sentido, considerando al instituto de asilo político como una figura de derechos humanos que ha evolucionado en la misma medida que lo han hecho los derechos humanos, esto nos llevó a desarrollar una visión más amplia de este concepto y determinar su alcance y ámbito de actuación. El objetivo del presente trabajo es analizar el concepto de asilo político como derecho humano en una visión contemporáneo y su relación con los conceptos de soberanía e independencia nacional como sustento de discrecionalidad del Estado brasileño respecto del tratamiento de una solicitud de asilo político. Por consiguiente, el método utilizado para llevar a cabo es el inductivo. Como parte de nuestras conclusiones establecimos que el asilo político es un derecho individual que se impone al Estado.

Palabras claves: Derechos humanos. Asilo político. Soberanía de Estado.

RESUMO

Os direitos humanos tornam-se ferramentas que concretizam no ambiente regional a idéia de dignidade humana comum e individual, mantida por meio de padrões internacionais que tratam do assunto e de sua constante evolução interpretativa. Nesse sentido, considerando o instituto de asilo político como uma figura dos direitos humanos que evoluiu da mesma maneira que os direitos humanos, isso nos levou a desenvolver uma visão mais ampla desse conceito e determinar seu escopo. O objetivo deste artigo é analisar o conceito de asilo político como direito humano em uma visão contemporânea e sua relação com os conceitos de soberania e independência nacional como base para a discrição do Estado brasileiro em relação ao tratamento de um pedido de asilo político. Portanto, o método utilizado para a realização é o indutivo. Como parte de nossas conclusões, estabelecemos que o asilo político é um direito individual que é imposto ao Estado.

Palavras-chave: Direitos humanos. Asilo político. Soberania do Estado.

LISTA DE TABLAS

Tabla I – Brasil y los tratados internacionales en materia de asilo	93-94
---	-------

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

AC- América Central

ACNUR – Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados

CADH – Convención Americana de los Derechos del Hombre

CEDH – Corte Europea de Derechos Humanos

CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIREFCA– Conferencia internacional sobre refugiados de Centroamérica

CONARE – Comité Nacional para los Refugiados

DUDH – Declaración Universal de los Derechos Humanos

INTERPOL – Organización Internacional de Policía Criminal

ITAMARATY – Ministerio de Relaciones Exteriores

ONU – Organización de las Naciones Unidas

PAC – Proletarios Armados por el Comunismo

PANAM – Juegos Panamericanos

STF – Supremo Tribunal Federal

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	15
2. EL ASILO POLÍTICO COMO DERECHO HUMANO.....	18
2.2 Relevancia y carácter vinculante de la Declaración Universal de los Derechos Humanos	19
2.3 Concepto de Derechos Humanos.....	23
2.4 Los derechos humanos y la dignidad humana	26
2.4.1 La dignidad humana en un aspecto histórico.....	26
2.4.2 La dignidad humana concepto y debate	28
2.5 El Estado Frente a los Derechos Humanos.....	32
2.6 Asilo Político, aspectos generales.....	34
2.6.1 Historia.....	34
2.6.2 Concepto de Asilo Político	37
2.6.3 Asilo Político y Refugio. Diferencias y Semejanzas	40
Diferencias entre Asilo Político y Refugio	40
Semejanzas entre Asilo Político y Refugio.....	43
2.6.4 Modalidades de Asilo Político.	44
Asilo Político Territorial	45
Asilo Diplomático.	47
2.6.5 Tipos de persecución en materia de Asilo Político.....	51
2.6.6 Derecho a Asilo político.	52
2.7 Limitaciones de Derechos Humanos.....	59
2.8 Noción de Estado de Derecho (ED)	62
3. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EL ASILO POLÍTICO EN BRASIL	65
3.1 Instrumentos internacionales en materia de Asilo Político.....	65
3.1.1 Tratado de Derecho Penal Internacional (1889)	66
3.1.2 La Convención sobre Asilo (1928)	68
3.1.3 El Convenio de Asilo Político (1933)	69
3.1.4 Convención sobre extradición (1933).....	70
3.1.5 Tratado sobre asilo y refugio político de Montevideo (1939)	72
3.1.6 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	74
3.1.7 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)	75
3.1.7 Convenciones sobre asilo diplomático y asilo territorial de Caracas de 1954.	77

Convención sobre asilo diplomático de 1954.....	77
Convenio sobre asilo territorial	78
3.1.8 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su protocolo de aplicación (1951, 1977)	79
3.1.9 Convención Americana sobre Derechos Humanos (pacto de San José, 1969).....	82
3.1.10 Declaración de Cartagena sobre refugio (1984).....	84
3.1.11 Conferencia internacional sobre refugiados de Centroamérica (CIREFCA, 1989)	86
3.1.12 Declaración de San José Sobre Refugiados y Personas Desplazadas (1994)	88
3.1.13 Declaración de Tlatelolco sobre acciones prácticas en el derecho de los refugiados en América Latina y el caribe (1999).....	89
3.1.14 Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina (2004)	90
3.2 Asilo Político en Brasil. Esquema general.....	91
 3.2.1 Concepto y diferencia entre asilo político y refugio	91
 Concepto y tipos de asilo.	91
 Diferencia entre asilo Político y Refugio en el sistema brasileño.....	94
3.3 Tratados internacionales en materia de asilo político y su vinculación con Brasil.....	97
 Tabla I) Brasil y los tratados internacionales en materia de asilo.	97
 3.3.1 Tratados con valor legal y supralegal	102
 3.3.2 Tratados con valor constitucional	105
 3.3.3 Tratados con valor supra constitucionales.....	108
4. EL ASILO POLÍTICO EN LA NORMATIVA INTERNA DE BRASIL.....	111
 4.1 Perspectiva Constitucional.....	111
 4.2 Soberanía en la normativa interna brasileña.....	115
 4.3 Discrecionalidad Estatal en el asilo político como expresión de soberanía.....	121
 4.4 Discrecionalidad – Soberanía, Derecho Internacional sobre Derechos Humanos	122
 4.5 Soberanía, Democracia y Corte Interamericana de Derechos Humanos	128
 4.6 Ley No. 13.445 del 24 de Mayo del 2017, que Instituye la Ley de Migración.	144
 4.7 Resolución Normativa nº 06/1997, con las alteraciones promovidas por la Resolución Normativa nº 91/2010 do Consejo Nacional de Inmigración - CNIG.	146
5. EXPOSICIÓN DE CASOS.....	149
 5.1 Caso Cubanos desertores juego panamericanos Rio, 2007	149
 5.2 Caso Cesare Battisti.....	152
6. CONSIDERACIONES FINALES	168

7. REFERENCIAS	171
-----------------------------	-----

1. INTRODUCCIÓN

El origen de la tradición de brindar asilo es tan incierto como remoto, por tanto, no podemos ubicar una etapa histórica de surgimiento. Sin embargo, entre los autores existe cierto acuerdo al establecer la base etimológica del concepto asilo político, tanto Johnny Roca de Castro (2007, p. 18), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018, p. 25) y Roberto Luiz Silva (2019, p. 293), establecen que etimológicamente el concepto Asilo se deriva del latín *asylum*, y éste del griego, significando *sitio inviolable* (grifo nuestro).

La connotación de *sitio inviolable* estaba íntimamente vinculada a un matiz meramente religiosa, tanto en la religión politeísta de la antigua Grecia como la religión monoteísta judío-cristiana se consolidó la práctica del asilo como medio para proteger la vida del individuo que era perseguido. Según Johnny Roca de Castro el asilo nació en la Antigua Grecia, en la cual, se brindaba protección no solo a criminales sino también a deudores en los templos de sus diferentes dioses y una vez allí, permanecían bajo una cierta protección divida. En ese momento, cuando estos deudores y delincuentes acudían a los templos en busca de protección contra sus perseguidores, se les otorgaba cierto estado de inmunidad por lo que, no podían ser violentados para ser sacados de estos edificios, evitando de esta forma su procesamiento judicial. (DE CASTRO, 2007)

La Corte IDH al referirse al tipo de protección brindada a los perseguidos en los templos de Antigua Grecia establece lo siguiente:

[...] entre los griegos, existió la costumbre de otorgar protección a cualquier persona que se refugiara en los santuarios, amparándose en el carácter sagrado de los lugares destinados al culto (estatuas, altares y templos de los dioses). En este caso, la garantía del asilo era una cuestión de derecho divino, es decir, que no respondía a principios jurídicos o morales, ni a sentimientos humanitarios, sino más bien, al temor supersticioso del castigo de la divinidad si se violaban los recintos en los que se encontraban las personas protegidas [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 25).

Un poco más adelante con el surgimiento de Estados independientes en Europa la práctica del asilo eclesiástica dentro de las iglesias fue paulatinamente sustituido por la protección que esos Estados recién nacidos otorgaban en favor del individuo (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018)

En el caso particular de Americana Latina, establece Mark Manly que existe un tronco común entre la costumbre de asilo tanto en Europa como en América Latina; el primero influenciado al segundo. Sin embargo, Manly expresa que explicar cómo se extendió esta costumbre de asilo desde Europa a América Latina no supone una respuesta simple, pero establece que existen antecedentes históricos de los cuales se puede colegir que fue una impronta de española, ya que, España ya contaba con una tradición de asilo no religioso muy antiguo. (MANLY, 2009)

En el caso específico de la región de América Latina antes de la segunda guerra mundial varios de los Estados que hoy son parte de la comunidad interamericana suscribieron una serie de convenios en materia de asilo y extradición, en los cuales, el Estado asilante posee plenos poderes discrecionales para calificar las causas del asilo, es decir, acorde a estos instrumentos el Estado asilante puede aprobar o negar la solicitud de asilo sin justificar su decisión. Esta potestad discrecional del Estado asilante está íntimamente vinculado a los conceptos de soberanía e independencia nacional.

Luego de la segunda guerra mundial y con el surgimiento de una serie de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, la soberanía de las naciones pasó a pleitear con las nuevas comunidades internacionales de las cuales, los mismos Estados eran parte. Este debate se debe en gran medida por los compromisos internacionales asumidos por los Estados, lo que significó que el Estado constitucional moderno estuviera vinculado a una serie de obligaciones externas. (CRUZ, 2007)

Esta tesis de limitación de la soberanía de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos genera una discusión en torno a las decisiones discretionales que podrían adoptar los Estados en base a su soberanía. El asilo político como una expresión de derecho humano no está excepto de esta discusión al cuestionarse en qué medida los Estados podrían calificar unilateralmente las causas del asilo y proceder con su aprobación o negación sin justificar su decisión.

En un primer momento nos dedicaremos a analizar el asilo político como expresión de derechos humanos desde su origen, posiciones doctrinales y ponderando el grado de relevancia y vinculación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

y los demás dispositivos que integran los instrumentos interamericanos en materia de derechos humanos.

En seguida expondremos las disposiciones más relevantes en materia de asilo político contenidas en los instrumentos interamericanos que rigen la materia, el concepto de asilo político en Brasil de forma general y su vinculación en la norma brasileña. En un tercer capítulo, nos dedicaremos a analizar los dispositivos constitucionales y legales brasileños en materia de asilo político.

En un cuarto capítulo expondremos de forma cronológica casos puntuales en los cuales, la potestad discrecional del Estado brasileño fue ejercida de forma puntual en base a su soberanía. En última instancia, nuestras consideraciones.

2. EL ASILO POLÍTICO COMO DE DERECHO HUMANO

Para abordar el estudio de asilo político como expresión de derechos humanos, en principio debemos conocer las interioridades que desde la esfera pública contrae el concepto jurídico de derechos humanos. Los derechos humanos tienen su génesis en la redacción y codificación de los principios morales y normas jurídicas que integran la denominada “Carta de los derechos humanos de la organización de las Naciones Unidas”, dicha carta está compuesta por los siguientes documentos: 1) la declaración universal de los derechos humanos (1948); 2) el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos (1966) y; 3) el Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales (1966). Sin embargo, es importante destacar que estos documentos recibieron influencia directa de documentos anteriores como son la “Declaración del Presente F. Roosevelt” ante el Congreso de los Estados Unidos de América del veintiséis (26) de enero de 1941¹, así como, la “Carta Atlántica o Carta del Atlántico” suscrita por F. Roosevelt y Churchill el catorce (14) de agosto de 1941. (QUINTANA, 1999)²

La expresión más notoria de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es el reconociendo de la dignidad humana basado en los principios de libertad e igualdad, recogidos en su artículo I que dispone lo siguiente: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Al respecto del contenido de este artículo, la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos-DEPREDEH- de la República de Guatemala expone lo siguiente:

En este artículo la DUDH expone su fundamentación ética, es decir establece los valores que guían la formulación de derechos que viene a continuación. Aquí se refleja la importancia que los autores concedían a la libertad, la igualdad y la fraternidad, valores impulsados en el marco de la Revolución Francesa, y que como tales no son realidades

¹La famosa Declaración del presidente F. Roosevelt, abordo la necesidad de construir un mundo basado en la libertad de expresión, libertad de culto y creencia, libertad de la necesidad que se traduciría en una vida saludable para los pobladores de las naciones y la libertad del miedo. Siendo estos pilares una influencia para posteriores declaraciones de la ONU y siendo específicos, inspiraron los documentos de la denominada “Carta Internacional” (QUINTANA, 1999)

²La Carta Atlántica o Carta del Atlántico, hizo constar la seguridad de los hombres dentro de sus países y la garantía de seguridad fuera de sus fronteras. Este documento puede ser señalado como antecedente a la declaración universal de los derechos del hombre. (JAYME, 2005)

sino aspiraciones, pues eso son justamente los valores: modelos de lo que es bueno, correcto, bello en una sociedad determinada y en un momento determinado.

La libertad puede tener varias dimensiones: social, política y jurídica, porque nace de una aspiración moral que pasa por el valor político para convertirse en un valor jurídico expresado como derecho y tiene tres modalidades: la libertad como no interferencia, la libertad promocional y la libertad participación.

La libertad como no interferencia, crea un ámbito de libertad para el individuo y en el que nadie puede entrar, ni siquiera con acuerdo del titular, y protege el núcleo que afecta la capacidad de elección y decisión y a la búsqueda sin interferencia de información relevante para expresar la voluntad. (GUATEMALA, 2011, p. 2).

En correspondencia con el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el párrafo primero (común) del preámbulo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que:

[...]conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables (Organización de las Naciones Unidas, 1966, p. 1)

El estudio de la relevancia y vinculación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como documento de referencia obligatoria para el estudio de derechos de esta naturaleza, nos llevará a consolidar una idea del grado de incidencia que supone el bloque de derechos humanos frente a las relaciones entre el Estados y los particulares y, de modo específico frente al Estado y el individuo cuando media una solicitud de asilo político.

2.2 Relevancia y carácter vinculante de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

La carta de las Naciones Unidas significó una herramienta sumamente importante en el plano internacional, cuya mayor contribución es explicar el principio universal de la protección de los derechos humanos. Haciendo referencia al contenido específico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la misma estableció una interpretación más efectiva a los principios de protección de los derechos humanos en un entorno eminentemente global. (DOTTO, CIELO, 2008)

Respecto de la relevancia de la Declaración de los Derechos Humanos según Jayme Fernando (2005, p. 21) establece que es “[...] el instrumento jurídico fundador del sistema de protección de los derechos humanos”³, por tanto, el autor considera dicha declaración como piedra angular y documento de referencia obligatoria en materia de derechos humanos. Mas aun, Barreto citado por Jayme Fernando (2005, p. 22) establece que “[...] a partir de la declaración, se consolida la idea de respeto de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana constituye una obligación de todo Estado delante de los demás Estados”⁴

El aspecto más importante de la declaración de los derechos humanos fue la influencia que ejerció en el derecho interno de muchos Estados, evidenciado en la formulación de sus constituciones y sin duda sirvieron como modelo de referencia para la producción de normas de carácter legales tendente a la protección de derechos de esta naturaleza. Por consiguiente, la referida declaración pasa ser un instrumento de derecho invocado en los tribunales nacionales de muchos países que **ha contribuido determinantemente** en la dimensión de los derechos humanos tanto en el ámbito internacional como en el derecho interno de muchos Estados. (GIOVANNETTI, 2009, grifo nuestro)

Para algunos autores, el hecho de que la Declaración Universal de los Derechos de los Humanos no sea un tratado no significa que carezca de carácter obligatorio para los Estados, más aun, cuando es ampliamente conocido que es el texto más citado y reconocido en materia de Derechos Humanos. En contrario, tomando como premisa la mayoría de los países signatarios de la Carta Internacional de los Derechos Humanos respetan la orientación dada por el documento en materia de derechos humanos, de cierta forma, estos lineamientos son reproducidos en sus ordenamientos jurídicos dotando a la herramienta de cierto carácter vinculante (AVANCINI, 2013).

Pese al posicionamiento internacional de la DUDH y la evidente influencia ejercida por este instrumento como fuente inspiradora de legislaciones a lo interno de los Estados encaminadas a la materialización de las disposiciones contenidas en la referida

³Traducción nuestra

⁴Traducción nuestra

declaración, existen otros autores que cuestionan severamente el grado de eficacia endilgado a este instrumento jurídico. Entre estos autores encontramos las consideraciones de Joaquín Herrara Flores que establece lo siguiente:

[...] a más de cincuenta (50) años de vigencia de una Declaración de los Derechos Humanos que se autoproclama como universal, los derechos humanos siguen sin cumplirse en gran parte de nuestro mundo. [...] La historia de los incumplimientos de los derechos es tan larga, tan continua y desafortunadamente, tan actual que no es preciso ahondar en ella. Consultemos únicamente los informes anuales promovidos por Naciones Unidas y constataremos el abismo que cada vez mayor que existe entre lo proclamado en la declaración y las realidades que viven las cuatro quintas partes en la humanidad [...] (FLORES, 2005, p. 21)

Heleneara Braga Avancini refiere respecto de la DUDH lo siguiente:

“O recurso reiterado” à Declaração Universal fez com que este se tornasse um “costume internacional”, no entanto Nikken, citado por Isabel cabrita, sustenta a dificuldade de reconhecer uma incorporação plena e total no âmbito do direito internacional consuetudinário. (AVANCINI , 2013, p. 81).

Fernando Quintana (1999, p. 107) establece que “la naturaleza jurídica o fuente jurídica – de la Declaración *universal de derechos humanos* ha suscitado numerosos comentarios y discusiones”- grifo del autor. Entre estos comentarios cita la postura de J. Mourgeon, el cual cuestiona el alcance práctico de la declaración entre otros aspectos, al establecer que:

[...] su alcance, tanto jurídico quanto práctico, es necesariamente limitado, es un texto de contenido particular dotado de alcance puramente moral y aunque constituye un hecho sin precedente, de una dimensión psicológica considerable le falta una cualidad esencial: la fuerza ejecutoria. (QUINTANA, 1999, p. 107)

Sin embargo, continúa señalando el mismo Quintana que, para otros autores la fuerza de la declaración radica en las constantes referencias de la cual es objeto tanto en debates multilaterales como en Naciones Unidas. Por tanto, DUDH se transforma en una herramienta respecto de la creación y el desarrollo del derecho internacional consuetudinario, con la fuerza necesaria (*Jus Cogens*) debido a que es tratada como fuente principal de muchos tratados internacionales, de la misma forma, a nivel interno de muchos Estados. (QUINTANA, 1999)

Otro de los argumentos esbozados por Quintana para reafirmar la fuerza vinculante de la DUDH, es que tanto el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos

(1966) como el Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales (1966), son una materialización o puesta en práctica del contenido de la Declaración Universal (Ibidem, p. 108).

Respecto de los Pactos Internacionales de Derechos establece Quintana que su redacción y adopción por parte de los Estados fue relativamente lento, alrededor de unos 20 años, durante este lapso de tiempo se verificó la necesidad de contar con principios de derechos humanos que fueran exigibles a los Estados, lo que incentivó a que la DUDH se transformara **de una recomendación no obligatoria a un instrumento jurídico** (Ibidem, grifo nuestro). A continuación, procede a citar a Thomas Buergenthal y Alexander Kiss cuando establecen que:

La necesidad de contar con normas obligatorias que definen exigen- cias para los Estados miembros de la ONU en el dominio de los dere- chos humanos se volvía cada vez mas apremiante. A medida de los años transcurrián, la Declaración fue utilizada como texto de referencia. En el momentos que gobiernos, y mismo la ONU u otras organizaciones internacionales pretendían invocar principios protegiendo los dere- chos humanos o para estigmatizar la violación de estos derechos, cita- ban la Declaración universal como el documento que los había definido. De esta manera este texto se convirtió en el símbolo de lo que la comu- nidad internacional entienden por ‘derechos humanos’, creando la convicción de que todos los gobiernos tienen la ‘obligación’ de garan- tizar a cada uno el goce de lo que ella proclama” (Ibidem, 1999, p. 109, grifo del autor)

Respecto de la fuerza obligatoria, establecen Adriano Cielo Dotto y Patricia Fortes Lopes Donzele Cielo (2008, p. 512) que “[...] o fato da DUDH não ser um tratado não quer dizer que a mesma não crie obrigatoriedade” y establecen lo siguiente:

A corrente majoritária defende a DUDH como sendo uma verdadeira norma de jus cogens. Isso quer dizer que, como norma de jus cogens, a DUDH se torna inderrogável pela vontade das partes, estando hierar- quicamente superior a qualquer outro tratado. Só outra norma da mesma natureza, portanto outra norma de jus cogens, poderia revogá-la, e teria que ser cronologicamente posterior.

A DUDH, no plano global, interpreta, de forma autêntica, o que se deve entender por direitos humanos e por liberdades fundamentais. Os sistemas regionais procuram, cada qual a seu modo, validar esses mesmos direitos e dar instrumentos eficazes para a sua proteção (DOTTO, CIELO, p. 513)

El carácter vinculatorio de la Declaración Universal de los Derechos del hombre será tema de discusión constante en todos los escenarios jurídicos en donde se hable

de derechos humanos y sin duda, el reconocimiento o desconocimiento de su grado de obligatoriedad afectará las políticas a ser desarrolladas por los Estados referentes a la materialización de las disposiciones contenidas en dicha declaración.

Por su parte el asilo político como derecho humano visto desde la perspectiva de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre no estaría exento de esta discusión, pues dependiendo del grado de vinculación que posea dicha herramienta, el asilo político podría ser encausado como un derecho individual o un derecho de Estado con base a su soberanía.

2.3 Concepto de Derechos Humanos

La conceptualización más acogida por la comunidad jurídica internacional para el concepto de derechos humanos refleja una clara correspondencia con el principio de dignidad humana, ponderando desde la óptica de las implicaciones que representan derechos de esta naturaleza, la necesidad de limitar la soberanía de los Estados. Sin embargo, la propuesta de limitación que plantean algunos de los autores no operaría de forma absoluta, más bien, sería una medida de control encaminada a la efectiva protección de aquellas prerrogativas que se desprende de la jerarquía que ocupan los Derechos Humanos en favor de los individuos.

Para Naciones Unidas en su artículo Derechos Humanos, define este concepto de la siguiente forma:

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna. (Organización de las Naciones Unidas, 2012)

Según Jayme Fernando (2005, p. 1) “[...]los derechos humanos son concebidos en la dimensión más posible de su significado como el camino a seguir en la búsqueda de la felicidad, es derecho de todos los seres humanos reconocido pioneramente por la

Constitución de los Estados Unidos”⁵. El mismo autor al definir el concepto de derechos de la siguiente forma:

Estos derechos son una vía, un método a ser desarrollado por toda la humanidad en dirección a la realización de la dignidad humana, fin de todos los gobiernos y pueblos. Asegurando el respeto a la **persona humana**, asegurándose, por siguiente, su **existencia digna**, capaz de propiciarle el desarrollo de su personalidad y de su potencial, para que pueda alcanzar el sentido de su propia existencia. Eso significa dar libertad en el desarrollo de la propia personalidad. (JAYME, 2005, p.1, grifo nuestro)

La visión expuesta por Fernando Jayme de respeto hacia el concepto de “persona humana” como única condición necesaria para asegurar el ideal de óptico desarrollo de la personalidad del ser, es compartido por Pedro Nikken al establecer que:

Una de las características resultantes del mundo contemporáneo es el reconocimiento de que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarle lícitamente. Estos derechos no dependen del reconocimiento del Estado ni son concesiones suyas; tampoco depende de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la cual pertenezca. Son derechos universales que corresponde a todo habitante de la tierra [...] (NIKKEN, 1994, p. 24)

Nikken apoya su noción de derechos humanos basado precisamente en el contenido de los documentos que componen la carta de las Naciones Unidas y, tomando este contenido como base teórica posteriormente señala que los derechos humanos se presentan como atributos innatos de la persona humana, por tanto, rechaza la idea de que los derechos humanos sean el resultado de un proceso histórico, sino que, sus bases estarían ubicadas en un orden jurídico con apego esencial en la naturaleza humana. (NIKKEN, 1994).

Esta idea de Nikken de que los derechos humanos no son concesiones del Estado es compartida por la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH) de la República de Guatemala, al establecer que:

Los derechos humanos no son concesiones de los Estados; son resultado de un ciclo en el que ante un hecho que violenta la dignidad una parte de la sociedad, portadora de una moral crítica, actúa frente al poder político para que reconozca ese hecho y cree normas e instituciones que

⁵Traducción nuestra

aseguren el disfrute de esa parcela de dignidad” (GUATEMALA, 2011, p. 9)

Jesús Ballesteros (2003, p. 28) afirma que “[...]los derechos humanos no son simples preferencias, ni elecciones arbitrarias, sino que tienen que ver con las necesidades o intereses de los seres humanos [...]”, sino que, son los intereses jurídicamente válidos o protegidos [...]”, aunque entiende que “los derechos humanos no son absolutos, porque el ser humano es interdependiente y necesitado de los otros. Los derechos de la personalidad no surgen en el vacío ni son ilimitados, pero a su vez el límite o restricción tiene límites” (Ibidem, -grifo nuestro)

Si analizamos las definiciones anteriormente citadas podríamos entender que los derechos humanos como prerrogativas jurídicas pertenecen a cada hombre por el hecho de ser humano, es decir y ubicando esta posición como parte de un postulado perteneciente al denominado derecho natural, se refiere a una gama de derechos innatos de todo ser humano. En tanto que, si los derechos humanos corresponderían a la especie *homo sapiens*, por consiguiente, esta gama de derechos parte de características propias de la naturaleza respecto del ser, **revistiendo de esta forma cierto grado universalidad.**

No obstante, para la corriente positivista estas prerrogativas conocidas como derechos humanos no son más que reivindicaciones que nosotros mismos nos otorgamos a través de la creación de sistemas de derecho que, por su forma de nacimiento, dependen del creador del referido sistema y sobre todo en qué consistan estos derechos y *cómo es limitado el ámbito de las pretensiones legítimas.* (SPAEMANN, 1988, grifo nuestro).

Según Joaquín Herrera Flores citado por Sbalquero define el concepto de Derechos humanos como:

Un producto cultural occidental, que expresa una forma específica de enfrentar los problemas sociales y económicos inherentes al sistema capitalista de producción y distribución de la riqueza. Ese hecho, por sí solo, no invalida la importancia o utilidad de los derechos humanos, sino que relativiza su alcance y evidencia sus limitaciones. Efectivamente, la principal limitación de los derechos humanos como producto cultural occidental es su comprometimiento con la manutención de un orden hegemónico determinado [...] (SBALQUIERO, 2013, p. 41)

Por su parte, Joaquín Herrera Flores es contrario a toda ideología global en torno a la forma de teorizar sobre la realidad, y que por tanto esta construcción de la

realidad debe estar cimentada sobre condiciones materiales que permitan generalizaciones, por tanto, Joaquín Herrera Flores se opone a que se sustente:

[...] la idea de que la condición humana sea considerada como algo eterno y uniforme que se va desplegando por si misma o apoyada por una racionalidad privilegiada y universal [...] Nosotros apostamos por un humanismo concreto, o lo que es lo mismo, por una condición humana sustentada en esa capacidad de haces y deshacer mundos [...] (FLORES, 2005, p. 26)

Para Herrara Flores los derechos humanos tal y como lo conocemos no son más que una creación cultural de occidente que busca justificar una ideología colonialista y los estragos que dicha ideología iba dejando por el mundo, en la expresión de las injusticias y opresiones con la que este expansionismo había permeado al mundo. Herrera Flores continúa argumentando que, si los derechos humanos fueran una expresión de una esencia humana eterna, y no el resultado de una dinámica íntimamente ligada a los cambios sociales del capitalismo, cuestiona que donde estarían los derechos de aquellos que están a los pies de los ricos de occidente. Establece que esta visión de derechos humanos son el resultado de la visión occidental nacidos como respuesta a la lógica del capital. (HERRERA, 2005).

Si los derechos humanos son el resultado de una ideológica occidental o una serie de retribuciones que nosotros nos otorgamos a nosotros mismos a través de la creación de sistemas jurídicos como afirman Herrera Flores y Spaemann, contrariando la idea de innatismo e inherencia formulada por Nikken, Habermas⁶ y otros autores, esto se traduciría en que, el asilo político como expresión de derechos humanos estaría subordinada a la soberanía del Estado bajo la teoría presentada por los dos primeros, en contrario, si los derechos humanos son inherentes al ser humano esto colocaría al asilo político en una categoría de derecho supra control Estatal, es decir, fuera del alcance del ejercicio de la soberanía de Estado.

2.4 Los derechos humanos y la dignidad humana

2.4.1 La dignidad humana en un aspecto histórico

⁶La posición de Habermas frente a los derechos humanos será abordada más adelante.

Para Wolfgang Ingo Sarlet el concepto de dignidad humana como una característica propia, inherente y sobre todo determinante de la condición humana, tiene su génesis en el pensamiento clásico y desde su persecución esta nueva forma de ver al ser humana en su conjunto ha sido concebido dentro de una orientación meramente religiosa y para ser más específicos Sarlert entiende que, este concepto tiene su origen en la ideología Cristina. De cierta forma, la autora remite al lector del artículo, en caso de que requiera más edificación, a consultar su obra nombrada como “Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988”, en donde establece que “[...] Ao pensamento cristão coube, fundados na fraternidade, provocar a mudança de mentalidade em direção à igualdade dos seres humanos”. (SARLET, 1988, p. 17, grifo nuestro)

Era pues la dignidad acorde a la filosofía y política de la antigüedad, un concepto estrechamente relacionado a la posición social de la persona, es decir que, el concepto de dignidad humana no pertenecía al ser humano por su condición de serlo, sino, por lo que el individuo representaba en una sociedad determina. En consecuencia, algunos individuos eran retenidos por más dignos que otros. (SARLET, 1988, p. 17)

Sarlet continúa estableciendo que:

O filósofo Cícero é o destaque no pensamento estoico para a compreensão da dignidade em um sentido mais amplo e da dotação em sentido igualitário da dignidade em todos os seres humanos. E é sob a inspiração dos pensamentos estoico e cristão que na Idade Média Santo Tomás de Aquino refere-se expressamente ao termo dignitas humana, pela primeira vez. (Ibidem, p. 18)

Con el predominio de la corriente de la doctrina jusnatulista acontecida en los siglos XVII y XVIII, la dignidad humana se incorpora al derecho natural bajo el principio de la igualdad de todos los hombres en precisamente dignidad y libertad. En la construcción Kantianna la dignidad humana estaba indisolublemente relacionada a una asimilación del concepto bajo el prisma de una cualidad insustituible perteneciente a la persona humana y que Kant, como bien establece Sarlet:

[...] traça uma distinção entre as coisas no mundo que têm preço e as que, em contraposição, têm dignidade e vale-se do entendimento de que tudo aquilo que está acima de qualquer preço e sem possibilidade de substituição é dotado de dignidade. Tudo que é digno não permite valoração ou substituição. (SARLET, 1988, p. 18)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos significó la liberación del ser humano de la tutela del Estado que por su ejercicio entrañaba atentados serios al nuevo concepto de dignidad humana en muchas partes del mundo. La declaración representa pues una limitación a los poderes del Estado por su contenido reivindicador de la condición humano y la proclamación de la igualdad entre los hombres.

2.4.2 La dignidad humana concepto y debate

En la Carta de las Naciones Unidas compuesta por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y Pactos Internacionales de Derechos Humanos, como son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, prevalece el concepto de dignidad humana como un principio universal. Sin embargo, este concepto es redundante y usado por la doctrina especializada como un valor que permea el ordenamiento jurídico occidental (AVANCINI, 2013)

Para Ingo Wolfgang Sarlet al hacer referencia al concepto de la dignidad humana entiende lo siguiente:

[...] das palavras “dignidade da pessoa humana” infelizmente não afasta a grande controvérsia em torno do seu conteúdo, e se é igualmente correto partir do pressuposto de que a dignidade, acima de tudo, diz com a condição humana do ser humano, e, portanto, guarda íntima relação com as complexas, e, de modo geral, imprevisíveis e praticamente incalculáveis manifestações da personalidade humana, já se percebe o quanto difícil se torna a busca de uma definição do conteúdo desta dignidade da pessoa e, portanto, de uma correspondente compreensão (ou definição) jurídica. Assim, por mais que não seja esta a posição a ser adotada, verifica-se que não é inteiramente destituída de qualquer fundamento racional e razoável a posição dos que refutam a possibilidade de uma definição, ou, pelo menos, de uma definição jurídica da dignidade. De outra parte, tendo em mente que o objetivo do presente estudo é o de pautar e discutir alguns aspectos ligados à compreensão do conteúdo e significado, ou melhor, dos conteúdos e significados, e, portanto, daquilo que se poderia designar de dimensões da dignidade da pessoa humana, com o enfoque voltado para a ordem jurídica, notadamente pelo prisma da ordem jurídico-constitucional, é certo que mu olhar — ainda que limitado — sobre algumas das contribuições oriundas do pensamento filosófico também aqui se revela. (SARLET, 2007, p. 367)

Pese a la dificultad de definir el concepto de dignidad humana desde la perspectiva jurídica según refiere Wolfgang, Habermas afirma que siempre ha existido una correspondencia entre el concepto de moral de dignidad humana y la concepción jurídica

de derechos humanos, sin embargo, reconoce que, aunque ésta solo tuvo expresión explícita en el pasado reciente, el ser humano siempre estuvo investido de dignidad por el solo hecho de serlo. Contra algunas opiniones que él califica como escépticas y estrategias deflacionarias, entiende que la dignidad humana no forma parte de una conceptualización clasificadora vacía, en contrario, entiende que es la fuente de la cual emanan todos los derechos que constituyen el bloque básico, más aun, entiende que este bloque básico de derechos, en efecto, es la línea que une y proclama la indivisibilidad de todas las categorías (o generaciones) de los derechos humanos. (HABERMAS, 2010)

Esta noción desarrollada por Habermas que ubica el concepto de dignidad humana como valor intrínseco de la persona, es compartida por Ingo Wolfgang Sarlet quien, al proponer una definición del concepto de dignidad humana desde una óptica jurídica, establece lo siguiente:

[...] dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 1998, p. 21)

Si bien Ingo Wolfgang Sarlet entiende que la dignidad humana es un valor intrínseco de la persona no es menos cierto que esta no puede ser un concepto de comprensión estándar, pues al ser citado por Helena Braga Avancini (2013, p. 79) refiere que este concepto debe ser concebido como una “categoría axiológica abierta”, entendiendo que no se debe verificar una estandarización del concepto de dignidad humana, pues a su juicio afectaría una serie de valores existentes en una sociedad plural que tenga como base el respeto a la dignidad humana.

El universalismo de la dignidad no se traduce en imponer a los demás nuestra forma de explicar, entender e intervenir en el mundo, sino que, en crear las condiciones en que cada ser humano pueda desarrollar sus actitudes, de aquí, se puede inferir que todo es plural y diferente estando sometido a varios sistemas de relaciones frente a los cuales reaccionamos culturalmente (FLORES, 2005, p. 28 – 29), por tanto, nos quedaríamos cortos al definir este concepto de dignidad humana “[...] si no nos implicamos en las

prácticas sociales y tienen que ver con esta concepción concreta y politizada de la dignidad humana y con las diferencias y plurales formas de llegar a ella" (FLORES, 2005, p. 30).

Según Boaventura Santos citado por Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2007) al referirse al concepto de dignidad humana afirma que este contraen un conjunto de presupuesto meramente occidentales, siendo la realidad, que cada cultura tiene su propio concepto de dignidad humana y estos conceptos no son asimilados como derechos humanos, lo cual supone un "[...]estabelecimento de um diálogo intercultural, no sentido de uma troca permanente estabelecimento de mu diálogo intercultural, no sentido de uma troca permanente entre diferentes culturas e saberes [...]"(SARLET, 2007, p. 384)

Para abordar el tema de la dignidad humana Alfonso José Da Silva toma como referencia los postulados de la filosofía Kantiana, los cuales establecen lo siguiente:

A filosofia kantiana mostra que o homem, como ser racional, existe como fim em si, e não simplesmente como meio, enquanto os seres, desprovidos de razão, têm seu valor relativo e condicionado, o de meios, eis por que se lhes chamam coisas; "ao contrário, os seres racionais são chamados de pessoas, porque sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por ser seu objeto de respeito ". E assim se revela como seu valor absoluto, porque a natureza racional existe como fim em si mesma. Assim, o homem se representa necessariamente sua própria existência. Mas qualquer outro ser racional se representa igualmente assim sua existência, em consequência do mesmo princípio racional que vale também para mim, é, pois, ao mesmo tempo, seu princípio objetivo que vale para outra pessoa. Daí o imperativo prático, posto por Kant: "Age de tal sorte que consideres a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio". Disso decorre que os "seres racionais estão submetidos à lei segundo a qual cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meio, mas sempre e simultaneamente como fins em si" "Isso porque" o homem não é uma coisa, não é, por consequência, um objeto que possa ser tratado simplesmente como meio, mas deve em todas as suas ações ser sempre considerado como seu fim em si (DA SILVA, 1998 p. 90, grifo del autor)

En un ejercicio de interpretación de los postulados de Kant citados anteriormente, José Da Silva establece lo siguiente:

Isso, em suma, quer dizer que só o ser humano, o ser racional, é pessoa. Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro

como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento. Nisso já se manifesta a idéia de dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo, ao mesmo tempo, institui,[...] (Ibidem p. 90-91).

La dignidad humana según Da Silva (1994, p. 91) es un “[...] atributo intrínseco, de la esencia, de la persona humana, [...] lo que no permite el reemplazo equivalente. De esta manera, la dignidad entra y se confunde con la naturaleza misma del ser humano”, tomando como base este postulado, el autor al analizar el concepto de dignidad humana bajo óptica constitucional brasileña rechaza la idea de que este concepto fuera producto de una creación constitucional, sino más bien, consistió en un reconocimiento de su eminencia, transformándolo en un valor supremo del orden jurídico. Esto último, porque el contenido y las implicaciones de la dignidad humana está regido por la preexistencia, o lo que es lo mismo, es un concepto *a priori*. (DA SILVA, 1994, grifo nuestro).

Por su parte Joaquin Flores Herrera parece desafiar esta postura de dignidad humana como valor intrínseco, cuando entiende que el concepto de derechos humanos que se impuso en el mundo posguerra fría, fueron concebidos bajo las tendencias de la universalidad para derechos de esta naturaleza y su pertenencia innata a la persona humana. Por consiguiente, el concepto de dignidad humana desde la óptica de los derechos humanos se presenta como producto de características inmutables y no como productos culturales y convencionales, de este modo, nadie podría atentar contra las características propias de la naturaleza (FLORES, 2005), por esta razón, afirma Joaquín Herrera Flores (2005, p. 108) tenemos un concepto de dignidad humana “[...] no bien definido y solo formulada en términos tan generales como difusos”.

Luís Barroso citado por Sidney Guerra y Lilian Márcia Balmant Emerique establece que:

[...] a dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue en si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana. (GUERRA, EMERIQUE, 2006, p. 383)

Tres son las observaciones que realiza Luis Barroso al concepto de dignidad humana, a saber:

A primeira: a dignidade da sopesa humana e parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles. Nem tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os demais. Justamente ao contrário, ela é o parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre direitos fundamentais, como se explorará mais adiante. Em segundo lugar, embora seja qualificada como um valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto. É certo que ela deverá ter precedência na maior parte das situações em que entre em rota de colisão com outros princípios, mas, em determinados contextos, aspectos especialmente relevantes da dignidade poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais ou sociais, como na pena de prisão, na expulsão do estrangeiro ou na proibição de certas formas de expressão. Uma última anotação: a dignidade da pessoa humana, conforme assinalado acima, se aplica tanto nas relações entre indivíduo e Estado como nas relações privadas (BARROSO, 2010, p. 15)

La dignidad humana como concepto se encuentra íntimamente vinculado a la noción de derechos humanos y, si como bien señala Barroso la dignidad de la persona es un concepto que se aplica en las relaciones del individuo con el Estado, esto implicaría que ante un proceso de conocimiento de asilo político el Estado asilante tendría que observar los valores relacionados al principio de dignidad humana bajo pena de violación de derechos humanos.

2.5 El Estado Frente a los Derechos Humanos.

En la actualidad podemos percibir una íntima correspondencia entre los conceptos de derechos humanos y dignidad humana, esta relación debe servir al Estado como presupuesto para afirmar la dignidad como punto vértice de todas las políticas públicas. El poder debe ejercerse al servicio del ser humano no puede ser usado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones consonantes con la misma dignidad que le es consustancial. (NIKKEN, 1994)

Según entiende Fernando G. Jayme el Estado está en la obligación de asegurar derechos mínimos que posibiliten la existencia humana de forma digna a todos los individuos (JAYME, 2005). Haciendo referencia a las directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos Económicos, Sociales y Políticos y Culturales, de mayo de 1997,

resalta que los derechos sociales deben ser materializados independiente de la disponibilidad de recursos, según señala Jayme las directrices de Maatricht lo refiere de la siguiente forma:

Al igual que con los derechos civiles y políticos, los Estados cuentan con un margen de discreción en la selección de los mecanismos a usar para hacer efectivas sus respectivas obligaciones. Tanto la práctica de los Estados, como la forma en que las entidades internacionales de supervisión de tratados y los tribunales nacionales aplican las normas legales a casos y situaciones concretos, han contribuido a la evolución de normas mínimas universales y a una comprensión común acerca del alcance, la naturaleza y las limitaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. El que la plena efectividad de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales solo pueda lograrse progresivamente, como ocurre también con la mayoría de los derechos civiles y políticos, no cambia la naturaleza de la obligación legal que requiere que los Estados adopten algunas medidas de forma inmediata y otras a la mayor brevedad posible. Por lo consiguiente, al Estado le corresponde la obligación de demostrar logros cuantificables encaminados a la plena efectividad de los derechos aludidos. Los Estados no pueden recurrir a las disposiciones relativas a la 'aplicación progresiva' del artículo 2 del Pacto como pretexto del incumplimiento. Del mismo modo, los Estados no pueden justificar la derogación o limitación de los derechos reconocidos en el Pacto en base a diferencias en las tradiciones sociales, religiosas o culturales. (JAYME, 2005, p. 24)

Sigue Jayme estableciendo que, en el mismo documento las directrices establecen parámetros mínimos que deben ser observados por los Estados para asegurar una vida digna, bajo la pena de cometer un ilícito internacional, enseguida el autor cita textualmente el contenido de la directriz en este sentido, a saber:

9. Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denuncia 'una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]. Por ejemplo, incurre prima facie en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza.' Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad. (Ibidem)

Recordando lo antes dicho por Nikken, una de las características de los derechos humanos es que no son concesiones que el Estado otorga a los seres humanos y por tanto, se convierten en derechos fundamentales que la sociedad lícitamente no podría arrebatar, los cuales, no dependen de la nacionalidad de la persona, ni de la cultura a la cual pertenezca, sino que, son derechos universales que corresponden a todo habitante de

la tierra, ya que se presentan como atributos innatos de la persona humana (NIKKEN, 1994).

2.6 Asilo Político, aspectos generales

2.6.1 Historia.

El origen del asilo es incierto como remoto, sin embargo, entre los autores existe cierto acuerdo al establecer la base etimológica del concepto asilo político. Tanto para Johnny Roca de Castro (2007, p. 18), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018, p. 25) y Roberto Luiz Silva (2019, p. 293), establecen que etimológicamente el concepto Asilo se deriva del latín *asylum*, y éste del griego, significando *sitio inviolable* (grifo nuestro).

Según Johnny Roca de Castro el asilo nació en la Antigua Grecia, en la cual, se brindaba protección no solo a criminales sino también a deudores en los templos de sus diferentes dioses y una vez allí, permanecían bajo una cierta protección divida. En ese momento, cuando estos deudores y delincuentes acudían a los templos en busca de protección contra sus perseguidores, se les otorgaba cierto estado de inmunidad por lo que, no podían ser violentados para ser sacados de estos edificios, evitando de esta forma su procesamiento judicial. (DE CASTRO, 2007)

La CIDH al referirse al tipo de protección brindada a los perseguidos en los templos de Antigua Grecia establece lo siguiente:

[...] entre los griegos, existió la costumbre de otorgar protección a cualquier persona que se refugiara en los santuarios, amparándose en el carácter sagrado de los lugares destinados al culto (estatuas, altares y templos de los dioses). En este caso, la garantía del asilo era una cuestión de derecho divino, es decir, que no respondía a principios jurídicos o morales, ni a sentimientos humanitarios, sino más bien, al temor supersticioso del castigo de la divinidad si se violaban los recintos en los que se encontraban las personas protegidas [...] (Corte interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 25).

El aspecto religioso del asilo no fue exclusivo de Grecia, ya que, el libro sagrado de las religiones judío –cristiana “*La Biblia*” en el Antiguo Testamento registra alrededor de catorce (14) versos bíblicos, en los cuales Jehová, Dios judío – cristiano ordenó que se construyeran ciudades que acogieran personas que necesitaban protección debido a que su integridad física estuviera amenazada por las razones especificadas en el

texto religioso. A diferencia de la protección brindada por Grecia, el texto judío – cristiano establecía claramente quienes podían gozar del asilo, que procedimiento debían agotar para ser considerado como asilado y en qué momento debían enfrentar la justicia, para edificación citamos textualmente:

20:1 Habló Jehová a Josué, diciendo:

20:2 Habla a los hijos de Israel y diles: Señalaos las ciudades de refugio, de las cuales yo os hablé por medio de Moisés,

20:3 para que se acoja allí el homicida que matare a alguno por accidente y no a sabiendas; y os servirán de refugio contra el vengador de la sangre.

20:4 Y el que se acogiere a alguna de aquellas ciudades, se presentará a la puerta de la ciudad, y expondrá sus razones en oídos de los ancianos de aquella ciudad; y ellos le recibirán consigo dentro de la ciudad, y le darán lugar para que habite con ellos.

20:5 Si el vengador de la sangre le siguiere, no entregarán en su mano al homicida, por cuanto hirió a su prójimo por accidente, y no tuvo con él ninguna enemistad antes.

20:6 Y quedará en aquella ciudad hasta que comparezca en juicio delante de la congregación, y hasta la muerte del que fuere sumo sacerdote en aquel tiempo; entonces el homicida podrá volver a su ciudad y a su casa y a la ciudad de donde huyó.

20:8 [...] fueron las ciudades señaladas para todos los hijos de Israel, y para el extranjero que morase entre ellos, para que se acogiese a ellas cualquiera que hiriese a alguno por accidente, a fin de que no muriese por mano del vengador de la sangre, hasta que compareciese delante de la congregación.

Establece Castro que, con la anexión de Grecia como parte del imperio Romano, el asilo político fue mudando su esencia religiosa hacia un carácter más jurídico. Esto sucedió en gran medida por la reglamentación de esta práctica bajo el mandato de Teodosio el Grande quien al promulgar la primera constitución imperial en el año 392 (d. C.) introduce disposiciones tocantes al asilo cristiano, eliminando esta concesión en favor de personas que eran deudores públicos, entendiendo por tales a los del fisco. Posteriormente, Justiniano, siglo VI (d. C.) elimina este privilegio para personas acusadas de los delitos de homicidio, adulterio, y rapto. En algún momento, el cristianismo había extendido la concesión de asilo político no solo en los templos sino también en los conventos. (DE CASTRO, 2007)

Como era de esperarse con el paso de los años, la figura del asilo político como práctica religiosa fue perdiendo terreno. Esto se debió al surgimiento de varios es-

tados independientes en Europa, que aumentó la protección del individuo dentro del Estado que los recibía, por esta razón el concepto de asilo territorial empieza a sustituir la práctica eclesiástica, paralelamente, la figura de extradición para delitos comunes se consolidó. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018)

Tanto CIDH (2018, p. 25) como Johnny Roca de Castro (2017, p. 87) coinciden en afirmar que el asilo que conocemos en la actualidad tiene su origen en la Revolución Francesa, cuando el asilo se transformó en una figura jurídica con connotación civil y contenido político, con una dimensión íntimamente vinculada con el concepto de soberanía estatal superando de esta forma la tradición religiosa. Bajo este marco, la libertad de expresión se concibió como producto de la tolerancia ideológica y política, por consiguiente, se fue acuñando la idea de que los disidentes ideológicos y políticos merecían protección frente a la persecución, en contrario, los perseguidos por delitos comunes fueron perdiendo la protección internacional consuetudinaria (DE CASTRO, 2007), a juicio de CIDH esta situación provocó que:

[...] las leyes y los tratados comenzaron a distinguir entre criminales comunes y políticos, desarrollándose la noción del asilo político. Sin embargo, a pesar del reconocimiento del asilo a favor de los perseguidos políticos, derivado de algunas decisiones concretas de negación de la ex tradición a ciertas personas en la Europa pos revolucionaria, ello no significó un desarrollo progresivo y vigoroso de la figura del asilo en las jurisdicciones internas de países europeos, ni a través de convenios internacionales. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 25)

En el caso particular de Americana Latina, establece Mark Manly existe un tronco común entre la costumbre de asilo tanto en Europa como en América Latina; el primero influenciado al segundo. Sin embargo, Manly expresa que explicar cómo se extendió esta costumbre de asilo desde Europa a América Latina no supone una respuesta simple, pero establece que existen antecedentes históricos de los cuales se puede colegir que fue una impronta de española, ya que, España ya contaba con una tradición de asilo no religioso muy antiguo. (MANLY, 2009)

Aunque posterior a la Revolución Francesa, Europa no experimentó un avance legislativo en materia de asilo, por su parte la institución en América Latina se caracterizó por la suscripción de una serie de convenciones como no existen en ninguna otra región del mundo. El precedente más antiguo que podemos señalar es el tratado de extradición suscrito entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia que

ya tenía disposiciones referentes al asilo. Este acuerdo fue suscrito luego de la independencia de México en 1823. (ESPONDA, 2009)

Posteriormente América Latina crea herramientas de alcance regional que constituyen el marco jurídico interamericano en materia de asilo político. Estas herramientas serán abordadas más adelante.

A modalidad de resumen histórico la corte interamericana de derechos humanos establece que:

[...] Para darse a la labor interpretativa, la Corte estima pertinente, a modo de preludio, evidenciar que el asilo es una figura que ha variado con el tiempo, derivándose de instituciones similares que existieron a lo largo de la historia, pero a su vez adquirieron matices particulares dependiendo del período. El asilo pasó de ser una institución humanitaria, para luego adquirir un carácter marcadamente religioso y, actualmente, erigirse en una institución jurídica reconocida, con diversos alcances y matices, tanto en el derecho internacional como en el derecho interno. A partir de ese momento, el asilo se empezó a codificar en tratados de naturaleza netamente interestatal y, luego, en instrumentos de derechos humanos. [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 25)

Como bien señala la CIDH el asilo desde la visión histórica ha tenido diversos matices que lo definen en cada periodo; iniciando con un carácter meramente humanitario, para posteriormente presentarse como una institución meramente religiosa, pasando por su codificación en el derecho positivo internacional, hasta alcanzar el rango de derechos humanos.

2.6.2 Concepto de Asilo Político

La fuente de definición del concepto asilo político es esencial para la determinación del orden jurídico al que pertenece la institución y sobre todo los efectos jurídicos que provocan, tomando como referencia las obligaciones que han sido asumidos por los Estados definidas en los instrumentos internacionales que versan sobre la materia. Por un lado, la definición del concepto de asilo político tomando como referencia el Estatuto de Refugiados contrae ciertas obligaciones a cargo de los Estados que no han sido previstas en los instrumentos interamericanos específicos sobre el tema de asilo político (BRASIL, 2019).

Actualmente existe poca o ninguna controversia respecto de la definición del concepto asilo en su sentido de protección como institución humanitaria, vemos un

acuerdo de criterios entre los autores en definir el concepto de asilo como “la protección otorgada por un Estado en su territorio o en otro lugar bajo el control de alguno de sus órganos a una persona que ha venido a solicitarla” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 34).

La CIDH entiende que la figura del asilo en su interpretación más amplia está directamente relacionada con un núcleo duro del cual forma parte, esto es, de una parte, con la protección que un estado brinda a una persona que no posee su nacionalidad o que simplemente no tiene residencia dentro de los límites de su territorio y de la otra parte el no entregar a este peticionario de asilo a un Estado donde esté en peligro su integridad física en sentido general, su vida, seguridad. Esta institución tiene como objetivo primario preservar precisamente la **vida del solicitante**, su libertad y su integridad como persona. (Ibidem, grifo nuestro).

Debemos advertir en este momento que, donde verificamos cierto grado de desacuerdo entre los autores es en la definición de asilo político colegida a raíz de las disposiciones contenidas en la Convención Sobre El Estatuto de los Refugiados y las disposiciones establecidas en los instrumentos regionales en esta materia. Para algunos autores el asilo político y el refugio son dos (2) institutos jurídicos diferentes, aunque ambas tienen “un fin humanitario, son medidas unilaterales que no demandan reciprocidad, y el mismo objetivo, de permitir que un extranjero fije su domicilio en un país” (CARDOSO, 2019, p. 2). Queda evidenciado que a nivel doctrinal tenemos autores que entienden existen diferencias considerables entre los dos institutos mientras que para otros no cabría distinción entre estos dos (2) institutos jurídicos.

Respecto del alcance del asilo político podría ser definido por algunos autores en un sentido estrictamente relacionado a los instrumentos regionales en la materia y, para otros este concepto será definido partiendo del contenido del Estatuto del Refugiado. Estas diferencias serán consideradas más adelante.

En nuestro criterio el jurista Benigno Núñez Novo al definir asilo político, realiza una conceptualización extensiva del instituto de asilo político tomada desde la formulación amplia contemplada en el Estatuto de Refugiado del 1951, ya que, define el concepto como:

[...] uma antiga instituição jurídica segundo a qual uma pessoa perseguida por suas opiniões políticas, situação racial ou sexual, ou convicções religiosas no seu país de origem pode ser protegida por outra autoridade soberana (quer a Igreja, como no caso dos santuários medievais, quer em país estrangeiro)" (NOVO, 2019, p. 1).

El jurista Francisco Rezek citado por el juez Oscar Valente Cardoso (2010, p. 2) extrae una conceptualización más puntual del concepto asilo político, tomado desde nuestra perspectiva del contenido de los acuerdos regionales en la materia, este autor define asilo político como:

[...] o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido allhures – geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país atual – por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configarem quebra do direito penal comum (CARDOSO, 2010)

El mismo Oscar Valente Cardoso (2010, p. 2) establece que el “asilo político há uma perseguição político-criminal da pessoa em seu Estado” y continua estableciendo que existe una vision similar entre la anterior definición a cargo de Francisco Rezek y la conceptualizacion propuesta por Silva A, G.E. do Nascimento y Accionly, Hildebrando, cuando estos ultimos establecen que el asilo político es conferido: “[...] a uma pessoa cuja vida ou liberdade se acha ameaçada pelas autoridades de seu país por estar sendo acusado de haver violado a sua lei penal, ou, o que é mais frequente, tê-lo deixado para se livrar de perseguição política”(Ibidem)

Una visión similar del concepto Asilo Político ha sido propuesta por André de Carvalho Ramos cuando define el asilo político de la siguiente forma:

O asilo político é espécie do gênero asilo em sentido amplo e consiste no conjunto de regras que protege o estrangeiro perseguido por motivos políticos e, que, por isso, não pode permanecer ou retornar ao território do Estado de sua nacionalidade ou residência. (RAMOS, 2011, p. 16)

El jurista Roberto Luiz Silva coincide en colegir una definición de asilo político parecida a la de Carvalho Ramos, pero agrega que el asilo político como herramienta de protección debe ser concedido por el Estado asilante cuando la persecución no sea motivada por delitos comunes. (SILVA, 2019)

Bajo este mismo esquema, es importante resaltar que algunos autores exhortan a no confundir el refugio moderno del asilo político, ya que estos dos (2) institutos tienen características distintas (VARELLA, 2009, p. 176). Por consiguiente, a nuestro modo ver e interpretando la visión de los autores, en principio, los autores supra indicados

entienden que las diferencias marcadas entre el asilo político y el refugio imposibilitaría que estas dos figuras sean asimiladas como un instituto jurídico único abordado en varios instrumentos. Sin embargo y bajo la premisa de que podrían asimilarse como institutos diferentes, aun así, esto no implica que no se verifiquen ciertas similitudes importantes que en situaciones concretas y de forma ocasional puedan coincidir.

2.6.3 Asilo Político y Refugio. Diferencias y Semejanzas

Diferencias entre Asilo Político y Refugio

Las diferencias que serán expuesta a continuación no pertenecen a un orden público internacional, esto es, que no tienen como base jurídica alguna disposición en especial que verse específicamente sobre estas diferencias y que, por tanto, obligue a los Estados en adoptar reglas procesales y efectos jurídicos distintos para los institutos de Asilo Político y Refugio. Mas bien han sido algunos Estados refiriéndonos al caso específico de América Latina que en el ejercicio de su soberanía han optado por diferenciar estas dos (2) instituciones, mientras que en otros Estados no se evidencia diferencia entre las figuras de asilo político. y refugio. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

La primera distinción que debemos realizar entre estas dos (2) institutos es la data de su surgimiento, mientras que el asilo político es considerado como uno de los institutos más longevos de la humanidad, el refugio en sus diferentes variantes es una institución más reciente creada a partir de los conflictos de la II Guerra Mundial.

El Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Brasil establece que el “refúgio é concedido ao imigrante por fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas” (Brasil, 2019). Continúa estableciendo el ministerio que ante un pedido extradición o proceso de expulsión, el trámite del refugio suspende cualquier proceso a ser ejecutado por el Estado que tienda a trasladar al solicitante del refugio de forma forzosa hacia otro Estado. (BRASIL, 2019)

El refugio como instituto tiene directrices globales y se encuentra regulado internacionalmente por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. El instrumento jurídico internacional que contiene las disposiciones tocantes al concepto de refugio es la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto dos Refugiados, de 28 de julio de 1951. Dicha convención en conjunto con su protocolo de aplicación rige en el

plano global todo lo relativo con las migraciones en masa producidas por temores fundados de persecución por motivos raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. (Ibidem)

A los fines de dar cumplimiento al contenido de la convención del Estatuto de los Refugiados, generalmente los países signatarios disponen de un órgano administrativo que reúne varios representantes de áreas involucradas como pueden ser gobierno, sociedad civil, Naciones Unidas entre otros., cuya función es analizar y deliberar sobre el pedido de reconocimiento de condición de refugiado. En teoría, esta instancia administrativa debe disponer de un proceso en el cual, el pedido de refugio es analizado y se determina si el solicitante posee un fundado temor de persecución.

Acorde al Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Brasil las características del Refugio son las siguientes:

Características do refugio:

- a) Instituto jurídico internacional de alcance universal;
- b) Aplicado a casos em que a necessidade de proteção atinge a um número elevado de pessoas, onde a perseguição tem aspecto mais generalizado;
- c) Fundamentado em motivos religiosos, raciais, de nacionalidade, de grupo social e de opiniões políticas;
- d) É suficiente o fundado temor de perseguição;
- e) Em regra, a proteção se opera fora do país;
- f) Existência de cláusulas de cessação, perda e exclusão (constantes da Convenção dos Refugiados);
- g) Efeito declaratório;
- h) Instituição convencional de caráter universal, aplica-se de maneira apolítica;
- i) Medida de caráter humanitário. (BRASIL, 2019)

El concepto de Asilo Político es una institución Latinoamérica cuyas garantías son dadas apenas después de ser aprobada la condición de asilado político. Según la tradición y los convenios regionales, el asilo político dependiendo del lugar donde se solicite puede ser diplomático u territorial⁷.

Para el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Brasil el concepto jurídico de asilo en América Latina es originario del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo, de 1889, que dedica un capítulo al tema. Posteriormente, innumerables otras convenciones son producidas en la región.

⁷Estas modalidades serán abordadas posteriormente

Acorde al Ministerio de Justicia y Seguridad Publica de Brasil las características del asilo político. son las siguientes:

- a) Instituto jurídico regional (América Latina);
- b) Normalmente, é empregado em casos de perseguição política individualizada;
- c) Motivado pela perseguição por crimes políticos;
- d) Necessidade de efetiva perseguição;
- e) A proteção pode se dar no território do país estrangeiro (asilo territorial) ou na embaixada do país de destino (asilo diplomático);
- f) Inexistência de cláusulas de cessação, perda ou exclusão;
- g) Efeito constitutivo;
- h) Constitui exercício de um ato soberano do Estado, sendo decisão política cujo cumprimento não se sujeita a nenhum organismo internacional;
- i) Medida de caráter político. (BRASIL, 2019)

Según Marcelo Varella citado por Roberto Luiz Silva (2019, p. 295), establece que debe “[...] distinguir-se o direito de asilo do direito de refúgio, uma vez que o asilo decorreria da perseguição ao individuo enquanto o refúgio seria fundamentado pela perseguição de individuos [...]”, considerando entonces el factor de la individualización de la persecución hacia una persona en el asilo político como un elemento conceptualizante propio de esta institución, mientras el elemento conceptualizante en el refugio sería la persecución de un grupo de personas, en donde también, estaría incluido como motivo persecutorio las opiniones políticas pero en un aspecto más global.

Otros autores, como Valerio Mazzuoli defiende la distinción de los institutos de Asilo Político y Refugio, bajo alegato de que mientras el asilo es regulado por tratados multilaterales específicos en el ámbito regional que reflejan de cierto modo la costumbre que se había estado aplicando en el continente Americano, el refugio está regido por normas elaboradas por organismos que tienen alcance global como son la organización de Nacionales Unidas o el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (SILVA, 2019). Por consiguiente, la distinción realizada por Mazzuolli está íntimamente relaciona con el ente productor de las normas no con la naturaleza del derecho.

No obstante, el profesor en derecho Roberto Luiz Silva no comparte los motivos que llevan a la distinción de estas dos (2) instituciones al establecer que:

[...] Estamos certos da distinção entre direito de asilo e direito de refúgio, todavia não comungamos tal posição, [...] Em verdade, o instituto do asilo, como citado em nossa introdução, surgiu no Direito Romano. Assim sendo, consideraremos como refúgio o direito concedido ao imigrante por fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião,

nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas enquanto asilo é a proteção concedida aos estrangeiros perseguidos por crimes políticos, delitos de opinião e crimes que não sejam de direito comum. (SILVA, 2019, p. 295)

Según refiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la República de Ecuador es opuesta a la distinción entre refugio y asilo al entender que:

A juicio del Ecuador, todas las cláusulas [como el artículo 5 de la Convención de 1951,] confieren unidad y continuidad al derecho de asilo o refugio de tal modo que el reconocimiento de este derecho se realice de manera efectiva en la medida en que se cumpla estrictamente el principio de igualdad y no discriminación. [...] No cabe, por tanto, que se realice una distinción desfavorable entre asilo y refugio [,] ya que lo que cuenta en realidad para el derecho es que la persona protegida se encuentre a salvo bajo la jurisdicción del Estado asilante. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 4)

Como podemos apreciar la distinción que puedan hacer los Estados en términos generales de los institutos de asilo político y refugio no solo tendría interés doctrinal sino más bien, revestiría de un interés práctico para los Estados pues a juzgar de la caracterización de la petición protección el individuo contaría con un régimen de garantías totalmente diferentes en ambos institutos.

Semejanzas entre Asilo Político y Refugio

Referente a la finalidad, ambos tienen un fin humanitario, ya que son medidas de carácter unilateral que no demandan de reciprocidad de los Estados involucrados y que su objetivo base es permitir que un extranjero fije su domicilio en un Estado diferente al de su residencia habitual (CARDOSO, 2019)

Ambos institutos se caracterizan porque un Estado brinda protección en su territorio a una persona que ha venido a solicitarla y que al momento de formular la solicitud no es residente, ni nacional del Estado que funge como asilante o brinda el refugio (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 34, -grifo del autor).

En ambos institutos las personas sufren persecución y, por consiguiente, no puede permanecer en el territorio de su nacionalidad o residencia. Bajo este contexto, el jurista André Carvalho Ramos entiende que se consolida lo que denominó como “asilo en sentido amplio” que puede ser definido a grandes rasgos como un conjunto de institutos que tienen por objeto asegurar la protección del extranjero que, en virtud de una persecución sin causa, no puede retornar a su residencia o nación. (RAMOS, 2009)

Las semejanzas de estas instituciones están inseparablemente vinculadas con la protección de la integridad física, la dignidad humana y la vida de las personas. Desde la óptica de la protección a los derechos humanos como características inherentes de la persona humana, dicha protección será brindada por un Estado diferente al de la nacionalidad o residencia del solicitante al momento de poner en andamiento la petición ya sea de refugio o de asilo político.

2.6.4 Modalidades de Asilo Político.

De conformidad con los acuerdos internacionales y la costumbre de América Latina, el lugar donde el asilo político sea solicitado contrae obligaciones diferentes para el Estado asilante frente a peticiones de esta naturaleza, por lo cual, el asilo político ha sido previsto en dos (2) modalidades; Asilo político territorial y Asilo político diplomático. Las dos (2) modalidades del asilo como institución jurídica han sido creadas con el objetivo de proteger **la vida**, la libertad, la seguridad y en sentido amplio, la integridad de la persona humana, de aquellas personas que han sufrido persecución por motivos políticos e ideológicos.

Ambas modalidades de asilo guardan aspectos generales semejantes como es el hecho de primar el carácter humanitario en ambos institutos, este carácter humanitario deberá ser considerado bajo el más extendido respeto a los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, igualmente poseen como característica común que una vez el Estado asilante reconoce la condición de asilo político, su reconocimiento no puede ser visualizado como una intervención en los asuntos internos o violación de la soberanía del Estado territorial.

Mas aun, otro aspecto que nos parece sumamente importe destacar como coincidencia entre las modalidades de asilo político territorial y asilo político diplomático es lo referente a sus efectos jurídicos, tomando como referencia que el carácter de una u otra modalidad de asilo depende del lugar donde se le otorga, ya sea dentro del territorio de un Estado o dentro de las misiones diplomáticas, lo importante en este marco es resaltar que concedido el asilo, sus efectos jurídicos serán los mismos. Referente a los efectos jurídicos de estas dos (2) modalidades de asilo refiere el jurista Johnny Roca de Castro, lo siguiente:

[...]no existen connotaciones diferentes en razón de la modalidad del asilo solicitado y/o concedido en protección del individuo. [...] una vez concedido el asilo, y cuando el asilado ya se encuentra dentro del territorio del Estado asilante, es totalmente irrelevante para el Derecho Internacional, el origen o la modalidad de asilo a que se acogió el asilado. (DE CASTRO, 2007, p. 82)

Con independencia de las semejanzas citadas anteriormente, el asilo político territorial y asilo político diplomático tienen características distintivas y propias que establecen diferencias entre estas modalidades, pues el lugar de solicitud de asilo no solo incide en los trámites posteriores a ser agotados por el Estado asilante, sino que también, el lugar de solicitud de asilo condiciona las herramientas jurídicas a ser invocadas por el solicitante en pro de robustecer jurídicamente su petición de asilo. Como veremos más adelante, la herramienta jurídica con capacidad aceptada por el país asilante de ser invocada por el solicitante determinará que tan amplio puede ser el grado de discrecionalidad que poseerá el Estado asilante para aprobar o denegar la petición asilo. (DE CASTRO, 2007).

Ambas modalidades guardan en común su carácter en principio temporal, es decir, que cuando un Estado reconoce la condición de asilado político en cualquiera de sus dos (2) modalidades este reconocimiento estará sujeto a un periodo de vigencia. Este periodo de vigencia busca que una vez hayan desaparecido los presupuestos que posibilitaron el otorgamiento del asilo, es decir, haya cesado la persecución por delitos políticos y comunes conexo en contra del asilado, el Estado asilante pueda retirar la protección y el asilado pueda regresar a su país libre de temores de persecución por motivo de opinión política.

Asilo Político Territorial

Lo primero que debemos precisar y como habíamos establecido anteriormente, es que esta modalidad de asilo nace en la antigua Grecia politeísta, que luego se convirtió en una institución jurídica a través de un proceso de revolución normativa que dio como resultado la positivización de esta institución en el derecho internacional público a través de distintas convenciones. Dicha positivización estuvo influenciada por la costumbre internacional no siendo una excepción el caso de América Latina.

Recordemos que en principio esta modalidad de asilo tenía características eclesiásticas y, por tanto, era administrado por la iglesia, sin embargo, una vez terminada la disputa entre la iglesia y el Estado suscitado a raíz de la centralización hacia este último

de muchas actividades de carácter público que hasta ese momento eran administradas por la iglesia, el asilo político paso a ser una institución de carácter discrecional del Estado cimentada en base a su soberanía. Posteriormente el asilo territorial se consagro como una herramienta jurídica de derecho internacional.

En sentido general la Corte Interamericana de Derechos Humanos define el concepto Asilo territorial de la siguiente forma:

[...]consiste en la protección que un Estado brinda en su territorio a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos. El asilo territorial se encuentra intrínsecamente relacionado con la prohibición de extradición por delitos políticos o comunes cometidos con fines políticos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 24).

En la realidad de América Latina, el asilo territorial debe ser referido a través de los instrumentos jurídicos regionales que han sido adoptados a nivel regional, entre estos, la Convención de Caracas, Venezuela, sobre asilo territorial, suscrita en 28 de marzo de 1954, la cual al referirse al concepto asilo establece en su artículo I que “todo Estado tiene derecho en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún Estado pueda ejercer reclamo alguno”.

En armonía con lo anteriormente dispuesto, este instrumento también dispone en su artículo II y modalidad robustecer la discrecionalidad de Estado al establecer lo siguiente:

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

Según establece el jurista Johnny Roca de Castro entiende que para estructurar el concepto de asilo territorial es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

En primer lugar, la existencia de un delincuente político o de un perseguido por motivos políticos; en segundo lugar, que el delincuente político o el perseguido político haya ingresado dentro de la jurisdicción territorial del Estado al cual se le requiere el amparo; en tercer lugar, es menester que una vez que el delincuente o perseguido político haya

ingresado dentro de las fronteras geográficas del Estado protector, solicite a éste el asilo político; y cuarto, finalmente, debe otorgarse el asilo territorial por parte del Estado protector. (ROCHA, 2007, p. 84 - 85)

A nuestro juicio de las caracterizadas estructurantes para la concepción del asilo territorial referidas por el jurista Johnny Roca de Castro, el elemento más caracterizante es la solicitud del asilo político. dentro del territorio del Estado asilante, pues las demás características o condiciones o expuestas por Castro, serían características propias del asilo en sentido general. Estas condiciones serían compartidas por las dos (2) modalidades de asilo, es decir, tanto en el asilo territorial como asilo diplomático, todas las demás condiciones especificadas por Roca de Castro son elementos comunes de ambas modalidades.

Bajo este marco es importante establecer que el concepto “asilo” antes de las convenciones de Caracas del 1954, estaba referido de forma exclusiva a la modalidad del “asilo diplomático”, igualmente denominado como “asilo político”, y este concepto estaba referido a aquella modalidad en la cual los Estados otorgaban protección a un perseguido en embajadas, legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, por otra parte, se acuno el término “refugio político” para hacer referencia a la protección que un Estado otorgaba en un perseguido en su territorio. Desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos este referente explica de forma parcialmente la dicotomía entre los conceptos “asilo – refugio” y las implicaciones que esto ha tenido en la estructuración jurídica interamericana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2018, p. 24)

Asilo Diplomático.

Señala Roca de Castro que esta modalidad de asilo empezó a usarse partir del siglo XV cuando por iniciativa de la República de Venecia se empezaron a establecer misiones diplomáticas permanentes y esta modalidad se empezó aplicando bajo el principio de extraterritorialidad (DE CASTRO, 2007)

En sentido general la Corte Interamericana de Derechos Humanos define el concepto Asilo diplomático de la siguiente forma:

Asilo diplomático: consiste en la protección que un Estado brinda en sus legaciones, navíos de guerra, aeronaves militares y campamentos, a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o

filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 24).

Según el jurista Johnny Roca de Castro, al definir el concepto de asilo diplomático establece que:

[...] es el acto de protección diplomática que, basado en razones humanitarias, concede un Estado a un delincuente político perseguido por motivos políticos, el mismo que lo ha solicitado al Jefe de Misión diplomática del Estado asilante, o bien al comandante de una de las naves de guerra, campamentos militares, o aeronaves militares del mencionado Estado asilante, situadas dentro del Estado territorial.” (DE CASTRO, 2007, p. 88)

El artículo primero de la convención de Asilo Diplomático suscrita en Caracas, Venezuela, de fecha 28 de marzo de 1958, no solo define el concepto de asilo diplomático, sino que, establece de forma puntual cuales son los lugares donde puede ser concedida la referida protección, para mejor edificación cito:

El asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas por motivos o delitos políticos, será respetado por el Estado territorial de acuerdo con las disposiciones de la presente Convención.

Para los fines de esta Convención, legación es toda sede de misión diplomática ordinaria, la residencia de los jefes de misión y los locales habilitados por ellos para habitación de los asilados cuando el número de éstos excede de la capacidad normal de los edificios. Los navíos de guerra o aeronaves militares que estuviesen provisionalmente en astilleros, arsenales o talleres para su reparación, no pueden constituir recinto de asilo.

En la visión del jurista Johnny Roca de Castro, estos son los aspectos más importantes de la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas, a saber;

- a) Todos los Estados partes en esta convención, tienen el derecho de conceder asilo a los perseguidos políticos, pero si lo niega no le obliga a declarar las razones de su negativa. Por lo tanto, el Estado tiene el derecho, esto es, la facultad discrecional, más no el deber de otorgarlo;
- b) Por ser la concesión del asilo diplomático una facultad discrecional del Estado asilante, le corresponde a este calificar la naturaleza del delito y los motivos de la persecución, así como calificar si se trata de un caso de urgencia;
- c) El asilo diplomático, como institución jurídica no constituye un derecho a favor del solicitante a que le concedan el asilo, el solicitante tan solo tiene el derecho a buscar asilo, pero no el derecho a exigir que se lo concedan:

- d) El agente diplomático o el jefe del campamento o nave militar que hubiere concedido el asilo estará obligado a comunicarlo al Ministro de asuntos exteriores del otro Estado, a la brevedad posible; [...]
 - g) Al Estado asilante le corresponde el derecho a trasladar al asilado fuera del país, pero el Estado territorial puede señalar la ruta de su traslado, sin que esto signifique la determinación del lugar del destino;
 - h) El asilado no puede ser desembarcado en ningún lugar del Estado territorial ni en ningún lugar geográficamente próximo a él, salvo que se presenten imponderables necesidades de transporte;”
- [..] (ROCHA, 2007, p. 88).

El grado de puntualidad de esta convención es notable, toda vez que la misma fue resultado de la sentencia emitida por la Corte Internacional de Justicia de fecha 20 de noviembre de 1950, a raíz del impasse suscitado entre las Repúblicas de Colombia y Perú, por el asilo político otorgado por la embajada de Colombia en Perú en favor de Víctor Raúl Haya de la Torre. En la sentencia la Corte Internacional de Justicia señala la falta de regulación y precisión entorno del asilo diplomático, esto llevó a los Estados a regular esta modalidad dando como resultado la referida convención de asilo diplomático de Caracas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

En el asilo diplomático ocurre una ficción jurídica de extraterritorialidad por medio de la cual existen bienes tanto muebles como inmuebles que representan al Estado asilante dentro de los límites geográficos del Estado territorial. Estos bienes representan una jurisdicción de Estado. Una violación de estas áreas por parte del Estado territorial se traduciría en una violación al territorio del Estado asilante, por tanto, sería posible otorgar asilo diplomático en las misiones diplomáticas, campamentos militares y navíos de guerra (SILVA, 2019)

El asilo diplomático funge como una especie de protección temporal que solo puede ser concedido bajo situaciones de extrema urgencia y por una vigencia estrictamente indispensable para que el solicitante del asilo diplomático deje el Estado territorial con las garantías concedidas por el gobierno de dicho Estado (Estado territorial), de modo que la vida, integridad física y la libertad del solicitante no sean puestas en riesgo. (Ibidem).

En el ámbito de la protección brindada a través de esta modalidad de asilo, según Galindo Vélez citado por ACNUR establece que:

El sistema latinoamericano contiene la variante del asilo diplomático de la que carecen tanto el sistema de las Naciones Unidas como el sistema interamericano que surge de la Convención Americana de Derechos Humanos. El asilo diplomático ha demostrado ser sumamente importante, aunque en algunos casos altamente controvertidos, para proporcionar protección a personas que la necesitan en situaciones sumamente difíciles. A veces no hay tiempo de llegar a la frontera e ingresar a otro país para solicitar protección (ACNUR, 2004, p. 88)

La República de Ecuador dirigiéndose a la Corte Interamericana Derechos Humanos en función consultiva, fija posición referente al amparo del asilo diplomático dentro del sistema de protección interamericano de los derechos humanos, estableciendo lo siguiente:

Teniendo en cuenta especialmente los principios de igualdad y no discriminación por razones de cualquier condición social previstos en los artículos 2.1, 5 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el principio pro-homine y la obligación de respetar todos los derechos humanos de todas las personas en toda circunstancia y sin distinciones desfavorables, así como los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 28 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿cabe que un Estado, grupo o individuo realice actos o adopte una conducta que en la práctica signifique el desconocimiento de las disposiciones establecidas en los instrumentos de derechos humanos antes mencionados, incluyendo el artículo 5 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados[,] de manera que se atribuya a los artículos 22.7 y XXVII de la Convención Americana y de la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre, respectivamente, un contenido restringido en cuanto a la forma o modalidad del asilo, y cuáles consecuencias jurídicas deberían producirse sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona afectada por dicha interpretación regresiva?” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 4-5)

Después de un análisis exhaustivo del sistema interamericano de protección de derechos humanos y tomando en consideración la voluntad de los Estados al momento de suscribir las diferentes herramientas tocantes al asilo político en sus diferentes modalidades la CIDH responde lo siguiente:

3. El asilo diplomático no se encuentra protegido bajo el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por lo que debe regirse por las propias convenciones de carácter interestatal que lo regulan y lo dispuesto en las legislaciones internas, [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 64)

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su penúltimo considerando antes de emitir su opinión respecto de la consulta plateada por la República de Ecuador establece lo siguiente:

198. La Corte estima, además, que la situación jurídica de la persona tampoco puede quedar en un limbo o prolongarse indefinidamente. Así, la Corte ha precisado, en otros supuestos distintos al aquí examinado, que la persona no solamente tiene el derecho a no ser devuelta, sino que este principio requiere también la actuación estatal, teniendo en cuenta el objeto y fin de la norma. Ahora bien, el hecho de que la persona no pueda ser devuelta no implica per sé que el Estado deba necesariamente otorgar el asilo en su sede diplomática, sino que subsisten otras obligaciones que imponen al Estado adoptar las medidas diplomáticas, incluida la solicitud al Estado territorial de expedir un salvoconducto, o de otra índole que estén bajo su autoridad y, de conformidad con el derecho internacional, para asegurar a los solicitantes la garantía de los derechos convencionales. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 63)

Si bien es cierto la corte considera que la modalidad de asilo diplomático no se encuentra amparado por bajo el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, esto no se traduce en que sobre los Estados asilantes ante una solicitud de asilo diplomático no recaigan ciertas responsabilidades que les obligarían a adoptar medidas protectoras y de carácter humanitarias en favor del solicitante del asilo, cuyas garantías ya hayan sido previstas en otros instrumentos convencionales.

Mas adelante haremos referencia a todas las herramientas interamericanas que contienen disposiciones tocantes a la institución de asilo político. de forma exhaustiva y explicando el contenido de las mismas, de modo, que los instrumentos mencionados anteriormente serán considerados nuevamente, pero desde la óptica de su contenido en un contexto más general.

2.6.5 Tipos de persecución en materia de Asilo Político

Si analizamos todas y cada una de las definiciones colegidas por los juristas, tratadistas y las instituciones internacionales referidas entorno al concepto de asilo político en un contexto no solo contemporáneo sino incluso hasta histórico, observaremos que el elemento caracteriza y que posibilita la concesión del asilo político en cualquiera de sus modalidades es la “persecución indebida que este soportando el individuo” en su territorio de residencia. Cabe destacar que esta persecución no estaría motivada por un

solo hecho, sino que, dentro de la conceptualización de asilo político existen tipos de persecución que harían posible la protección del Estado extranjero en beneficio del individuo que injustamente la sufre.

Entre los tipos de persecución que pudieran degenerar en una medida de protección, podemos citar las siguientes:

- La convención de Caracas de 1954 sobre asilo político territorial en su artículo II establece que las creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos, son motivos que no justificarían la persecución de un Estado en contra de un individuo.
 - La Corte Interamericana de Derechos no solo entiende que existe persecución indebida cuando un Estado persigue a un individuo por creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos, sino también entiende que esta persecución sería injusta por delitos comunes conexos al delito político.
- (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 25)

2.6.6 Derecho a Asilo político.

La construcción universal del derecho de asilo, desde una perspectiva ligada a los derechos fundamentales del hombre, reciben su mayor respaldo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual reconoce a todos los hombres el respeto universal de su personalidad jurídica, en lo tocante al asilo político. establece en su artículo 14 establece lo siguiente:

1. En caso de persecución, toda persona tiene *derecho a buscar asilo*, y a disfrutar de él, en cualquier país.
2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. (Organización de las Naciones Unidas, 10 dic. 1948, grifo nuestro)

Por su parte la declaración de asilo territorial la Resolución 2312 dictada el 14 de diciembre de 1967 por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre asilo territorial, reafirma el carácter discrecional del Estado asilante al momento de reconocer

el estatus de asilado a la persona solicitante de la tal protección, cuando establece en su artículo primero (1^{ro}) lo siguiente:

El asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía, a las personas que tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluidas las personas que luchan contra el colonialismo, deberá ser respetado por todos los demás Estados.

Como principio universal queda relativamente claro que el individuo que cumpla con los requisitos establecidos en el texto que antecede tiene derecho a buscar asilo, es decir, que la prerrogativa de solicitud de asilo es un derecho de la persona (AGUIRRE, 2001) sin embargo, según establece Johnny Roca De Castro si bien es cierto el asilo es una prerrogativa que le asiste a la persona por razones humanitarias no es menos cierto que:

[...] en ninguna parte del texto de la referida declaración se señala expresamente, o se infiere de ella, que el solicitante puede exigir a las autoridades del Estado asilante, la concesión del asilo, por lo tanto, en el sentido antes invocado, el derecho que le corresponde a la persona radica en solicitar el asilo, pero es facultad del Estado el concederlo o denegarlo. (DE CASTRO, 2007, p. 96)

Tanto la convención de asilo territorial como la convención de asilo diplomático, concibieron el instituto de asilo político. como un criterio de discrecionalidad del Estado asilante en el ejercicio de su soberanía. Bajo la perspectiva de estas convenciones el asilo no era más que “[...] una expresión de la facultad soberana del Estado que lo otorga [...]” (DE CASTRO, 2007, p. 94), por consiguiente, el Estado no está obligado en reconocer la condición de asilado al solicitante debido a que “[...] el pedido de asilo no implica un derecho individual para quien lo solicita, sino, como queda dicho, es facultad soberana del Estado asilante el concederlo, o bien negarlo”.(Ibidem)

En términos parecidos se ha pronunciado la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos-COPREDEH- de la República de Guatemala quienes al comentar el contenido del artículo I de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establecen lo siguiente:

Toda persona tiene derecho de trasladarse a otro país cuando en el propio es objeto de persecución política o que no sea motivada por la comisión de delitos de orden común. Se debe realizar de acuerdo con la legislación nacional del Estado que ofrece el asilo, pues se trata de un acto unilateral; este punto puede dificultar el ejercicio de este derecho, habida cuenta de que muchos Estados exigen numerosos requisitos para

conceder el derecho de asilo a una persona. [...] Propio de estos derechos es el principio de no devolución, es decir que un Estado no puede situar a una persona en un lugar (por ejemplo, una frontera), donde su vida corra peligro, menos aun cuando está en trámite una petición de asilo. (GUATEMALA, 2011, p. 25)

Aunque la declaración Universal de los Derechos Humanos no posea valor vinculatorio, esto no implica que la misma no tenga valor doctrinal como fuente inspiradora de tratados y convenciones de derecho internacional público, así como, inspiradora de innumerables legislaciones en todo el mundo (WACHOWICZ, 2005).

En términos similares se pronuncia Johnny Roca De Castro (2007, p. 95) al establecer que debido a la carencia de carácter vinculante la Declaración Universal de los Derechos Humanos no produce “[...] un efecto jurídico vinculante en derecho que sujeté la conducta de los Estados, al menos si constituyen un marco referencial de carácter moral que guía el comportamiento de los Estados”.

Referente al grado de vinculatoriedad que tiene la Declaración Universal de Derechos Humanos, se recuerda que este aspecto fue ampliamente debatido *supra* y que, por tanto, verificamos una fuerte discusión entre los doctrinarios sobre el carácter obligatorio que contrae la DUDH mientras que algunos cuestionan su vinculatoriedad refrenté a las acciones del Estados para otros al ser esta una herramienta de referencia obligatoria en materia de derechos humanos y fungir como inspiración a convenios internacionales en materia de derechos humanos le otorga cierto nivel de obligatoriedad, incluso algunos autores ha expresado que el hecho de que sea una declaración no significa que no contraiga obligatoriedad.⁸

La discusión resulta importante en la medida de establecer cual sería la suerte en términos jurídicos del asilo político como expresión derecho humano. Si es un derecho del individuo en virtud de DUDH y las convenciones regionales que contienen disposiciones tocantes a la institución, entonces el asilo político se elevaría fuera del alcance de la regulación local y navegaría en la órbita supra estatal, si en contrario el asilo político fuera un derecho unitario y discrecional de los Estados en el ejercicio de su soberanía entonces el asilo político quedaría relegado a las disposiciones domésticas y la voluntad

⁸ Fernando Quintana, Adriano Cielo Dotto, Patricia Fortes Lopes Donzele Cielo entre otros

del Estado asilante. Como hemos establecido anteriormente, si el asilo político es un derecho que le asiste al Estado asilante, este no solo no estaría en la obligación de otorgarlo, sino que también, no tendría la obligación de explicar porque lo niega.

En un ambiente regional, la Corte Interamericana de los derechos Humanos entiende que, de la mano con el nacimiento de los mencionados catálogos de derechos humanos, la percepción tradicional del concepto asilo político se convirtió en una herramienta jurídica internacional positivada como un derecho fundamental. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en su artículo XXVII, fue instrumento internacional pionero en contener disposiciones tocantes al derecho de asilo, lo cual, significó el reconocimiento de un derecho de carácter individual de buscar y recibir asilo en el continente americano. Esto representó un cambio significativo en el ejercicio de este derecho en la región de América Latina que asentaba la decisión de otorgamiento o negación de la condición de asilo como un criterio discrecional en el ejercicio de su soberanía (Corte Interamericana de Derechos humanos, 2018, p. 38).

Respecto de las disposiciones contenidas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, su artículo XXVII establece que “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” (grifo nuestro).

Mas aun, la Convención América de los Derechos Humanos artículo 22 sobre derecho de circulación y de residencia no solo reafirma en el ambiente interamericano el derecho de asilo, sino que también contiene disposiciones tocantes a la expulsión de los extranjeros, para mejor edificación citamos:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. 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 o los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros. (- grifo nuestro)

Si comparamos los tres instrumentos jurídicos citados anteriormente verificaremos una diferencia bastante notable en la redacción de los mismos, mientras que Declaración universal de los Derechos Humanos consagra un “*derecho a buscar asilo*” tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención América de los Derechos Humanos establecen que “*Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo*”. Respecto de estas puntualizaciones establece Luis Eduardo Aguirre (2001, online) que “[...] La cuestión es determinar si el cambio de derecho de buscar (Declaración Universal) y a gozar a derecho para buscar y recibir implica (Convención Americana) un reconocimiento de un derecho sujeto de asilo, con la consiguiente obligación de los Estados de otorgarlo”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al ponderar la diferencia en la consagración del derecho de asilo en los instrumentos de referencia establece lo siguiente:

Respecto a la formulación de la disposición, es preciso resaltar que, a diferencia de la Declaración Americana y Convención Americana que contienen el derecho a “buscar y recibir asilo”, la Declaración Universal optó por recoger el derecho a “buscar y disfrutar del asilo”. Los trabajos preparatorios, tanto de la Declaración como de la Convención Americana a este respecto, son sucintos y revelan una ausencia de intercambio sobre el significado de los términos, en notoria contradicción con el debate surgido durante las discusiones sostenidas para la adopción del artículo 14.1 de la Declaración Universal. La inclusión del vocablo “recibir” en el proyecto inicial fue resistida por algunos países debido a que

se entendía que éste expresaba una obligación a cargo del Estado de otorgar el asilo bajo las condiciones establecidas en la norma. Por ende, la redacción fue modificada y la Declaración Universal adoptó los términos “buscar asilo, y a disfrutar de él” a propuesta del Reino Unido, el cual contó con el apoyo de la mayoría de los Estados. En todo caso, el reconocimiento de dicho derecho representaba un avance con respecto a la situación en la cual el asilo era considerado como una mera prerrogativa estatal. Conforme a este entendimiento, si una persona recibía el asilo por parte del Estado, tenía el derecho a disfrutar de él. El texto final del artículo 14 fue aprobado por unanimidad en la Asamblea General, lo que generó críticas de autores de la doctrina por la forma limitada de su reconocimiento, lo cual podía traer como consecuencia dejar vacío el contenido y alcance del derecho. (Corte Interamericana de justicia, 2018, p. 38)

A diferencia de lo acontecido en los trabajos preparatorios para la redacción final de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el ambiente regional interamericano el derecho de asilo no estuvo previsto en el borrador de la Convención Americana. Ante la solicitud de Colombia el derecho asilo fue codificado a través de la incorporación del artículo 22.7 de la Convención América de los Derechos Humanos y pasa a formar parte del sistema interamericano de protección a los derechos humanos. (Ibidem, p. 38)

La Corte Interamericana realiza una acotación importante referente a la diferencia de términos al momento de consagrar el derecho de asilo y establece que una persona perseguida es portadora de un derecho humano en el sistema interamericano que consiste tanto en buscar como en recibir asilo. La corte entiende que la configuración misma del derecho de asilo incorpora ambos términos y que, por tanto, resultan inadmisibles posiciones que busquen debilitar su fortaleza normativa. (Ibidem, p. 38)

Según Johnny Roca de Castro las disposiciones contenidas en las herramientas anteriormente citadas son una:

[...] tendencia evolutiva en cuanto a que no solo el pedido de asilo constituye un derecho a favor de la persona, sino también el recibir el asilo sería parte de ese mismo derecho, de lo cual se infiere que de consolidarse esta tendencia se reduciría, o bien desaparecería la discrecionalidad que tiene el Estado asilante en cuanto a la concesión del asilo. Su derecho y/o facultad a conceder asilo dará paso a un deber de otorgarlo luego de verificar que el solicitante no se encuentre inculpado o procesado ante Tribunales ordinarios competentes, por delitos comunes, o esté condenado por tales delitos y por dichos Tribunales. (DE CASTRO, 2007, p. 98)

Establece Carvalho Ramos que el derecho internacional referente a Derechos Humanos superó la concepción tradicional respecto de la discrecionalidad que posee el Estado al momento de decidir sobre asilo, dice lo siguiente:

[...]O asilo passou a ser regido também por tratados e por declarações de direitos humanos de claro conteúdo consuetudinário no plano internacional, o que gerou uma vigilância internacional das decisões outrora totalmente livres do Estado.[...] De fato, o asilo não é mais um tema exclusivamente nacional e não pode mais o Estado desprezar a necessidade de fundamentação adequada (alegando que o asilo compõe seu “absoluto domínio reservado”) na decisão sobre o asilo, para que cumpra os tratados de direitos humanos. A discretionariedade nacional é regrada e sua fundamentação pode ser rechaçada pelos órgãos internacionais. Por exemplo, se o Brasil denegar injustamente a concessão de asilo a um indivíduo que será perseguido em seu Estado de origem (caso venha a ser devolvido), poderá ser processado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por violação do Pacto de San José. (RAMOS, 2009, p. 20)

En suma la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que tanto la Convención Americana en su artículo 22.7 como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXVII, definitivamente “han cristalizado el derecho subjetivo de todas las personas a buscar y recibir asilo, superando el entendimiento histórico de esta institución como una “mera prerrogativa estatal” bajo las diversas convenciones interamericanas sobre asilo”.(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 45)

Bajo el entendimiento de que el derecho a “buscar y recibir asilo” en el sistema interamericano, se encuentra consagrado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en un Estado diferente al de su nacionalidad o residencia, haciendo inclusión del estatuto de refugiado acorde a los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia. Entendiendo incluso que:

[...]atendiendo al desarrollo progresivo del derecho internacional, la Corte ha considerado que las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 45)

Las consideraciones expresadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en función consultiva respecto del asilo político no hacen referencia a las dos modalidades de asilo, sino más bien, las consideraciones de la corte están exclusivamente

referidas al asilo territorial, ya que, como establecimos anteriormente respecto del derecho a asilo diplomático la corte fijó posición en el siguiente sentido:

3. El asilo diplomático no se encuentra protegido bajo el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por lo que debe regirse por las propias convenciones de carácter interestatal que lo regulan y lo dispuesto en las legislaciones internas, [...]” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 64)

Por tanto, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre han cristalizado el derecho a buscar y recibir asilo, que esta institución ha superado el concepto tradicional de discrecionalidad de Estado y que esta prerrogativa está configurada como un derecho individual; la CIDH está haciendo referencia exclusiva a la modalidad del asilo territorial.

2.7 Limitaciones de Derechos Humanos

Bajo la afirmación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer de que el asilo político (por lo menos en su modalidad territorial) es en esencia un derecho humano por estar amparado en las normas regionales sobre derechos humanos. Por consiguiente, se hace necesario para nosotros abordar el tema de derechos humanos desde la perspectiva de las posibles limitaciones que derechos de esta naturaleza puedan soportar.

Pedro Nikken (1994, p. 7) los derechos humanos se afirman ante los poderes públicos, ya que, los gobiernos (de forma mandataria) tienen la obligación de “[...] respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos”, dicho de otro modo, Maximiliano Prado (2007, p. 2) destaca que “[...] los derechos humanos como inviolabilidades o privilegios que protegen al individuo frente al **poder político**”. Sin embargo, afirma el mismo Nikken que “[...] ofensas a la dignidad de la persona pueden tener diversas fuentes, pero no todas configuran, técnicamente, violaciones a los derechos humanos” pero el ejercicio de poder del Estado en situaciones normales “[...] debe ejercerse con apego a la dignidad humana, de conformidad con la ley. Este principio debe dominar la actividad del poder público dirigida a afirmar el efectivo goce de los derechos humanos (A) así como el alcance de las limitaciones que ese mismo poder puede imponer [...]”.

En el ejercicio de su hegemonía, el Estado no debe afectar arbitrariamente el disfrute de los derechos humanos, todo lo contrario, en una sociedad democrática, el Estado debe preservar y satisfacer los derechos fundamentales de los individuos. (Ídem Ibidem)

Las normas internacionales que autorizan ciertas limitaciones a los derechos humanos apuntando básicamente a dos (2) clases de circunstancias, “[...] en condiciones normales, cada derecho puede ser objeto de ciertas restricciones fundadas sobre [...] la noción general de orden público. Por otra parte, en casos de emergencia, los gobiernos están autorizados para suspender las garantías”. (Ídem Ibidem, p.11). De aquí advertimos el carácter no absoluto de los derechos humanos referido Fioravanti (2000, p. 40) en Maximiliano Prado (2007, p. 2) cuando establece que:

[e]n un régimen político inspirado por los principios liberal-individualistas se presume la libertad y se debe demostrar lo contrario, es decir la legitimidad de su limitación... Las libertades no son por lo tanto límites eventuales a un poder potencialmente omnicomprensivo, sino ciertamente lo contrario: las libertades son potencialmente indefinidas, salvo su legítima limitación por parte de la ley. En una palabra, las libertades, y no el poder público de coacción, son lo primero, el valor primariamente constitutivo.

Las limitaciones de los derechos humanos en estados excepcionales podrán producirse cuando exista una situación de extrema urgencia y la misma implique un peligro inminente para la independencia o la seguridad Estado. En estos casos el Estado podrá suspender las garantías que caracterizan los derechos humanos.

La suspensión de estas garantías deberá responder a ciertos criterios tales como:

- a. Estricta necesidad. La suspensión de las garantías debe ser indispensable para atender a la emergencia.
- b. Proporcionalidad, lo que implica que solo cabe suspender aquellas garantías que guarden relación con las medidas excepcionales necesarias para atender la emergencia.
- c. Temporalidad. Las garantías deben quedar suspendidas solo por el tiempo estrictamente necesario para superar la emergencia.
- d. Respeto a la esencia de los derechos humanos. [...] el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; la prohibición de esclavitud y servidumbre; la prohibición de la discriminación; el derecho a la personalidad jurídica; el derecho a la nacionalidad; los derechos políticos; el principio de legalidad y retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; la protección a la familia y los derechos del niño; así como las

garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos, entre las cuales deben considerarse incluidos el amparo y el hábeas corpus.

e. Publicidad. [...] (NIKKEN, 1994, p. 13)

Las limitaciones a los derechos humanos en condiciones normales deben evitar cláusulas restrictivas generales adoptando preferiblemente cláusulas a ser aplicadas a derechos específicos reconocidos, esto implica que al individuo se le pueda asegurar el máximo de protección posible, incluso frente a las limitaciones (NIKKEN, 1994). Referente a estas limitaciones, tanto Nikken (1994, p. 11) como Prado (2007) aseguran que las mismas están íntimamente vinculadas a la preservación del “orden público”, “salud pública” y la “moral pública”. Nikken expresa esa noción de la siguiente forma:

Las limitaciones están normalmente referidas a conceptos jurídicos indeterminados, como lo son las nociones de “orden público” o de “orden”; de “bien común”, “bienestar general” o “vida o bienestar de la comunidad” de “seguridad nacional”, “seguridad pública” o “seguridad de todos”; de “moral” o “moral pública”; de “salud pública”, o de “prevención del delito”. (NIKKEN, 1994, p. 11)

En sentido general, las limitaciones a derechos humanos configuran dispositivos que se traducen en la relación del Estado con los individuos que están subordinados a su jurisdicción, en disposiciones que en suma y de manera universal, deben buscar la estabilidad en los estamentos sociales, esta práctica es lo que comúnmente sea conceptualizado como “orden público”. (Ídem ibidem)

El concepto de orden público no es menos indeterminado que los antes mencionados, ya que y a pesar de haber sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “[...] las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”, el hecho de estar cimentado en esos valores y principios afirma Pedro Nikken (1994, p. 11) que:

[...]no puede desvincularse de los sentimientos dominantes en una sociedad dada, de manera que, si la noción de “orden público” no se interpreta vinculándola estrechamente con los estándares de una sociedad democrática, puede representar una vía para privar de contenido real a los derechos humanos internacionalmente protegidos. En nombre de un “orden público”, denominado por principios antidemocráticos, cualquier restricción a los derechos humanos podría ser legítima (grifo del autor)

Por consiguiente, las limitaciones a derechos de esta naturaleza (derechos humanos) no pueden agredir la esencia misma del derecho. La Corte Interamericana de

Derechos Humanos a establecido que bajo los conceptos de orden público y bien común como medios vulnerar derechos consagrados en la Convención Americana de los Derechos Humanos. (NIKKEN, 1994)

2.8 Noción de Estado de Derecho (ED)

Camotillo (1999) citado por Víctor Martínez (2006), realiza una ponderación de lo que es un Estado de Derecho tomando desde la perspectiva de la sujeción de los poderes públicos representados en la figura del Estado, al imperio de la ley en un orden que contempla las actividades Estatales y vincula el aspecto político, cuando entiende que:

[...] *Estado de direito* é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo *direito*. ‘Estado de não direito’ será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito (MARTINEZ, 2006, p. 1, grifo del autor)

Para la Organización de las Naciones Unidas el concepto Estado de Derecho trasciende no solo las leyes públicamente exhibidas por el Estado cuya fuente de procedencia sea interna, sino también, aquellas normas que han sido adoptadas bajo marcos internacionales con especial atención aquellas con contenido de derechos. ONU plantea esto último cuando establece que:

[...]un principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, **públicas** y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y **los principios internacionales de derechos humanos**. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, **no arbitrariedad**, y transparencia procesal y legal. (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2019, grifo nuestro)

En una opinión parecida a la expresada por la Organización de las Naciones Unidas, Bobbio (1990) citado por Víctor Martínez (2006) considera que un Estado de Derecho es:

[...]Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder. Assim entendido, o Estado de direito reflete

a velha doutrina [...] da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem* (MARTINEZ, 2006, p. 1, grifo del autor)

Para Vinicio Martínez (2006, p. 1) entiende que en frases simples el ED puede ser definido como una “estrutura estatal em que o poder público é definido/limitado/controlado por uma Constituição. Portanto, há uma maior jurisdic平ao do poder pol铆tico”, llegando a afirmar que las principales características del Estado de derecho son las que se exhiben a continuación:

- a) império da lei: quer dizer que a lei deve ser imposta a todos, a começar do Estado – o Estado tem personalidade jurídica e por isso é objeto do Direito que ele próprio produz;
- b) separação dos poderes: significa que o Poder Executivo não pode anular o Poder Legislativo, além do que deve ser acompanhado e julgado pelo Poder Judiciário – trata-se de assegurar a interdependência dos poderes por meio da aplicação do sistema de freios e contrapesos;
- c) prevalência dos direitos individuais fundamentais: refere-se notadamente aos direitos individuais, até os anos 20 do século XX, porque somente nesse período é que entraram em cena os direitos sociais e coletivos. (MARTINEZ, 2006, p. 1)

El Estado de Derecho que consigna el moderno constitucionalismo, entraña la limitación de los poderes del Estado y la declaración de los derechos de la persona humana, por tanto, estamos frente a un sistema que se opone al **absolutismo** al suprimir aquella clásica confusión que se deriva del poder como tal y aquella persona que lo ejerce. La supremacía entonces de la constitución relaciona íntimamente la gama de derechos fundamentales con el Estado Constitucional. Un sistema estatal cimentado en el poder de los principios y por supuesto en la consolidación de la justicia. (SIQUEIRA, 2008, grifo nuestro)

Afirma Siqueira que en el mundo occidental sea cual sea el modelo que posea la organización del Estado, este estará inscrito en la ley mayor, por consiguiente, el parámetro de actuación del Estado estará permeada por normas de organización, funcionamiento y distribución de competencias y la enunciación de derechos fundamentales. La República Federativa de Brasil, no funge como excepción a lo planteado por Siqueira. (SIQUEIRA, 2008)

Hasta este punto por un tema didáctico no seguiremos ampliando la noción de Estado de Derechos, sin embargo, queremos resaltar que lo importante de esta organización Estatal, es el hecho de que contempla la posibilidad de reclamar una gama derechos de naturaleza individual pero que en muchas ocasiones poseen rango constitucional y reconocimiento internacional bajo la categoría de derecho humano. Esto último, **en detrimento muchas veces de la hegemonía del Estado en sentido general o uno de sus poderes en sentido más particular.**

En suma, el Estado de Derecho rivaliza frontalmente con algunas aspiraciones de concentración de unilateral del poder en ciertos estamentos del Estado derivados del ejercicio de la soberanía. El Estado de Derecho propugna que el Estado en sus relaciones con los particulares no ejerza un poder absoluto que llegue a vulnerar derechos individuales que atenten como la dignidad de la persona.

3. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EL ASILO POLÍTICO EN BRASIL

3.1 Instrumentos internacionales en materia de Asilo Político.

El asilo político en la realidad interamericana está compuesto por una serie de tratados, pactos, convenios y declaraciones, que sin discernir en este momento sobre el grado de vinculación respecto de los poderes públicos de los Estados y su grado de incidencia en la políticas migratorias de estos últimos, estas herramientas proporcionan el marco referencial obligatorio que conforman el derecho internacional público regional respecto del asilo político como figura jurídica de naturaleza transnacional.

En consecuencia, la figura del asilo fue regulada progresivamente en el ambiente regional interamericano, debido que generalmente se suscitaban conflictos interes-tatales acontecidos a raíz de hechos específicos. En esta primera etapa que marcó la llamada “tradición latinoamericana del asilo”, el asilo se incorporó en instrumentos de carácter multilateral, de forma tal que fue regulado como un derecho de los Estados que, haciendo uso de su soberanía, otorgaban protección a las personas que consideraban apropiadas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019)

Sin embargo debemos establecer que aunque estamos abordando la figura del asilo político en el contexto interamericano respecto de las normas del Estado Federativo de Brasil, esto no imposibilitaría hacer referencias a instrumentos interamericanos que si bien es cierto no han sido asumidos por el Estado de Brasil como un bloque de los compromisos internacionales en materia de asilo político, no es menos cierto que nos brindarían una noción interamericana más amplia respecto del concepto y alcance que esta figura ha sido concebida en el ambiente regional.

El criterio de organización para realizar el análisis de estos instrumentos no será basado en aspectos relacionados al grado de jerarquía endilgado a uno u otro instrumento, tampoco realizaremos un abordaje por clase o tipo de instrumento, sino que, nuestro análisis será realizado tomando como referencia el orden cronológico del surgimiento de estos instrumentos.

En este sentido nos parece adecuado establecer que las herramientas interamericanas no solo están conformadas por normas que abordan el asilo político de forma

directa, sino también, por instrumentos que dentro de su estructura contienen disposiciones respecto del asilo político como es el caso de los instrumentos regionales suscritos en materia de extradición.

Siendo la extradición una figura antagónica del asilo político y refugio desde la perspectiva del principio de cooperación entre los Estados, supone en cierta dimensión, un contrapeso que rivalizaría con las posibles prerrogativas de derecho en favor de los individuos colegidas a raíz de los institutos del asilo político y el refugio. Por tanto, desde nuestra perspectiva, cualquier limitación al ejercicio del Estado en materia de extradición, de forma directa o colateral, se traduce en disposiciones cuyos efectos podrían nortear la suerte de la petición de protección solicitada por el individuo que desea permanecer en el Estado que conoce de ambas peticiones, dígase, refugio /asilo político y extradición.

En suma, lo que deseamos establecer es que, ante el conocimiento por parte de un Estado de una solicitud de extradición de un individuo que ha solicitado un asilo político por fundados temores de persecución, entendemos que ambas figuras no deberían coexistir “si no hay sustanciación de fondo para aprobar la extradición, tampoco habría argumentos para negar el asilo”.

3.1.1 Tratado de Derecho Penal Internacional (1889)

El tratado de derecho penal internacional fue adoptado en la ciudad Montevideo capital de La República Oriental de Uruguay, en fecha 23 de enero de 1889, bajo el marco del primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado. El mismo fue suscrito por los siguientes Estados; República Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, La República de Paraguay, República del Perú y República Oriental del Uruguay.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que los motivos que dieron origen a la redacción y adopción del instrumento de referencia se debió principalmente a dos (2) situaciones relacionadas tanto con el asilo diplomático de un General peruano que en mayo de 1865 buscó asilo en la embajada de los Estados Unidos de América en Perú y, de igual modo, la protección extendida a un grupo de peruanos asilados con el encargado de negocios en funciones de Francia en Perú, estos dos hechos evidenciaron la conveniencia de adoptar ciertas disposiciones de conocimiento común den esta materia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

Habiendo establecido lo anterior, nos luce relevante traer a colación las disposiciones de los artículos 15, 19, 21 y 22 del referido tratado de derecho penal internacional, cuando establecen lo siguiente:

Artículo 15 Ningún delincuente asilado en el territorio de un Estado podrá ser entregado a las autoridades de otro, sino de conformidad a las reglas que rigen la extradición. [...]

Artículo 19 Los Estados signatarios se obligan a entregar los delincuentes refugiados en su territorio, siempre que concurren las siguientes circunstancias: 1. Que la Nación que reclama el delincuente tenga jurisdicción para conocer y fallar en juicio sobre la infracción que motiva el reclamo. 2. Que la infracción, por su naturaleza o gravedad, autorice la entrega; 3. Que la Nación reclamante presente documentos, que según sus leyes autoricen la prisión y el enjuiciamiento del reo; 4. Que el delito no esté prescripto con arreglo a la ley del país reclamante; 5. Que el reo no haya sido penado por el mismo delito ni cumplido su condena. [...]

Artículo 21 Los hechos que autorizan la entrega del reo, son: 1. Respecto a los presuntos delincuentes, las infracciones que según la ley penal de la Nación requeriente se hallen sujetas a una pena privativa de la libertad que no sea menor de dos años, u otra equivalente; 2. Respecto de los sentenciados, las que sean castigadas con un año de la misma pena como mínimo.

Con estas disposiciones ciertos ámbitos de la discreción de los Estados firmantes son limitados, en el sentido de que a partir de este tratado los firmantes se comprometen en observar el contenido al momento de decidir sobre una petición de extradición, entre ellos, la extradición ya no sería totalmente discrecional.

De modo paralelo, el derecho a asilo cobra mayor nivel de relevancia, toda vez que, si un individuo era solicitado en extradición por motivos políticos, por efecto del tratado esta entrega no sería posible debido a las disposiciones contenidas en el artículo 23, que establece:

Tampoco dan mérito a la extradición los delitos políticos y todos aquellos que atacan la seguridad interna o externa de un Estado, ni los comunes que tengan conexión con ellos. La clasificación de estos delitos se hará por la Nación requerida, con arreglo a la ley que sea más favorable al reclamado.

Bajo el ámbito de este acuerdo es sumamente importante resaltar que ni el alegato de amenaza a la seguridad interna o externa de los Estados firmantes daría merito a la procedencia de la extradición. Sin embargo, el tratado además de establecer en su artículo 16 la inviolabilidad del asilo para los perseguidos políticos también establece que el Estado asilante debe impedir que los asilados realicen actos en contra del Estado territorial.

3.1.2 La Convención sobre Asilo (1928)

La Convención sobre Asilo fue firmada en la Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en la Habana, el 20 de febrero de 1928. Lo primero que debemos precisar es que el artículo primero de esta convención fue sustituido en la celebración del Convenio de Asilo Político, suscrito en Montevideo, Uruguay en el 1933, el contenido de dicho texto convencional será abordado más adelante.

Sin embargo, a los fines de conocer las diferencias establecidas en ambas herramientas, pasamos a citar el contenido del artículo (1) primero del tratado de asilo político de 1928, el cual, establece lo siguiente:

No es lícito a los Estados dar asilo en legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares, a personas acusadas o condenadas por delitos comunes ni a desertores de tierra y mar. Las personas acusadas o condenadas por delitos comunes que se refugiaren en alguno de los lugares señalados en el párrafo precedente deberán ser entregadas tan pronto como lo requiera el gobierno local. Si dichas personas se refugiaren en territorio extranjero la entrega se efectuará mediante extradición, y solo en los casos y en la forma que establezcan los respectivos Tratados y Convenciones o la Constitución y leyes del país de refugio.

A modo de una aparente contradicción entre las disposiciones de esta convención, el artículo segundo establece que el asilo de delincuentes políticos en los lugares anteriormente precisados en el artículo primero, serán respetados siempre y cuando se otorgue en forma de emergencia, por el mínimo de tiempo posible y bajo la obligación del jefe de la misión diplomática que lo conoce comunique la situación al Estado del asilado.

El respeto de asilo para delincuentes políticos es establecido como una medida de carácter humanitario o como el tratado lo define como “*humanitaria tolerancia*” (grifo nuestro) en referencia a las convenciones y leyes que ríjan en el país de refugio.

Cabe notar que, aunque el artículo primero establece la extradición como medio para solicitar un individuo que busca refugio en el extranjero, esta convención no contiene disposiciones que crean o reconocen derechos ni disposiciones procesales respecto del asilo territorial.

Por tanto, la modalidad de asilo regulado mediante esta convención es el asilo diplomático, toda vez que los lugares que eventualmente deben ser respetados por los

Estados entorno del otorgamiento de la protección mediante esta figura, son espacios controlados por otros Estados y como consecuencia, la convención establece la obligación con cargo al agente diplomático, jefe de navío de guerra, campamento o aeronave militar, de informar sobre la concesión del asilo al Ministro de Relaciones Exteriores del Estado del Asilado, o a la autoridad administrativa del lugar (art. 2).

En el marco de la celebración de la Séptima Conferencia Internacional Americana cuya sede fue Montevideo, capital de la República Oriental de Uruguay, de fecha 26 de diciembre de 1933 los Estados de América adoptaron dos convenios tocantes a temas de asilo política y derecho de extradición nombrados como convención de Asilo Político y convención sobre Extradición

3.1.3 El Convenio de Asilo Político (1933)

El 26 de diciembre de 1933, se adoptó la Convención sobre Asilo Político de Montevideo referida a la regulación del asilo diplomático, la cual tuvo como objetivo modificar el artículo 1 de la Convención de La Habana de 1928. Asimismo, este convenio especificó que corresponde al Estado asilante “la calificación de la delincuencia política” (artículo 2) del convenio de asilo político. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

El modificado artículo primero ahora contendrá la siguiente redacción:

Substitúyase el Artículo 1 de la Convención de La Habana sobre Derecho de Asilo, de 20 de febrero de 1928, por el siguiente: " No es lícito a los Estados dar asilo en legaciones, naves de guerra, campamentos o aeronaves militares, a los inculpados de delitos comunes que estuvieren procesados en forma o que hubieren sido condenados por tribunales ordinarios, así como tampoco a los desertores de tierra y mar. Las personas mencionadas en el párrafo precedente, que se refugiaren en algunos de los lugares señalados en él, deberán ser entregados tan pronto lo requiera el Gobierno local ".

Uno de los aspectos más importante que contrae esta convención es que amplía el alcance del carácter humanitario de su contenido y, en consecuencia, dispone que todos los hombres pueden estar bajo su protección sin importar los acuerdos contraídos por los Estados a los que pertenezcan, para mejor edificación cito:

Art. 3. El asilo político, por su carácter de **institución humanitaria**, no está sujeto a reciprocidad. Todos los hombres pueden estar bajo su protección, sea cual fuere su nacionalidad, sin perjuicio de las obligaciones que en esta materia tenga contraídas el Estado a que pertenezcan; pero

los Estados que no reconozca el asilo político sino con ciertas limitaciones o modalidades, no podrán ejercerlo en el extranjero sino en la manera y dentro de los límites con que lo hubieren reconocido. (grifo nuestro)

La convención establece que las solicitudes de asilo político podrán ser presentadas sin distinción de nacionalidad, pero prohíbe que dichas solicitudes sean presentadas en las embajadas, delegaciones buques de guerra, naves de guerra, campamentos o aeronaves militares, (art. 1)

Nuevamente es de suma importancia notar que el tipo de asilo al que hace referencia este tratado es el asilo en la modalidad diplomática, es decir, que el asilo político en la modalidad territorial no había sido regulado por los Estados en el marco de estos acuerdos, más aun, cuando en la redacción del artículo primero modificado, los Estados eliminan la última oración del párrafo que era la única referencia al asilo territorial en estos instrumentos. Posteriormente otras herramientas regionales establecieron disposiciones respecto del asilo en su modalidad territorial.

3.1.4 Convención sobre extradición (1933)

En el artículo primero de la convención sobre extradición de 1933, las naciones firmantes establecieron con carácter de obligación de Estado la entrega de individuos al Estado que lo requiera, que se hallen en su territorio y que estén formalmente acusados de un hecho de naturaleza penal o que ya en el Estado requeridor se halla emitido una sentencia penal condenatoria en contra del respectivo individuo. No obstante, los Estados acordaron que la solicitud de extradición deberá respetar las siguientes condiciones:

- a) Que el Estado requeriente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se imputa al individuo reclamado.
- b) Que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requeriente y por las del Estado **requeriente** y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de la libertad.

La condición establecida en el literal b) del artículo anteriormente citado claramente establece la necesidad de que en ambos Estados exista previsión normativa de tipo penal entorno a las imputaciones realizadas por el Estado requeriente en contra del individuo solicitado en extradición. Sin embargo, debemos establecer dentro del ámbito aplicación de este tratado y tomando como referencia el grado de obligatoriedad que contrae para los Estados firmantes respecto de la entrega del extraditable, esta disposición no

sería la única condición que el Estado requeriente deberá observar al momento invocar la obligatoriedad de la entrega del individuo requerido en extradición.

Establecemos lo anterior, debido a que dentro del ámbito del artículo tercero del tratado de referencia los Estados se reservaron cierto grado de discrecionalidad al momento de decidir sobre la extradición, si dentro de la solicitud formulada por el Estado requeriente se observa una o varias de las siguientes situaciones:

Artículo 3

El Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición:

- a) Cuando estén prescriptas la acción penal o la pena, según las leyes del Estado requeriente y del requerido con anterioridad a la detención del individuo imputado. b) Cuando el individuo imputado haya cumplido su condena en el país del delito o cuando haya sido amnistiado o indultado.
- c) Cuando el individuo imputado haya sido o esté siendo juzgado en el Estado requerido por el hecho que se le imputa y en el cual se funda el pedido de extradición.
- d) Cuando el individuo imputado hubiera de comparecer ante tribunal o juzgado de excepción del Estado requeriente, no considerándose así a los tribunales del fuero militar.
- e) Cuando se trate de delito político o de los que le son conexos. No se reputará delito político el atentado contra la persona del Jefe de Estado o de sus familiares.**
- f) Cuando se trate de delitos puramente militares o contra la religión. (grifo nuestro).

El asilo político como hecho penal fue concebido en este tratado como una excepción a la regla de obligatoriedad de entrega del extraditable al Estado requeriente, no obstante, esta falta de obligación no se traduce en un derecho de garantía en favor del imputado de delitos de esta naturaleza, sino que, la suerte del mismo estará decidida por el Estado requerido. Como bien establece el texto del artículo tercero con la expresión de que *“El Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición”* fungiría como una potestad discrecionalia del Estado requerido entorno a la solicitud de extradición.

A pesar de la relevancia que tiene el concepto de delito político o delincuente político, el mismo es un concepto indeterminado dentro de los tratados tanto de asilo político como el tratado sobre extradición de 1933, sin embargo, el tratado de extradición anteriormente señalado se ocupa de definir que no puede ser considerado como delito

político cuando establece que para los efectos del tratado el atentado como el jefe de Estado o contra sus familiares no será reputado como delito político (art. 3).

3.1.5 Tratado sobre asilo y refugio político de Montevideo (1939)

El Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo fue adoptado el 4 de agosto de 1939, trae como novedad que regula ambas modalidades de asilo, tanto territorial como diplomático. Señala la Corte IDH este tratado estuvo fundamentado en un proyecto que fue confeccionado por el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, cuyo objetivo era regular la figura del asilo con mayor precisión. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018)

Continúa estableciendo la Corte IDH que el objetivo de este nuevo instrumento no tenía la intención de derogar al anterior, sino más bien, establecer una regulación más fuerte y contemplativa con la finalidad de incluir dentro de su radio de acción situaciones que se habían producido en la región. La Corte IDH destaca que en su ámbito de aplicación esta nueva herramienta amplió la protección brindada a personas perseguidas por delitos políticos o comunes conexos, al proteger a éstas y a las perseguidas por motivos políticos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

El artículo 8 dispone lo siguiente que:

Cuando el número de asilados exceda la capacidad normal de los lugares de refugio, indicados en el Artículo 2, los agentes diplomáticos o comandantes podrán habilitar otros locales, bajo el amparo de su bandera, para su resguardo y alojamiento. En tal caso deberá comunicarse el hecho a las autoridades.

Desde nuestra visión esta disposición representa un esfuerzo hacia la protección de derechos por violaciones en masa respecto a temas políticos. En otra vertiente, entendemos que esta disposición rechaza de cierta forma la distinción que algunos países conservan sobre la distinción entre refugio político y asilo político y los efectos jurídicos que ambas figuras contraen para los Estados, visto desde luego desde la perspectiva de la protección hacia el o los solicitantes. Esta disposición no hace distinción entre violación de derechos políticos en masa o persecución individual por razones políticas.

El contenido de este instrumento referente a las disposiciones sobre asilo diplomático es resumido por la Corte IDH la siguiente forma:

[...] El tratado reitera algunos asuntos regulados anteriormente en torno al asilo diplomático, como el hecho de que debe comunicarse inmediatamente al estado territorial los nombres de los asilados; que a éstos no se les permitirá practicar actos que alteren la tranquilidad pública o que tiendan a participar o influir en actividades políticas, cuya infracción acarreará el cese del asilo; que el Estado territorial puede exigir que el asilado sea puesto fuera del territorio nacional en el más breve plazo, y que el Estado asilante puede, a su vez, exigir las garantías necesarias para que el asilado pueda salir del país. Agrega que el Estado asilante “no contrae por ese hecho [otorgar el asilo diplomático] el deber de admitir en su territorio a los asilados” (artículo 1). Asimismo, contiene consideraciones sobre flujos masivos (artículo 8) y el caso de ruptura de relaciones diplomáticas (artículo 10), y dispone que toda divergencia será resuelta por la vía diplomática, el arbitraje o decisión judicial de tribunal reconocido por ambas partes (artículo 16). (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 28)

Por su parte, el asilo territorial contó con pocas disposiciones y al igual que el asilo diplomático es contemplado como una potestad del Estado asilante y no como un derecho del individuo bajo el argumento de persecución por razones político. Este tratado hace aplicable algunas disposiciones contempladas para el asilo en la modalidad diplomática como son:

- 1) No promover perturbaciones en los Estados
- 2) La calificación del refugio es potestad del Estado que lo otorga.

No obstante, este instrumento reconoce la modalidad de asilo territorial este hecho no surtió efecto alguno sobre la ampliación del término asilo, ya que, hasta 1954 el concepto “asilo” estaba exclusivamente relacionado a la modalidad de asilo diplomático comúnmente conocido hoy como “asilo diplomático”, también denominado como “asilo político” y como hemos establecido este concepto definía exclusivamente la protección otorgada por los Estados en sus embajadas, legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares. Por otro lado, el término “refugio político” hacía referencia a la protección brindada por un Estado extranjero dentro de su territorio conocido modernamente como asilo territorial. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018)

Para lograr la ampliación del término asilo y hacer que este concepto englobara ambas modalidades de asilo diplomático y territorial, fue necesario las convenciones sobre asilo diplomático y asilo territorial de Caracas de 1954. Sin embargo, antes de estas últimas surgió la **Declaración Universal de Derechos Humanos**.

3.1.6 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

La declaración universal de los Derechos Humanos fue adoptada Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 217 A (III), de fecha 10 de diciembre de 1948.

En el primer capítulo de este trabajo de investigación analizamos este instrumento desde la perspectiva del derecho que tiene o no individuo de buscar asilo frente a la potestad del Estado, de modo, que fue necesario realizar un análisis doctrinal acerca del grado de vinculatoriedad que posee este instrumento para los Estados en referencia a la formulación de la política pública referente al asilo como una figura jurídica con previsión en el derecho internacional público.

El aspecto más discutido sin lugar a dudas dentro del marco de capítulo I del presente trabajo, fueron las disposiciones contenidas en el artículo 14 que rezan de la siguiente forma:

Artículo 14

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.
2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Acorde a la interpretación de los doctrinarios, evidenciamos una fractura en las opiniones de los expertos referente a la disposición que antecede. Para alguno la declaración de los derechos del hombre no es un instrumento que ejerce obligatoriedad a los Estados y que por ende sus disposiciones son facultativas de aplicación para los Estados, dando la posibilidad de que los Estados en el ejercicio de su soberanía puedan adoptar las medidas que entiendan pertinentes en materia de asilo y de forma especial, en materia de protección por delitos de opinión política. Para otros autores, el cumplimiento de las disposiciones de la declaración de los derechos humanos no es facultativo de los Estados y, por tanto, el derecho a buscar asilo del individuo se impondría ante la soberanía del Estado, escapando de esta forma a la facultad discrecional de los Estados ejercidas muchas veces a lo interno del mismo a través del poder ejecutivo o gobierno que representa a dicho Estado.

Lo cierto es que la Declaración Universal de los Derechos Humanos contiene previsión expresa acerca del derecho que le asiste a la persona para buscar y disfrutar de asilo en caso de una persecución, de aquí la importancia de su grado de vinculación con el Estado que conoce la petición de asilo. No obstante, existen otros que entiende que este derecho está limitado dentro de su ámbito de aplicación, es decir, que solo está referido a la persona que lo invoca y que, por tanto, esta prerrogativa no se impondría al Estado que conoce la solicitud ya que, no existe disposición dentro de la declaración que establezca la obligación del Estado de otorgar la referida protección bajo la figura del asilo. Precisamente esta posición es parte de los aspectos que deseamos despejar al momento de la conclusión de este trabajo de investigación.

3.1.7 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) fue adoptada en la novena internacional de las Américas ciudad de Bogotá, República de Colombia en el año de 1948. Esta declaración en su parte preambulatoria reafirma la dignidad de la persona humana al establecer que:

[...]los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.

La presente declaración reconoce que la consagración de los derechos esenciales del hombre está íntimamente vinculada a las garantías establecidas en la norma jurídica interna de cada Estado y esto último, constituye un “un sistema inicial” de protección que los Estados consideren adecuados ante situaciones sociales y jurídicas.

Esto último y haciendo referencia a la visión general del presente convenio, la DADH no debería ser interpretadas bajo el prisma de la discrecional de los Estados al momento de estatuir internamente acerca los sistemas de protección que estos consideren adecuados, así los mismos (sistema de protección) sean unifuncionales o contradictorios al espíritu de la declaración. Sino que, la orientación dada por la declaración está relacionada a las circunstancias del momento específico del surgimiento del instrumento jurídico y por esto, la declaración denomina estos sistemas como “sistema inicial de protección”

y dispone que los Estados tendrán la obligación de “[...] fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias”.

La declaración consagra el derecho a la vida, la libertad, la seguridad e integridad de la persona cuando en su artículo primero cuando establece que “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Otros derechos íntimamente vinculados a nuestro tema de investigación como son el derecho de igualdad ante la ley, libertad de investigación, opinión, expresión y difusión, son consagrados por esta declaración cuando dispone lo siguiente:

Artículo 2 - Derecho de igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

[...] Artículo 4 - Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio. Derecho de libertad de investigación, **opinión**, expresión y difusión (grifo nuestro)

El texto más referido dentro del ámbito de esta declaración respecto del derecho de asilo está previsto en el artículo 27 de la presente declaración cuando establece que:

Artículo 27 - Derecho de asilo

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.

En principio, acorde a las disposiciones de esta declaración la previsión sobre el derecho a buscar asilo está consagrada de forma expresa, es importante en este sentido remitirnos a lo abordado anteriormente en el capítulo primero sobre el grado de vinculación y, por ende, la obligatoriedad de cumplimiento y garantía de ejercicio que representa derechos esta naturaleza para el Estado en favor del individuo.

Sin embargo, un aspecto sumamente importante a resaltar del contenido de este artículo es cuando la declaración establece que el derecho de buscar asilo estará condicionado “de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”. La legislación a que hace referencia la declaración podríamos verla desde dos puntos de vistas jurídicos, por un lado, podríamos sugerir que esta ley podría ser la que constituya

el derecho y por el otro, podríamos establecer que esta ley tiene por finalidad regular el procedimiento por medio al que el individuo deberá sujetarse a los fines de que el Estado reconozca su condición de asilado.

A nuestro modo de ver el derecho ya está previsto en la Declaración y ahora lo que eventualmente lo Estados deben regular es la forma en que ese derecho puede ser ejercido por el individuo del territorio que compone el Estado extranjero.

3.1.7 Convenciones sobre asilo diplomático y asilo territorial de Caracas de 1954.

Ambas Convenciones sobre Asilo Diplomático y Asilo Territorial fueron adoptadas el 28 de marzo de 1954 en Caracas, República Bolivariana de Venezuela.

Convención sobre asilo diplomático de 1954

Acorde las el preambulatorio de la decisión C-25 2018 de la Corte IDH este instrumento fue adoptado con posterioridad a la sentencia emitida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) respecto del asilo otorgado por la embajada de Colombia en el Perú al señor Víctor Haya de la Torre (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018). Según la Corte IDH la Corte Internacional de CIJ en la referida sentencia estableciera la falta de regulación precisa sobre varios aspectos de la produjo que:

[...]los Estados latinoamericanos a regular, una vez más, dicha institución. En efecto, algunos meses después de la decisión de la Corte Internacional de Justicia, el Consejo de la Organización de Estados Americanos adoptó una resolución en la que declaró que el derecho de asilo era un “principio jurídico de las Américas” recogido en convenciones internacionales y estaba incluido como un derecho fundamental en la Declaración Americana. De igual forma, esta resolución recomendó al Comité Jurídico Interamericano darle prioridad al estudio de esta temática, con base en lo cual preparó dos proyectos de convenciones sobre asilo territorial y diplomático, los que, luego de distintas modificaciones fueron adoptados en 1954. Estos dos instrumentos constituyen las convenciones sobre asilo más completas de la región latinoamericana. (Corte Interamericana de Justicia, 2018, p. 29).

La presente convención sobre asilo diplomático mantiene la potestad del Estado de calificar unilateralmente las causas del asilo y proceder a aprobarlo o negarlo acorde a su criterio, esta facultad implica la no obligación justificar la decisión adoptada, en otros términos, el Estado no “está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 29).

Por otra parte, dispone sobre la ampliación de los lugares donde el individuo puede solicitar el asilo en su modalidad diplomática incorporando los lugares a ser habilitados por el Estado asilante si se cuenta con un numero apreciable de individuos. La urgencia en las anteriores convenciones aparecía como un concepto indeterminado no obstante era un requisito indispensable para otorgar la protección al individuo bajo el esquema trazado por estas, en tanto que, este tratado mantiene la urgencia como una condición necesaria que posibilita la protección, pero no deja al libre entendimiento de los Estados cuales serían los elementos que definirían el concepto de urgencia y dispone lo siguiente:

Artículo VI

Se entienden como casos de urgencia, entre otros, aquellos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las 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.

El concepto urgencia referido en el marco de esta convención, también contrae la obligación del Estado asilante de mantener al individuo dentro del espacio del Estado territorial ‘y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado salga del país con las seguridades otorgadas por el gobierno del Estado territorial a fin de que no peligre su vida’.

La convención mantiene la potestad Estado territorial de cualquier momento que juzgue pertinente, exigir que el individuo que goza de la protección del Estado extranjero sea retirado del territorio, para lo cual deberá otorgar un salvoconducto y las garantías de que no peligre su vida, su libertad o su integridad personal. Bajo este escenario el Estado territorial se obliga a garantizar la salida de los asilados hacia el territorio del Estado asilante.

Convenio sobre asilo territorial

En el artículo primero del nuevo instrumento mantiene la discrecionalidad del Estado al momento de negar o aprobar la solicitud de asilo diplomático al establecer que “*Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno*”.

El ejercicio de la denominada soberanía dentro del ámbito de aplicación de esta herramienta jurídica no está exclusivamente referida a situaciones de admisión de un individuo dentro del territorio del Estado, sino que, según interpretamos del contenido del artículo III aun mediando una solicitud de entrega, los Estados bajo las disposiciones de la presente convención no estarán obligados a entregar al individuo al Estado solicitante ni expulsarlo del territorio, sin considerar incluso la irregularidad del ingreso al territorio del Estado receptor.

Los derechos de libre difusión del pensamiento y libre asociación son asegurados en favor de los asilados siempre que estas expresiones no sean producidas en contra del gobierno reclamante (arts. VII y VIII).

3.1.8 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su protocolo de aplicación (1951, 1977)

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fue adoptado el 28 de julio de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados del 31 de enero del 1967, adoptado mediante la Resolución No. 694, del 8 de noviembre del 1977.

La primera precisión que contiene la convención sobre el estatuto de refugiado es hacer referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como un instrumento que promueve el goce de derechos y libertades fundamentales sin distinción entre individuos, promoviendo de esta forma la no discriminación de los sujetos **por parte de los Estados**, cuando establecer lo siguiente:

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General, han afirmado el principio de que los seres humanos, **sin distinción alguna deben gozar de los derechos y libertades fundamentales**, (grifo nuestro)

Esta mención de la DUDH tiene una importancia capital al momento de entender el ámbito de aplicación de este instrumento internacional en materia de asilo. La universalidad de la declaración respecto de su contenido de derechos humanos y las prerrogativas jurídicas en favor de los individuos que de ella se desprenden, son piezas angulares que, robustecidas por las disposiciones de la presente convención, sientan las ba-

ses jurídicas en el plano internacional la institución del asilo político como derecho humano que, por su naturaleza, contraería ciertas obligaciones pasivas de cumplimiento para los Estados signatarios.

En el ámbito de la convención el principio el termino refugiado estaba íntimamente vinculado a los acontecimientos sucedidos en el continente europeo antes del 1.^º de enero de 1951, posteriormente con la adopción del protocolo sobre el estatuto de los refugiados firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967, se extiende “[...]el ámbito geográfico y temporal de la Convención de 1951” (Organizacional de Estados Americanos, 2019)

Los redactores de esta convención no establecieron distinción entre las figuras de refugiado y asilado político, pues en el artículo primero numeral segundo de la pieza al definir el concepto “refugiado”, incluyen bajo esta categoría la posibilidad de obtener protección de un Estado extranjero por motivo de opinión política, al establecer que:

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

El mismo artículo primero contiene una serie de restricciones al ejercicio de esta prerrogativa al establecer que:

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

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

La protección dispuesta por esta convención no solo es referida de forma general como opcional para los Estados, sino que, este instrumento establece de forma específica una serie de disposiciones que deberán encaminar los Estados a los fines de efectivizar la referida medida de protección. A lo largo de la convención los redactores organizan una serie de prerrogativas en favor de los refugiados que abarcan tanto aspectos civiles, políticos y económicos. El esquema presentado en la convención sería el siguiente, bajo el título de:

- Condición jurídica, se consagra los derechos de Estatuto Personal acorde a la ley de su país con especial atención a la figura del matrimonio (art. 12), el derecho de comprar y alquilar bienes muebles e inmuebles (art. 13), protección a los derechos de propiedad industrial (art. 14), derecho a asociación (art. 15), derecho a acceso a los tribunales (art. 16);
- Actividades lucrativas, se consagra el derecho al trabajo (arts. 17,18 y19);
- Bienestar, ``Los Refugiados`` tendrán derecho a acceso a alimentos en caso de escases (art. 20), derecho a vivienda (Art. 21), educación y asistencia pública (art. 22 y 23), legislación de trabajo y seguros sociales (24);
- Medidas Administrativas, mediante este título los Estados receptores se obligan a otorgar un documento **de identidad y de viaje a ``Los Refugiados`` en caso de no tener,** (art.27, 28), se asegura la libre circulación de las personas que este bajo esta condición (Art. 26), prestación de auxilio administrativo del Estado (Art. 25), los Estados deberán abstener aplicar sanciones penales por permanecer ilegal en el territorio receptor.
- El principio de **no devolución del refugiado**⁹ (arts. 31, 32, 33) y los Estados receptores facilitaran la naturalización de los refugiados.

⁹El artículo 33 del Tratado establece que: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

Es importante resaltar que este instrumento crea un marco de protección general que alcanza tanto las violaciones de derechos humanos en masa como individuales, por consiguiente, este instrumento promueve la protección tanto para el individuo como en favor de un grupo de personas que se encuentren bajo la misma situación. De hecho, cabe resaltar que las disposiciones contenidas en su artículo primero (1ro) numeral segundo (2do) está redactado en la tercera persona del singular no en la tercera persona del plural.

3.1.9 Convención Americana sobre Derechos Humanos (pacto de San José, 1969)

Según las cláusulas preambulatorias de la convención, el sentido de la mismas y su razón es ser, radica en el objetivo de fortalecer los países de América entorno a instituciones que practiquen y preserven los valores democráticos, evidenciada dicha práctica en la consolidación de en una Justicia social y libertad personal para cada individuo¹⁰. Entendiéndose que, por vía de extensión, esta convención viene a trazar directrices a los Estados proponiendo de forma directa una serie de políticas Estatales tendentes al fortalecimiento de las instituciones democráticas y el respeto a los derechos individuales. Cabe resaltar que acorde al preámbulo de la presente convención los derechos consagradas en la misma traspasan la dimensión de los derechos de ciudadanía por considerar la convención que, dichos derechos son fundamentados en los atributos de la persona humana. La convención expresa lo anteriormente establecido de la siguiente forma:

La presente convención reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

La convención va aún más lejos y respecto al ideal de DUDH establece lo siguiente:

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, **exento del temor** y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, [...]

¹⁰ El párrafo 1 del preámbulo de la convención establecen lo siguiente: ``Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre``;

Para Valle este instrumento tiene relevancia incuestionable en el ambiente interamericano al afirmar que:

Sin embargo, el paso más importante en la materia se dio en 1969, cuando en San José se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Su modelo fue la Convención europea sobre derechos humanos, aunque contiene algunas diferencias importantes y hace también aportes novedosos. Esta Convención contiene un capítulo sobre los derechos humanos reconocidos y las obligaciones internacionales de los Estados, y otro capítulo relativo a dos órganos de protección internacional: La Comisión y la Corte. (Valle, 2015, p. 524)

La convención está compuesta por una serie de prerrogativas jurídicas de las cuales, sin embargo, para los fines de nuestro trabajo, lo más nos interesa son las disposiciones del artículo 22 de dicha convención, la cual establece lo siguiente:

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
- M 5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
- 7. 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.**
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Destaca en el ámbito de la redacción de esta convención la inclusión de la leyenda “o comunes conexos con los políticos” ampliando de esta forma la sombrilla

de protección brindada por los instrumentos internacionales en favor de los individuos que necesitan medidas protectoras de esta naturaleza.

3.1.10 Declaración de Cartagena sobre refugio (1984)

La declaración de Cartagena fue adoptada a propósito del coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá por problemas Jurídicos y Humanitarios, celebrado en la ciudad de Cartagena de la República de Colombia en fecha 22 de noviembre del 1988.

El contenido de esta declaración no solo estuvo altamente influenciado por otros documentos que sirvieron como base subyacente a las conclusiones acordadas en este en el documento, sino que, instituciones como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) igualmente ejercitaron gran influencia sobre el contenido de esta pieza. Entre los documentos mencionados por los redactores de la declaración podemos citar La Convención de las Naciones Unidas de 1951 y en el Protocolo de 1967, la Resolución 428 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Acta de Contadora para la Paz y Cooperación en Centroamérica.

Para los redactores de la CIREFCA aunque el presente instrumento no constituye una pieza obligatoria para los Estados, su gran aporte radica en el hecho de que contrae cierto consenso sobre determinados principios y criterios sobre el reconocimiento del estatus de refugiado y debido a esto ha fungido como directriz a los Estados concerniente al tratamiento de los refugiados durante los últimos años y a para puntualizar los redactores del CIREFCA establecen que con la Declaración de Cartagena se revitaliza la tradición latinoamericana de asilo y de cierta forma se consolida regionalmente la práctica del asilo

A modo preambulatorio o preparatorio para lo que serían las conclusiones del coloquio sobre la situación de los refugiados de América Central, México y Panamá, esta declaración recoge algunos de los criterios contenidos en el Acta de Contadora para la Paz y Cooperación en Centroamérica, entre estos;

- a) "Realizar, si aún no lo han hecho, los trámites constitucionales para adherirse a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados."

b) "Adoptar la terminología establecida en la Convención y en el Protocolo citados en el párrafo anterior, con el objeto de diferenciar a los refugiados de otras categorías de migrantes."

[...]

o) "Establecer las medidas conducentes en los países receptores para evitar la participación de los refugiados en actividades que atenten contra el país de origen, respetando en todo momento los derechos humanos de los refugiados."

Con estos pilares de base, los redactores de la declaración de Cartagena asumieron una conceptualización extensiva al concepto refugiado tomando desde los artículos 1 y 2 de la convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, la cual no solo reconoce la condición de refugiado para aquellas personas que fueron contemplados en la Declaración de Refugiados de 1957 y su protocolo de aplicación, sino que, también sería concedida la condición de refugiado "a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, [...]está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio", con esta inclusión la declaración de Cartagena pone de manifiesto su visión de mantener la integridad física y defender el derecho a la vida de las personas que se encuentren bajo la condición de refugiado en el sentido más amplio del término.

Por lo mismo, El Coloquio llega a ciertas conclusiones que por su contenido relativo nuestro tema de estudio merece plena atención y nuestros comentarios, entre estas la conclusión segunda, cuarta y décima que establece lo siguiente:

Segunda. Propiciar que la ratificación o adhesión a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967, respecto de aquellos Estados que aún no lo han hecho, **no vaya acompañada de reservas que limiten el alcance de dichos instrumentos**, e invitar a los países que las hayan formulado a que consideren su levantamiento en el más corto plazo. (Grifo nuestro).

[...]Cuarta. **Ratificar la naturaleza pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria de la concesión de asilo o del reconocimiento** de la condición de refugiado y subrayar la importancia del principio internacionalmente aceptado mediante el cual nada de ello podrá ser interpretado como un acto inamistoso hacia el país de origen de los refugiados. (Grifo nuestro).

[...]Décima. Formular un llamado a los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 para que apliquen este

instrumento en su conducta con los asilados y refugiados que se encuentran en su territorio.

Si la ratificación de la Convención de 1951 y su protocolo de aplicación de 1967, no debe ir acompañada de reservas que limite del alcance de estos instrumentos, por vía de extensión, los Estados no deberían diferenciar categorías de refugiados en función del motivo por el cual están siendo perseguidos. La naturaleza apolítica y exclusivamente humanitaria del reconocimiento del estatus de refugiado implicaría para los Estados contar con sistema de evaluación de pedidos de esta naturaleza imparciales que posibiliten la protección efectiva de la integridad física del solicitante.

3.1.11 Conferencia internacional sobre refugiados de Centroamérica (CIREFCA, 1989)

El documento denominado como Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina, fue preparado por un grupo de expertos para la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos celebrada en la Ciudad de Guatemala, 1989, cuyo objetivo era evaluar los avances logrados en materia de principios de protección y asistencia a refugiados y de repatriación voluntaria, con miras a promover su difusión y cumplimiento.

La situación que afrontaba América Central (AC) a modo resumido consistía en que, a causa del desarrollo de los conflictos en algunos países de este bloque continental, a finales de los años setenta, se produjeron una serie desplazamiento forzado de grandes masas poblaciones. En este momento AC vivió un masivo desplazamiento personas que, por razones de violencia se vieron obligados a dejar su entorno y en muchos casos salieron de sus países de origen.

Uno de los aspectos más importante resaltados por la CIREFCA es la característica propia del asilo en América Latina cuando el documento establece que los “[...]tratados, ya sean regionales o universales, tienen como común denominador dar protección al **individuo que la necesita**” y continua estableciendo que “[...]conocida la larga tradición latinoamericana de brindar tratamiento humanitario a quienes buscan protección y asilo” (Organización de Estados Americanos, p. 3,) haciendo incluso referencia a uno de los documentos antes referido en el desarrollo de este trabajo, dígase, a el Tratado sobre Derecho Penal Internacional de Montevideo. Los redactores resaltan la importancia para el tema de la especie, al citar las disposiciones contenidas en del artículo 16 del

Tratado sobre Derecho Penal Internacional de Montevideo que establece la inviolabilidad del asilo para los perseguidos políticos.

Esta mención desde nuestra visión tiene una importancia capital para entender la extensión de las directrices trazadas por este documento, pues en principio podríamos pensar que su contenido está únicamente orientado a establecer pautas de tratamientos para desplazados por los conflictos armados en AC desde una perspectiva apolítica y más enfocada en la crisis humanitaria con ruptura del orden público, pues bien, esta mención sugiere un entendimiento extensivo que abarca los disidentes políticos como figuras pasivas de protección bajo los conceptos definidos en este instrumento. Mas aun, cuando conoce la universalidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, junto con su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

Además de la Declaración de Cartagena la conferencia reconoce una serie de normas jurídica que son aplicables a la problemática de los refugiados como son: Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, Pacto Internacional sobre Derechos Civiles Políticos y del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado Pacto de San José, el Tratado de Derecho Penal Internacional firmado en Montevideo el 23 de enero de 1889, la Convención sobre Asilo de La Habana del 20 de febrero de 1928, la Convención sobre Asilo Político firmada en Montevideo el 26 de Diciembre de 1933, el Tratado sobre Asilo y Refugio Político firmado en Montevideo el 4 de marzo 1940, la Convención sobre Asilo Territorial y la Convención sobre Asilo Diplomático, ambas firmadas en Caracas el 28 de marzo de 1954 y la Convención Interamericana sobre Extradición firmada en Caracas el 25 de febrero de 1981, de igual modo las opiniones consultivas de la Corte IDH, entre otras disposiciones.

No obstante, a pesar de reconocer el grado observancia de los instrumentos antes mencionados en materia de asilo, los redactores entienden que tomando como referencia el concepto refugiado contenido en la Declaración de Cartagena, el término refugiado jurídicamente abordado en términos civiles, limitaría el alcance de la protección hacia personas que no hayan tomado parte de las hostilidades.

La CIREFCA reconoce la naturaleza apolítica y humanitaria de la institución del asilo y establece que su reconocimiento no debe ser interpretado por los demás Estados como un acto inamistoso. En materia de asilo político esta posición es vital para el mantenimiento armónico de las relaciones entre los países, ya que, uno de los mayores obstáculos que tiene actualmente el reconocimiento de la condición de asilado político es precisamente el posible quiebre de las relaciones entre los Estados asilante y territorial.

3.1.12 Declaración de San José Sobre Refugiados y Personas Desplazadas (1994)

La declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas fue adoptada por el "Coloquio Internacional: 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados ", celebrado en San José, Costa Rica, del 5 al 7 de diciembre de 1994.

Los redactores de esta declaración entienden el papel importante que ha jugado este instrumento en la solución de la crisis humanitaria producidas a raíz de los conflictos en América Central, incentivando según entienden los redactores, la creación de normas legales y administrativas en pro del auxilio de los refugiados por los eventos anteriormente descritos.

Consideran los redactores que la protección de los derechos humanos sumando al fortalecimiento de las instituciones democráticas representan las mejores alternativas para prevenir conflictos de esta naturaleza que provocan crisis de desplazados y graves crisis humanitarias.

El fortalecimiento de la institucionalidad de los Estados es concebida como una de las mejores prácticas de la democracia que no solo funcionaría a los fines de salvaguardar los derechos humanos en materia de opinión político dentro de Estado territorial, sino que una vez violados esos derechos, el Estado asilante reconozca una serie de prerrogativas de carácter humanitarias en favor del individuo perseguido, entre estas, el derecho a no afrentar una decisión arbitraria en el proceso de conocimiento y decisión de la petición de asilo político.

Retomando el grado de trascendencia de la Declaración de Cartagena los redactores de la declaración de San José entendieron pertinente no limitar el ámbito de aplicación de los criterios contenidos en declaración de Cartagena únicamente hacia los conflictos acontecidos en América Central sino que, al estar la Declaración de Cartagena

sustentada en criterios objetivos y haber sido probada como una herramienta humanitaria eficaz para los Estados en el manejo de sus políticas en materia de protección a los refugiados, los redactores entienden que en la Declaración de Cartagena se pueden encontrar soluciones a los problemas pendientes y los nuevos retos que se presenten no solo en la región de América Central sino que, en toda América Latina.

3.1.13 Declaración de Tlatelolco sobre acciones prácticas en el derecho de los refugiados en América Latina y el caribe (1999)

La declaración de Tlatelolco sobre acciones prácticas en el derecho de los refugiados en América Latina y el caribe, esta declaración fue adoptada por los participantes en el Seminario Regional sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados, reunidos en la Ciudad de México los días 10 y 11 de mayo de 1999.

Una de las precisiones más importantes contenidas en esta declaración es cuando establece que uno de los avances que en el marco jurídico constituyeron los documentos no vinculantes. Entre este avance se cita que la definición del término refugiado de la Declaración de Cartagena, representa en la una realidad jurídica en la región que ha permitido asegurar la protección a las personas necesitadas de la misma.

Entorno a la problemática de la dualidad de términos de "asilo" y "refugio" en América Latina, en este sentido, la declaración entiende que

“[...] ambos son sinónimos, porque extienden la protección a **extranjeros que la ameriten. El asilo es la institución genérica que permite la protección del Estado a las víctimas de persecución**, cualquiera que sea el procedimiento, por medio del cual en la práctica se formalice dicha protección, sea el régimen de refugiados según la Convención de 1951 Relativa a el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 o, el de asilados según los Convenios Interamericanos en la materia”.

Bajo el marco de este instrumento no habiendo distinción entre estas figuras de asilo y refugio, solo le restaría a los Estados, aunque no han adoptado los instrumentos internacionales de protección a los refugiados, disponer de procedimiento interno de aplicación de los instrumentos regulen los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, asignado competencias en materia de políticas del tratamiento de los refugiados a instancias específicas de gobierno. Lo anterior en un marco de progresiva carbonización de las normas y los estándares de protección aplicables en la región.

3.1.14 Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina (2004)

La Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina fue un documento adoptado en fecha 16 de noviembre del 2004 en la Ciudad de México de los Estados Unidos Mexicanos. Esta declaración a lo largo de extensión reconoce la importancia de la Declaración de Cartagena como inspiradora de políticas de publicas en la región.

Esta declaración reafirma la obligación a cargo de los Estados de respetar el principio de no discriminación y de adoptar medidas para prevenir y eliminar todas las formas de discriminación, de forma que el Estado garantice el ejercicio de los derechos a los individuos que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, **opiniones políticas** o de cualquier otra índole.

Respecto de los derechos humano de los refugiados esta declaración establece lo siguiente:

Reafirmando los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos y la necesidad de una protección integral de los refugiados, que garantice el debido ejercicio de sus derechos, en particular, los derechos civiles, económicos, sociales y culturales, [...]

Lo que antecede supone para los Estados la responsabilidad de brindar la protección intencional a los refugiados bajo la visión de consolidación del Estado de Derecho dentro de América Latina y el respeto de los derechos humanos. Esto incentivaría la adopción de sistemas de deliberación sobre estatus de refugiados que ejercerían su función sin discriminación de ninguna naturaleza, de manera apolítica y analizando la persecución alegada de forma imparcial. A esto llamamos fortalecimiento de las instituciones propias de un Estado de Derecho.

Esta declaración establece que es preciso que los Estados fortalezcan sus instituciones debido a que:

En el proceso de consultas se reconoció el notable esfuerzo que los países de América Latina han realizado en los últimos 20 años para erigir un marco institucional que garantice el derecho a buscar y recibir asilo. No obstante, también se señalaron deficiencias en los **sistemas de asilo**

que dificultan el acceso a una protección efectiva por parte de los refugiados y los solicitantes de esta condición. (p.8, grifo nuestro)

Otras de las deficiencias a ser mejoradas por los Estados acorde lo que señalan los redactores es el grado de instrucción de los funcionarios públicos competentes en el tratamiento de la condición de refugiado, expresado en la falta de un conocimiento profundo por parte de los Estados sobre las implicaciones que actualmente conlleva la adopción de las normas que componen el marco jurídico intencional referido al tema del asilo. La declaración establece esto último de la siguiente forma:

A fin de contribuir a **un amplio conocimiento y una efectiva ejecución del marco normativo**, así como para facilitar el uso efectivo de los recursos legales internos (administrativos, judiciales y constitucionales) en la protección de los derechos de solicitantes de la condición de refugiado y de los refugiados y garantizar, de esta forma, el derecho a buscar y recibir asilo, se acuerda pedir al ACURE que, en cooperación con los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, las universidades, organizaciones de la sociedad civil e instituciones nacionales de promoción y protección de derechos humanos, desarrolle y ejecute un “Programa Latinoamericano de Formación en Protección Internacional de los Refugiados”. **Este Programa estará dirigido a funcionarios de Estado** y a la sociedad civil organizada en redes de protección. El Programa conllevará un proceso minucioso de selección de participantes, un régimen docente que combine la formación en el trabajo, la formación a distancia, el autoestudio y el estudio en régimen residencial, el establecimiento de precisos parámetros de evaluación e impacto y un debido seguimiento de los graduados, entre otros elementos técnicos. (grifo nuestro)

Mediante esta recomendación los redactores están reconociendo la carente formación de los funcionarios públicos al momento de proponer y ejecutar las políticas públicas referida a tratamiento de la condición de refugio, todo esto sugieren los redactores, debido al conocimiento no profundado de las implicaciones de las normas vigentes hasta el 2004, en materia de protección internacional en favor de asilados.

3.2 Asilo Político en Brasil. Esquema general

3.2.1 Concepto y diferencia entre asilo político y refugio

Concepto y tipos de asilo.

Según registra el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Federativa de Brasil, comúnmente conocido como Itamaraty el derecho de asilo es una “[...]instituição segundo a qual uma pessoa perseguida por suas opiniões políticas, situação racial, ou convicções religiosas no seu país de origem **pode ser protegida** no Brasil”

(BRASIL, 2019, grifo nuestro). Desde nuestra perspectiva, el hecho de que la definición aportada por este ministerio, que cabe destacar como bien su nombre lo indica, es el responsable de las relaciones internacionales del Estado Brasileño, presenta el asilo político como potestad del Estado brasileño no como un derecho del individuo. (BRASIL, 2019)

El Itamaraty al momento de definir el asilo político usa el término “pode ser protegido” entendemos que el ministerio está haciendo referencia a la potestad misma del Estado de calificar las causas del asilo político y no al derecho del individuo de recibir y disfrutar del asilo, pues de ser lo contrario, es decir que el Estado brasileño reconozca este derecho, la definición de este concepto aportado por la Itamaraty establecería que “debe ser protegido no Brasil”.

Mas adelante el Itamaraty continúa estableciendo que la posibilidad de asilo político está prevista en la Constitución Federal votada en el año de 1988 y vigente hasta hoy en el articulo 4º, que refiere el tema del asilo político como uno de los pilares de las relaciones intencionales de Brasil. (BRASIL, 2019)

La ausencia de legislación específica para tratar el tema del asilo político en Brasil, es reconocida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil al afirmar que:

Não existe uma lei específica para tratar os casos de asilo, que é uma prerrogativa do Poder Executivo, por meio do Ministério da Justiça, e avaliado diretamente pela Presidência da República.
(Ibidem)

A pesar de que como bien señala el Itamaraty el asilo actualmente no cuenta con una ley específica para tratar los casos de asilo político, existen previsiones dentro de la norma brasileña que contienen disposiciones relativas a esta institución de derecho internacional entre ellas la ley No. 13.445. del 24 de mayo del 2017 que instituye la ley de migración y la Ley No. 9.474 del 22 de Julio de 1997 que **define mecanismos para a implementación del Estatuto de los Refugiados de 1951, y determina otras providencias, entre otras, del contenido de las mismas nos referiremos más adelante.**

El Itamaraty continúa estableciendo que el asilo político en la República Federativa de Brasil puede ser de dos tipos, a saber:

O asilo no Brasil pode ser de dois tipos:
a) diplomático – quando o requerente está em país estrangeiro e pede asilo à Embaixada brasileira; ou

b) territorial – quando o requerente está em território nacional. (BRA-SIL, 2019)

Referente a ambas modalidades de asilo político, Hamana Dias y Herico Amaro refieren lo siguiente:

O asilo territorial nada mais é que a aceitação de um estrangeiro, **em território em que o país exerce sua soberania**, no afã de proteger a liberdade ou até mesmo a vida do asilado que se encontra em situação de grave risco no seu país de origem dado o desenvolvimento de convulsões sociais ou políticas. É modo ilibado e acabado de asilo político, sendo aceito em toda sociedade internacional. (DIAS; AMARO, 2010, p. 2- grifo nuestro)

Scaglia (2009) en Días, Amaro (2010, p. 2) respecto del asilo diplomático realiza las siguientes consideraciones:

Insta esclarecer, ainda, a conceituação prática do asilo diplomático, que é uma é modalidade provisória e precária do asilo político. Diferentemente do asilo territorial, no asilo diplomático o Estado concedor do asilo o defere, ao perseguido, fora do seu território, isto é, no território do próprio Estado em que o individuo é perseguido. Os espaços, dentro do próprio território onde é concedido a asilo diplomático, abarcam aqueles que estão isentos da jurisdição desse Estado. Não são apenas as embaixadas, mas também se podem englobar as representações diplomáticas, navios de guerra, acampamentos ou aeronaves militares [...] Evidentemente, essa espécie de asilo nunca é em definitiva, haja vista representar significativamente apenas um estágio provisório [...]

En caso de ser aprobada la petición de asilo por parte del Estado, el solicitante estará bajo la protección del Estado brasileño con las garantías establecidas en los acuerdos internacionales. No obstante, el extranjero que desee permanecer en Brasil tendrá que observar las disposiciones contenidas en la Resolución Normativa No. 06/1997, enmendada por la Resolución Normativa No. 91/2010 del Consejo Nacional de Inmigración - CNIg. (Ibidem)

Una acotación importante que realiza el Itamaraty en su portal es lo concerniente a la diferencia que para ellos tiene el concepto de asilo político y refugiados, cuando refieren lo siguiente:

ATENÇÃO: Não se deve confundir o asilo político com o moderno ramo do direito dos refugiados, que trata de fluxos maciços de populações deslocadas, enquanto que o direito de asilo se refere a indivíduos e costuma ser outorgado caso a caso. No entanto, os dois institutos podem ocasionalmente coincidir, já que cada refugiado pode requerer o asilo político individualmente. (Ibidem)

El Itamaraty establece una distinción entre los institutos de asilo político y el refugio, que, si la enfocamos en la disidencia política como causal de la persecución que amerita la protección del Estado brasileño, notaremos que la diferencia establecida anteriormente ha sido ponderada en virtud de un criterio cuantitativo y no cualitativo del derecho invocado. Es decir, al establecer esta diferencia el Estado de Brasil no ha tomado como referencia la naturaleza del derecho ni las causas que lo originan, sino que, se ha basado en un principio de cantidad (cuantas personas son perseguidas) y no calidad (el motivo de la persecución) del derecho peticionado.

Esta diferencia tiene reflejos no solo en la visión institucional del Estado brasileño frente a estas dos (2) institutos de derechos humanos, sino que y pese a que el Itamaraty establece que “[...]No entanto, os dois institutos podem ocasionalmente coincidir, já que cada refugiado pode requerer o asilo político individualmente”, el Estado brasileño ha organizado dos (2) sistemas que son distintos e interdependientes para conocer y decidir la pertinencia de la solicitud de protección presentada por el individuo, que podemos adelantar tienen como denominador común el Ministerio de Justicia de Brasil. Estos dos sistemas como veremos mas adelante tienen consecuencias jurídicas inmediatas a favor y en contra del peticionario.

Diferencia entre asilo Político y Refugio en el sistema brasileño

En nuestro subcapítulo 2.5.3 y dependientes que trata sobre el Asilo Político y Refugio, diferencias y semejanzas, recogimos a grandes rasgos las características propias de cada institución tomando como base referencia la información contenida en la página virtual de la Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Brasil. En consecuencia, es importante acotar que esto último no solo representa la visión institucional y oficial del Estado brasileño frente al tratamiento de las figuras jurídicas de asilo político y refugio, sino que como institutos diferentes contraen obligaciones igualmente diferenciadas para el Estado brasileño.

A los fines de una mejor estructuración y lectura armónica dentro del ámbito de este subtítulo, en lugar de referir al punto 2.5.3 del presente trabajo, nos permitiremos reproducir nuevamente alguno de los elementos que resulten comunes entre este y el anterior apartado.

El Ministerio de Justicia y Seguridad Publica de Brasil en referencia al concepto, el fundamento normativo y las instituciones involucradas en el proceso de conocimiento y deliberación del refugio, refiere lo siguiente:

O refúgio é concedido ao imigrante por fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. **Enquanto tramita um processo de refúgio, pedidos de expulsão ou extração ficam em suspensos.**(BRASIL, 2019- grifo nuestro)

En cuanto la fundamentación normativa el Ministerio de Justicia y Seguridad de Brasil Publica, establece que:

O refúgio tem diretrizes globais definidas e possui regulação pelo organismo internacional ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. No Brasil, a matéria é regulada pela Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que criou o Comitê Nacional para os Refugiados – Conare¹¹, e pela Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados , de 28 de julho de 1951.

En referencia al proceso de ponderación de pedido de refugio por ante el CONARE el Ministerio de Justicia y Seguridad de Brasil Publica, establece que:

[...]Todos os pedidos de refúgio contêm um processo no qual é analisado se o solicitante possui um fundado temor de perseguição por meio de uma entrevista pessoal com um oficial do governo brasileiro, responsável por determinar a sua condição de refugiado. Essa análise envolve dois elementos: um subjetivo que são as declarações e alegações do solicitante; e um objetivo, no qual as alegações de perseguição do solicitante encontram respaldo nas informações do país de origem, fornecidas por agências internacionais e governamentais. O plenário do Conare delibera em reuniões mensais sobre os pedidos e dá decisão que pode sofrer recurso, decidido pelo ministro da Justiça.

El Ministerio de Justicia y Seguridad Publica de Brasil en referencia al asilo político, su fundamentación jurídica y las instituciones involucradas en el proceso de conocimiento y deliberación, refiere lo siguiente:

Quanto aos pedidos de asilo, esses estão previstos na Constituição Federal, no artigo 4º, que coloca o asilo político como um dos pilares que rege as relações internacionais. Não existe uma lei específica para tratar os casos de asilo, que é avaliado diretamente pela Presidência da Repú-

¹¹ O Conare é o órgão colegiado, vinculado ao Ministério da Justiça, que reúne segmentos da área governamental, da sociedade civil e das Nações Unidas. Cabe ao CONARE analisar e deliberar sobre o pedido sobre o reconhecimento da condição de refugiado (BRASIL, 2019)

blica. **No caso do asilo, as garantias são dadas apenas após a concessão. Antes disso, a pessoa que estiver em território nacional estará em situação de ilegalidade.**

[..]

O conceito jurídico de asilo na América Latina é originário do Tratado de Direito Penal Internacional de Montevidéu, de 1889, que dedica um capítulo ao tema. Inúmeras outras convenções ocorreram no continente sobre o asilo, tal como a Convenção sobre Asilo assinada na VI Conferência Pan-americana de Havana, em 1928, dentre outras. O asilo diplomático, assim, é instituto característico da América Latina. (BRASIL. 2019)

A modalidad de resumen el Ministerio de Justicia y Seguridad Publica de Brasil realiza un esquema comparativo de ambas figuras contentivo de sus características propias en la visión del Estado y establece lo siguiente:

Características do refúgio:

- a) Instituto jurídico internacional de alcance universal;
- b) Aplicado a casos em que a necessidade de proteção atinge a um número elevado de pessoas, onde a perseguição tem aspecto mais generalizado;
- c) Fundamentado em motivos religiosos, raciais, de nacionalidade, de grupo social e de opiniões políticas;
- d) É suficiente o fundado temor de perseguição ;
- e) Em regra, a proteção se opera fora do país;
- f) Existência de cláusulas de cessação, perda e exclusão (constantes da Convenção dos Refugiados);
- g) Efeito declaratório;
- h) **Instituição convencional de caráter universal, aplica-se de maneira apolítica;**
- i) **Medida de caráter humanitário.**

Características do asilo:

- a) Instituto jurídico regional (América Latina);
- b) Normalmente, é empregado em casos de perseguição política individualizada;
- c) Motivado pela perseguição por crimes políticos;
- d) Necessidade de efetiva perseguição;
- e) A proteção pode se dar no território do país estrangeiro (asilo territorial) ou na embaixada do país de destino (asilo diplomático);
- f) Inexistência de cláusulas de cessação, perda ou exclusão;
- g) Efeito constitutivo;
- h) Constitui exercício de um ato soberano do Estado, sendo decisão política cujo cumprimento não se sujeita a nenhum organismo internacional;
- i) **Medida de caráter político.** (BRASIL, 2019- grifo nuestro)

En una visión contraria a la Estatal expresada a traves del Ministerio de Justicia y Seguridad Publica de Brasil, respecto de la distincion de estas dos institutos vemos

los plantamientos del profesor en derecho Roberto Luiz Silva que no comparte los motivos que llevan al Estado a distinguir el asilo político del refugio, al entender que:

[...] Estamos certos da distinção entre direito de asilo e direito de refúgio, todavia não comungamos tal posição, uma vez que, pela própria letra da lei, resta claro não só que ele poderá ser requerido individualmente mas ainda que a opinião política também gera o direito a refúgio em nosso Estado. [...] Assim sendo, consideramos como refugio o direito concedido ao imigrante por fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas enquanto asilo é a proteção concedida aos estrangeiros perseguidos por crimes políticos, delitos de opinião e crimes que não sejam de direito comum. Nesse sentido, reportando-nos mais uma vez à letra da lei, verifica-se que ela utiliza tanto o termo "refúgio ou asilo" quanto "refugiados ou asilados políticos. (SILVA, 2019, p. 295)

De cierto el profesor Roberto Luiz Silva defiende la idea de que las figuras de asilo político y refugio son tan similares en su naturaleza y finalidad, que no debería haber distinción entre estos dos institutos internacionales de protección de derechos humanos, acorde a su planteamiento y refiriéndose al caso específico de la norma de Brasil, el fundado temor de persecución que sufra un individuo en el país de su residencia funge como un elemento común que posibilita al individuo peticionar tanto el refugio como asilo político.

3.3 Tratados internacionales en materia de asilo político y su vinculación con Brasil

Hasta este punto entendemos sumamente importante establecer la vinculación que tiene el Estado brasileño respecto de los instrumentos referidos anteriormente, a saber;

Tabla I) Brasil y los tratados internacionales en materia de asilo.

Tratados	Año	Firma (mes/día/año)	Ratificación/ Adhesión/Adopción (mes/día/año)	Comen- tario
Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889)	1889	23 de enero de 1889	-	No suscrito por Brasil
Convención sobre Asilo (La Habana, 1928)	1928	20 de febrero de 1928	21/05/1929	
Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933)	1933	26 de diciembre de 1933	28/03/1935	

<u>Convención sobre Extradición (Montevideo, 1933)</u>	1933	26 de diciembre de 1933		
<u>Tratado sobre Asilo y Refugio Político (Montevideo, 1939)</u>	1939	1939	-	No suscrito por Brasil
<u>Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)</u>	1948	10 de diciembre de 1948	10/12/1948	
<u>Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948)</u>	1948	1948	1948	
<u>Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951)</u>	1951	28 de julio de 1951	28/01/1961	
<u>Convención sobre Asilo Diplomático (A-46)</u>	1954	28 de marzo de 1954	06/25/57	Fecha de ratificación
<u>Convenio sobre Asilo Territorial (A-47)</u>	1954	28 de marzo de 1954	11/18/65	Fecha de ratificación
<u>Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967)</u>	1967	31 de enero de 1967	07/08/1972	
<u>Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)</u>	1969	22 de noviembre de 1969	25/09/1992	Fecha de ratificación
<u>Declaración de Cartagena (1984)</u>	1984	22 de noviembre de 1984	-	
<u>"Principios y Criterios para la Protección y Asistencia de los Refugiados, Repatriados, y Desplazados Internos Centroamericanos en América Latina" (CIREFCA, 1989)</u>	1989	31 de mayo de 1989	-	
<u>Declaración de San José (1994)</u>	1994	7 de diciembre de 1994	-	
<u>Declaración de Tlatelolco (1999)</u>	1999	11 de mayo de 1999	-	

<u>Declaración y Plan de Acción de México (2004)</u>	2004	16 de noviembre del 2004	16/11/2004	
--	------	-----------------------------	------------	--

Por consiguiente y en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado brasileño a través de la ratificación, adopción o adhesión de los instrumentos anteriormente señalados, cabe a continuación determinar que rango ocupan estos instrumentos internacionales en materia de derechos dentro de la normativa brasileña.

Los instrumentos internacionales adoptados por los Estados han sido nombrados de diferentes formas, siendo lo esencial el grado de vinculación que evoquen en el Estado adoptante – ratificador. Esta noción es mejor explicada por Louis Henkin citado por Flavia Piovesan cuando establece que:

“ O termo ‘tratado’ é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo direito internacional. Além do termo ‘tratado’ diversas outras denominações são para se referir aos acordos internacionais. As mais comum são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também tratado o Acordo Internacional. Alguns termo são usados para denotar solenidade (por exemplo, pacto ou carta) ou natureza completar de acordo (Protocolo). (PIOVESAN, 2011, p. 96. Grifo del autor)

La primera precisión que debemos hacer es que los acuerdos intencionales en cuanto cumplan el requisito de obligatoriedad referido Henkin y sean jurídicamente obligatorios y vinculantes (*pacta sunt servanta*) constituyen hoy en día la principal fuente de obligación para los Estados en el derecho internacional. El positivismo internacional provoca que los tratados internacionales se tornaran en fuentes de mayor grado de obligación para los Estados, como aconteció en el ambiente interno de los Estados, los principios generales de derecho se convirtieron en fuentes de mayor relevancia en el derecho internacional. (PIOVESAN 2011).

En el caso de la República Federativa de Brasil, la primera expresión de incorporación de tratados internacionales de derechos humanos al derecho brasileño fue la ratificación de la convención contra la tortura y otros tratamientos crueles, deshumanos o degradantes, adoptado en 1989. Desde aquí, el Estado brasileño empieza a adoptar varios tratados internacionales en materia de derechos humanos, más aun, bajo el nuevo esquema planteado por la constitución de 1988 (PIOVESAN, 2008). Cabe resaltar que esta constitución de 1988 está vigente hasta estos días.

Respecto de las innovaciones introducidas por la Constitución brasileña de 1988 respecto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la reorientación de la política externa del Estado, Piovesan opina lo siguiente:

As inovações introduzidas pela Carta de, 1988 - especialmente no que tange ao primado da prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais - foram fundamentais para a ratificação destes importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos.

[...] Este esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos. Adicione-se que a subscrição do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza ainda o aceite do Brasil para com a idéia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a idéia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional, no tocante à matéria (PIOVESAN, 2008, p. 95-96)

La primera condición establecida para que el contenido de un tratado internacional pueda ser requerido en cumplimiento por parte de un individuo dentro de un Estado determinado, es que el Estado expresamente consintiera la adopción del instrumento internacional cuya ejecución se reclama. Debe entenderse que los tratados internacionales no pueden crear nuevos vínculos de obligaciones para el poder público en favor del individuo, si primero el Estado en el ejercicio de su soberanía no lo adoptara con antecedencia (PIOVESAN, 2011)

En tanto que los tratados internacionales de derechos humanos, son una realidad de posguerra relativamente nueva en el ambiente internacional (PIOVESAN, 2008). Acorde a lo que establece el Richard B. Bilder (BILDER, 1992) siendo citado por Flavia Piovesan, el motivo por el cual los estados deben cumplimiento a instrumentos de esta naturaleza es :

[...]o movimento do Direito Internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar. se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais. procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. (...) Embora a idéia de que os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes tenha há muito tempo surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos são objetos próprios de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente" (PIOVESAN, 2008, p. 87)

Esta forma de abordar los tratados internacionales en materia de derecho humanos es cristalizada en el derecho brasileño a partir de las disposiciones contenidas en el título II sobre las garantías fundamentales, del capítulo I sobre los deberes y derechos fundamentales, en su artículo 5º parágrafo 2 que rezan de la forma siguiente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018)

La constitución brasileña en este artículo enumera una gran mayoría de derechos que hasta la redacción de esta investigación, ninguna de sus antecesoras contemplaron una lista de derechos tan amplia como esta. No obstante y en principio, haciendo referencia a los tratados internacionales de derechos humanos, el constituyente de 1988 no incorporó de pleno derecho al orden jurídico constitucional el contenido de estos instrumentos internacionales tomando como referencia el hecho de la ratificación en el congreso brasileño, sino que, establece un mecanismo de votación, en el cual, para que los tratados internacionales de derechos humanos puedan ser considerados como enmienda constitucional deberán tener el voto favorable en su proceso de ratificación de tres quintos en dos en dos turnos de votación en cada casa. Si el tratado es aprobado sin esta condición pasa forma parte del ordenamiento jurídico con valor infraconstitucional. (CONSTITUCIÓN FEDERAL INTERPRETADA, 2012).

Al referirse a las disposiciones constitucionales que anteceden establece Rubén Hernández Valle lo siguiente:

Lo anterior significa que los derechos consagrados en estos tratados forman parte de manera implícita de los que tienen carácter fundamental y han sido consagrados expresamente por esta ley suprema, en el supuesto de que los primeros amplíen y complementen a los segundos. (VALLE, 2015)

La disposición que antecede ha generado una discusión no solo doctrinaria sino también jurisprudencial, respecto de la jerarquía que deben ocupar dentro del ordenamiento jurídico brasileño los tratados internacionales de derechos humanos en sentido específico. De este debate podemos distinguir tres (3) escenarios jerárquicos que pudieran ser ocupados por estos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos según la discusión actual, a saber;

3.3.1 Tratados con valor legal y supralegal

La primera precisión que debemos realizar es que antes de 1988 el entendimiento de la jurisprudencia brasileña reconocía únicamente jerarquía legal a los tratados internacionales, según posición jurisprudencial fijada mediante la sentencia RE nº 80.004 (J. 01/06/1977). Respecto de la jerarquía legal de los tratados internacionales no realizaremos mayores referencias por entender que esta discusión actualmente en el ambiente jurídico brasileño ha sido superada al no verificarse construcciones recientes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en pro de esta posición.

La supralegalidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos debe ser comprendido dentro del ordenamiento interno a raíz de las construcciones jurisprudenciales, apos de la promulgación de la constitución de 1988. En diciembre de 2008, el STF dictó sentencia para dar una respuesta jurídica a una serie de casos que modificaron la jerarquía que hasta ese momento eran posicionados los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico brasileño. Nos referimos a la sentencia de fecha 03 de diciembre del 2008, dictada por el STF en relación al recurso extraordinario No. 466.343-1. Acorde a la sentencia de referencia, esta supralegalidad en los tratados internacionales será admitida si el instrumento internacional no alcanza el quorum cualificado de las tres quintas en dupla votación en dos casas legislativas.

El resumen de esta decisión contenido en la misma sentencia, establece lo siguiente:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (BRASIL, 2008)

Respecto de las modificaciones introducidas por la sentencia de referente a la jerarquía de los tratados internacionales, Luis Flavio Gomes y Valerio de Oliveira Mazoulli establecen lo siguiente:

- a) Tratados de derechos humanos no aprobados con el quorum cualificado: valor supralegal;
- b) Tratados de derechos humanos aprobados con el quorum cualificado por el congreso nacional: valor de Enmienda Constitucional (valor constitucional);
- c) Tratados que no versen sobre derechos humanos: valor legal (tesis de equiparación o paridad; (GOMES, MAZOUILLI, 2015, p. 10)

Comentando el contenido de la decisión supra indicada Antônio Moreira Maués establece que para que el Suprema Tribunal Federal decidiera en favor de la eliminación de la prisión del depositario que incumple su obligación, se hizo necesario modificar la visión jurisprudencial anterior respecto del grado de jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, con el objetivo de posibilitar que las disposiciones

constitucionales e infra constitucionales pudieran ser interpretadas acorde a la Convención Americana de los Derechos del Hombre (CADH). Establece que para llegar a este razonamiento y una vez analizados los votos de los ministros, estos utilizaron dos teorías que posibilitaron llegar a esta conclusión; para algunos de los ministros la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos debe tener una jerarquía normativa supralegal y para otros ministros la jerarquía normativa de los tratados internacionales de esta naturaleza debe estar ubicados en un orden normativo constitucional. (MAUÉS, 2013).

En apoyo a la tesis de la suprallegalidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos podemos referir la tesis sustentada por el Ministro Gilmar Mendes, cuya posición fue recogida por el Ministro relator Cesar Peluso en la sentencia que decide sobre el referido recurso extraordinario No. 466.343-1, a saber;

Isso significa, portanto, examinada a matéria sob a perspectiva da "suprallegalidade", tal como preconiza o eminente Ministro GILMAR MENDES, que, cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não devem ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República. (BRASIL, 2008)

El mismo autor señala que dentro de las motivaciones que llevaron a los ministros a ubicar a los tratados internacionales en rango supralegal dentro del ordenamiento jurídico brasileño, figuran las siguientes;

- a) a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, consubstanciada na possibilidade de controle de constitucionalidade inclusive dos diplomas internacionais;
- b) o risco de uma ampliação inadequada da expressão “direitos humanos”, que permitiria uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna;
- c) o entendimento que a inclusão do parágrafo 3º do artigo 5º implicou reconhecer que os tratados ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45 não podem ser comparados às normas constitucionais. (Ibidem)

Es importante resaltar que, de las posiciones establecidas por los ministros de STF que conformaron la turna para decidir el recurso extraordinario anteriormente precisado, ninguno de ellos en su entendimiento y por segura influencia de las disposiciones contenidas en la constitución de 1988, entendieron que los tratados internacionales en

materia de derechos humanos deberían ubicarse en un plano legal dentro del ordenamiento jurídico brasileño.

Si los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen rango supralegal esto implicaría que los dispositivos internacionales sobre asilo político al ser interpretados por el Estado brasileño entrarían en conflicto con normas de rango constitucional que no obligarían al Estado a asumir una política proteccionista en favor de los individuos que soliciten el asilo político cuya causa esté debidamente probada.

3.3.2 Tratados con valor constitucional

Flavia Piovesan al realizar un análisis al concepto jerarquía dentro del ordenamiento jurídico desprendida a raíz de la disposición del artículo 5 § 2º y § 3º, establece que la constitución actual de Brasil introdujo nuevos elementos al incluir derechos protegidos constitucionalmente, a ser incorporados al esquema interno en función del contenido de tratados internacionales de los cuales Brasil sea adoptante. Continúa comentando que al realizar esta concesión el constituyente de 1988, atribuye a una gama de derechos de formulación internacional una naturaleza diferenciada como si fuera una disposición constitucional (PIOVESAN, 2008). Refrendando de esta forma la postura del STF sobre la supra legalidad de los tratados internacionales.

Flavia Piovesan en un ejercicio reflexivo y la vez argumentativo, establece como la base sobre la cual se desarrolla la tendencia de la constitucionalización de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en el principio de la máxima efectividad de las normas sobre garantías y derechos fundamentales, para mejor edificación procedo a citar textualmente:

Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Essa conclusão decorre também do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional abertura que resulta na ampliação do "bloco de constitucionalidade", que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. Adicione-se ainda o

fato das constituições latino-americanas recentes conferirem aos tratados de direitos humanos um status jurídico especial e diferenciado, destacando-se, neste sentido, a Constituição da Argentina que, em seu artigo 75, parágrafo 22, eleva os principais tratados de direitos humanos à hierarquia de norma constitucional. Logo, por força do artigo 5º, parágrafos 1º e 1º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais¹ natureza [...] constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata.

[...] os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, detêm natureza constitucional. (PIOVESAN, 2008, p. 97-98)

En una perspectiva idéntica a la Flavia Piovesan encontramos la posición del jurista Valerio Mazzouli quien afirma lo siguiente:

CF pretendió a causa de las discusiones relativas a la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico patrio, una vez que la doctrina más aceptada, después de la reforma, ya atribuía a los tratados de derechos humanos estatus de norma constitucional, en virtud de la interpretación desde ss 2 del mismo artículo 5 [...]

Con base de este último dispositivo, defendemos que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Brasil tienen índole y nivel constitucional, además de la aplicación inmediata, no pudiendo ser revocada por la ley ordinaria posterior.

Y nuestra interpretación siempre fue la siguiente : se la constitución establece que los derechos y garantías en ella contemplados “no excluyen” otras providencias contenidas en los tratados internacionales en la República Federativa de Brasil sea parte, es porque en la misma constitución esta la autorización de que esos derechos y garantías internacionales contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Brasil “ se incluyen” en nuestro ordenamiento jurídico interno, pasando a ser como si escrito en la constitución estuviese. Es decir, que, si los derechos y garantías expresos en el texto constitucional “no excluyen” en nuestro ordenamiento jurídico interno otras providencias de los tratados internacionales en los que Brasil, es porque, por lógica, en la medida en que tales instrumentos pasan a asegurar otros derechos y garantías, la constitución los “incluye” en su catálogo de derechos protegidos, ampliando el “bloque de constitucionalidad”.

Para nosotros, la cláusula abierta del 2 del art. 5 de la constitución de 1988 siempre permitió el ingreso de los tratados internacionales de derechos humanos en el mismo grado jerárquico que las normas constitucionales, y no en otro ámbito de jerarquía normativa. Por tanto, defendemos, que por el hecho de que esos derechos se encuentran en tratados

internacionales jamás impidió su caracterización como derechos de estatus constitucional. (GOMES, DE OLIVEIRA MAZOULLI, 2015, p. 14-15)¹²

En una crítica directa a la tesis de supra legalidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y argumentado en favor de que tratado de esta naturaleza deben ser ubicados en un rango constitucional dentro del ordenamiento jurídico brasileño, el Ministro Gilmar Mendes expresa lo siguiente:

La tesis de supra legalidad de los tratados de derechos humanos no aprobados por mayoría cualificada (defendida por la ministra, v.g., por el Min. Gilmar Mendes, en la RE466.343 – SP) pasa a desigualar tales instrumentos de aquellos internacionalizados por dicha mayoría creando una ‘una duplicidad de regímenes jurídicos’ impropia para el actual régimen (interno e internacional) de protección de derechos, una vez que establece categorías de tratados que tienen el mismo fundamento ético. Este fundamento ético no ha sido atribuido por el derecho interno o por cualquier poder en el ámbito interno (v.g., o poder legislativo) pero si por el orden constitucional de donde esos mismos tratados provienen. Al crear las ‘categorías’ de los tratados a nivel *constitucional y supralegal* (en caso de que sean aprobados por la mayoría cualifica), la tesis de supra legalidad acaba por regular asuntos *iguales de manera totalmente diferentes* (es decir desigualo lo que es igual. *De aquí sea equivocado colocar ciertos tratados de derechos humanos bajo la constitución y toros (también derechos humanos) en el mismo lugar que ella, bajo pena de subvertir toda lógica convencional de protección de tales derechos, ejemplo de aquella situación es que un instrumento accesorio tendría equivalencia a una enmienda constitucional, en cuanto a lo principal estaría en un nivel jerárquico inferior.* Se espera que el STF revise su posición y pase a adoptar (como lo hizo el Min. Cesar Mello) la tesis de nivel constitucional de los tratados de derechos humanos, independientemente del *quorum* de aprobación congresual. Será este momento en que Brasil estará al lado de los países que más valor atribuyen a las normas de protección internacional de derechos y de aquellos que sufren menos condenaciones (por violación de derechos humanos) por tribunales internacionales. (GOMES, DE OLIVEIRA MAZOULLI, 2015, p. 18-19, grifo del autor)

Para Juan Antonio Travieso citado por Flavia Piovesan (PIOVESAN, 2008, p. 98) entiende que los tratados intencionales en materia de derechos humanos tienen por finalidad la protección de los derechos fundamentales y esta protección debe operar independientemente de su nacionalidad tanto frente al Estado propio como ante un Estado extranjero. Una vez los Estados adoptan tratados de esta naturaleza se someten a un orden legal por el bien común, asumiendo una gama de obligaciones en favor del individuo no

¹²Traducción nuestra

del otro Estado, de modo que, las convenciones de esta naturaleza no solo vinculan a los Estados partes, sino que, otorgan garantías al individuo. Es por esto último recalca Travieso, no puede interpretarse como cualquier otro tratado. (PIOVESAN, 2008, p. 98)

Si entendemos que los tratados de derechos humanos poseen un rango constitucional esto implicaría que los dispositivos internacionales tocantes al asilo político deberán ser interpretados en armonía con otros dispositivos constitucionales, que, por estar el asilo político fundamentado en la protección de la dignidad humana, el principio interpretativo *pro homine* podría provocar una inclinación en favor del individuo que invoca el derecho.

3.3.3 Tratados con valor supra constitucionales

Para los doctores Luiz Flavio Gomes y Valeiro de Oliveira Mouzzouli, la corriente que propugna la supra constitucionalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico brasileño es relativamente nueva. Sin embargo, ahora más que en cualquier momento de la historia jurídica brasileña es tiempo de profundizar sobre esta parte. No obstante, dejan por sentado de que el hecho de que en Brasil esta doctrina sea novedad, lo cierto es que la corriente de la supra constitucionalidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ha sido una doctrina defendida en el ambiente jurídico internacional, no siendo esta corriente una novedad en referencia a su doctrina (GOMES, DE OLIVEIRA MAZULLI, 2015).

La tesis de supra constitucionalidad con independencia de la doctrina internacional encuentra su mayor argumento en las disposiciones contenidas en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el cual, ^oreza de la siguiente forma:

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

En virtud del artículo de referencia Sebastián A. Rey entiende:

En virtud de ello, una vez que un tratado de derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) entró en vigor para un Estado, éste debe adaptar su legislación de conformidad con las obligaciones contenidas en dicho tratado con el fin de asegurar la más efectiva protección de los derechos humanos consagrados.

dos en el mismo instrumento. Sobre el particular, la Corte IDH ha señalado que “de conformidad con el art. 2 de la CADH, la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado”

[...] debe recordarse que un Estado no puede alegar su propia Constitución con el fin de eludir obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional o de tratados en vigencia (REY, 2012, p. - 78-79)

Para André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros citados por Luiz Flavio Gomes y Valeiro de Oliveira Mouzzouli, establecen en referencia al artículo anteriormente citado que, este fue redactado con el objeto de subordinar el derecho interno de los Estado ante el cumplimiento de las normas contenidas en los tratados internacionales, no siendo excepción las Constituciones de los Estados, previendo de esa forma a todo derecho internacional jerarquía de supra constitucionalidad en el ordenamiento interno de los Estados.(GOMES, DE OLIVEIRA MAZUILLI, 2015).

Flavia Piovesan al hacer referencia a la visión doctrinal brasileña referente a la supra constitucionalidad de los tratados internacionales sobre derecho humanos, expone la consideración de Agustín Gordillo quien entiende que:

[...]a supremacia da ordem supranacional sobre a ordem nacional preexistente não pode ser senão uma supremacia jurídica, normativa, detentora de força coativa e de imperatividade. Estamos, em suma, ante um normativismo supranacional. Concluímos, pois, que as características da Constituição, como ordem jurídica suprema do direito interno, são aplicáveis em um todo às normas da Convenção, enquanto ordem jurídica suprema supranacional. Não duvidamos de que muitos intérpretes resistirão a considerá-la direito supranacional e supraconstitucional, sem prejuízo dos que se negarão a considerá-la sequer direito interno, ou, mesmo, direito” (PIOVESAN, 2011, p. 16)

Continúa estableciendo Piovesan que, en esa misma dirección afirman André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros que:

[...]No Brasil, a Constituição de 1988 não regula a vigência do Direito Internacional na ordem interna, salvo quanto aos tratados internacionais sobre os Direitos do Homem, quanto aos quais o art. 5º, parágrafo 2º, contém uma disposição muito próxima do art. 16, n. 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976 que, como demonstraremos adiante, deve ser interpretada como conferindo grau supraconstitucional àqueles tratados. (...) ao estabelecer que ‘os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das regras aplicáveis do Direito Internacional’, o seu art. 16, n. 1, ainda que implicitamente, está a conceder grau supraconstitucional a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. De facto, à expressão ‘não excluem’ não pode ser

concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá. (Idem Ibidem)

La tesis de supra constitucionalidad es defendida por el profesor Celso D. de Alburquerque Mello citado por Luiz Flavio Gomes y Valeiro de Oliveira Mouzzouli (GOMES, MAZOUILLI, 2015, p. 9) al establecer que “siendo aún más radical en el sentido de que la norma internacional prevalece sobre la norma constitucional, de igual forma cuando una norma constitucional posterior intenta revocar una norma internacional constitucionalizada”.

Si acuñamos la tesis de supra constitucionalidad no tendríamos que realizar una interpretación armónica de la norma constitucional brasileña, pues en materia de asilo político como derecho humano las disposiciones internas que podrían tener algún grado de incidencia quedarían superadas por la norma internacional.

En el desarrollo del presente trabajo de investigación trataremos el concepto “Soberanía de Estado” su alcance, atenuaciones y limitantes en una conceptualización contemporánea. Si bien es cierto, en las líneas que anteceden trabajamos las teorías de jerarquización dentro del ordenamiento jurídico brasileño de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, no es menos cierto que el contenido desarrollado referente al valor constitucional y supraconstitucional de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos puede ser válidamente referenciado como limitantes al concepto clásico de soberanía estatal. Por tanto, aunque no retomaremos estas tesis de jerarquización de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico de Brasil pedimos que las mismas sean consideradas como limitantes al concepto clásico de soberanía Estatal.

4. EL ASILO POLÍTICO EN LA NORMATIVA INTERNA DE BRASIL

4.1 Perspectiva Constitucional.

El asilo político en la constitución de la República Federativa de Brasil se encuentra enmarcado dentro del TITULO I que versa sobre los principios fundamentales. En este sentido, la definición y alcance del concepto de principio en una norma de carácter constitucional y su reflejo en la interpretación de las otras disposiciones y normas subordinadas a las mismas.

La constitución federal interpretada 2da edición refiere que el vocablo principio viene del *latim principium* contrae una conceptualización ligada al inicio, comienzo, origen o causa. Continúa refiriendo, que en un ambiente jurídico el principio es una norma que expresa los valores más altos de la sociedad, de una forma en la que, siendo parte de la constitución, se convierten en valor vector que va a orientar las demás normas y reglas jurídicas que componen el sistema jurídico. En otros términos, refiere la obra que antecede que las normas y reglas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico de un Estado, deben estar sujetos a valores que sustentan una sociedad, estos valores estarán expresadas en los principios jurídicos en los cuales ha sido cimentada la constitución del Estado, por consiguiente, los autores entienden que:

Los principios pueden ser tomados como fundamento con base a los cuales se prescriben reglas que tienen por finalidad hacerlos efectivos con dado orden de disciplina. A seguir serán vistos los principios que fueran adoptadas por la vigente Constitución brasileña, ósea, aquellos por los cuales se levanta la orden constitucional de país y que, por eso mismo, se imponen a todo orden infra constitucional, está en todo, necesariamente en todo, debe seguirla, bajo pena de que, de no hacerlo, ser concebida como inconstitucional, y por eso mismo, detonante de ordenamiento jurídico, al punto de justificar su exclusión. (CONSTITUCION FEDERAL INTERPRETADA, 2012, p. 3)¹³

Luis Barroso (BARROSO, 2006) en Siddharta Legale Ferreira y Adriano Corrêa de Sousa (FERREIRA, SOUSA, 2008, p. 8) al referirse a los principios fundamentales entiende lo siguiente:

Os princípios fundamentais estruturam o Estado e a própria Constituição, por exemplo, a dignidade da pessoa humana ou a soberania. Já os princípios gerais, embora não possuam esse vulto axiológico, aplicam-

¹³Traducción nuestra

se a diversos ramos do direito como é o caso do princípio da igualdade ou proporcionalidade. Por fim, os setoriais cuja irradiação de efeitos possui mais afinidade a um determinado ramo.

El artículo 4 de la constitución jurídica de Brasil trata sobre los pilares de las relaciones internacionales del Estado brasileño con otras naciones, expresa en la siguiente forma:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.
(BRASIL, 1988. Grifo nuestro)

En referencia a estos principios expresan los redactores de la constitución Federal Interpretada que los mismos tienen por objetivo regir la soberanía del Estado brasileño frente a los demás Estados, por consiguiente, son criterios que dirigen la actividad política de Brasil en las relaciones internacionales. La aplicación de estos criterios será exhibida frente a otros Estados o actuando en órganos internacionales. En una perspectiva internacional, el contenido de estos principios constitucionales se colige que el Estado brasileño tiene por objetivo el bien común en la comunidad interna e internacional.
(CONSTITUCIÓN FEDERAL INTERPRETADA, 2012)

Respecto del principio X del artículo 4 de la Constitución Federativa de Brasil que versa sobre “concessão de asilo político”, los redactores de la Constitución Federal Interpretada al comentar el contenido del principio de referencia establecen lo siguiente:

En la mayoría de veces, el asilo político ocurre cuando el extranjero es impedido, en su propio país, de ejercer algún derecho o privado de las garantías fundamentales de la persona humana. Tratase de una medida

de solidaridad para con aquel que, muchas veces, es perseguido en su propia patria. La concesión del asilo político es un acto de Estado, esto es, una postura de la unidad política acogedora. Entre nos, cabe al **presidente de la República de la República, en calidad de jefe de Estado (y no jefe de Gobierno), conceder asilo político**. La concesión no es obligatoria, depende de caso y momento político en la nación se encuentra. Además, la concesión de asilo impide futura extradición. (CONSTITUCION FEDERAL INTERPRETADA, 2012, p. 13)

La policía Federal adscripto al Ministerio de Justicia de Brasil en su página oficial respecto del asilo político recoge lo siguiente:

O asilo político, que constitui ato discricionário do Estado, poderá ser diplomático ou territorial e será concedido como instrumento de proteção à pessoa que se encontre perseguida em um Estado por suas crenças, opiniões e filiação política ou por atos que possam ser considerados delitos políticos.

Compete ao Presidente da República decidir sobre o pedido de asilo político e sobre a revogação de sua concessão, consultado o Ministro de Estado das Relações Exteriores; (BRASIL. 2019)

El valor discrecional de la concesión del asilo político en la normativa brasileña está íntimamente asociado con el concepto tradicional de soberanía e independencia nacional, que configura el accionar del Estado frente al reconocimiento de derechos de esta naturaleza. Esto último se encuentra claramente evidenciado cuando, a modo de ejemplo, los redactores de la constitución comentada establecen que “La concesión no es obligatoria, depende de caso y momento político en la nación se encuentra” (CONSTITUCION FEDERAL INTERPRETADA, 2012, p. 13), resaltando de este modo la discrecionalidad referida por el Ministerio de Justicia en la toma de decisiones referente a peticiones de esta índole. (BRASIL. 2019)

Un elemento importante a resaltar es que, en materia de asilo político, la capacidad decisoria y discrecional del Estado brasileño como expresión del ejercicio de la soberanía estatal, está concentrada en el poder ejecutivo y de forma específica, en la figura del presidente de la República Federativa de Brasil en su condición de jefe de Estado y de Gobierno. En suma, en la normativa brasileña verificamos un **Control Estatal Concentrado** en la figura del presidente tanto como Jefe de Estado como Jefe de Gobierno.

Esta concentración del poder discrecional en la figura de jefe de Estado y conociendo que el mismo no es una figura con postura apolítica, podría nortear la suerte de la medida de protección solicitada por el perseguido, ya que, la ideología política del Jefe de Estado al momento de estatuir sobre el reconocimiento de asilo político pudiera

fungir como el factor decisivo y no la evaluación de la solicitud tomando como referencias los factores de riesgo que corra el individuo en su país de origen o lugar de residencia que posibilitaran la referida protección del Estado brasileño. Queremos entonces puntualizar que en este escenario el presidente de la República Federativa de Brasil en su condición de Jefe Estado es el responsable de decidir discrecionalmente quien pudiera ostentar la condición de asilo político.

Sin embargo, en una posición contraria al concepto de discrecionalidad estatal referente a la aprobación o negación de las solicitudes de asilo político en la esfera normativa brasileña, se encuentra el profesor de derecho internacional Diego Pereira al referirse a la figura del asilo político en la perspectiva constitucional brasileña expresa lo siguiente:

[...] el asilo político tiene naturaleza política, el asilo político es concedido en virtud de una persecución política, una persona normalmente con notoriedad ; un Jefe de Estado alega que está siendo perseguido, el alega que esta persecución tiene naturaleza política, el alega que cometió un crimen de naturaleza política y de opinión, crímenes contra la seguridad de un Estado, vamos a referirnos a un presidente de América latina, el alega que está sufriendo una persecución de naturaleza política, el alega que su país de origen se le está persiguiendo porque el cometió un crimen de opinión, crímenes políticos, el practicó crímenes contra la seguridad de Estado, vea él está siendo perseguido por cuestiones ideológicas, esa es la fundamentación del asilo político [...] el viene para Brasil y aquí él solicita el asilo, el país puede **conceder el asilo de forma discrecional en el ejercicio de soberanía**, el decide de forma discrecional. Este es el entendimiento de la doctrina mayoritaria, nosotros no estamos obligados a conceder el asilo político (discrecional). Existen otros doctrinadores como el propio Valerio Mazzoulli que entienden que, **si el asilo tiene previsión constitucional, que es el caso de Brasil artículo 4, inciso X de la constitución, si tiene previsión constitucional tiene que conceder, ahí ya no es más discrecional**.

(PEREIRA, 2014, grifo nuestro)

Verificamos entonces una fragmentación en la doctrina referente al poder discrecional del Estado al momento de decidir una petición de protección bajo la figura del asilo político, por un lado, la doctrina mayoritaria que entiende que la concesión del asilo político es una potestad discrecional y exclusiva del Estado como expresión de su soberanía y la otra corriente que es la tesis minoritaria entiende que si el asilo político tiene previsión constitucional como es el caso de Brasil, esta previsión imposibilitaría la aplicación de la tesis de discrecionalidad Estatal apoyado por la corriente mayoritaria, revirtiendo la noción mayoritaria y ahora el asilo pasaría hacer un derecho del individuo

y en consecuencia una obligación de Estado, pues su reconocimiento por parte del Estado no sería discrecional.

Otro elemento importante que desarrollaremos más adelante es la relación del asilo político y las relaciones internacionales entre Brasil y los demás Estados referida por el Ministerio de Justicia cuando dice que “ [...] Compete ao Presidente da República decidir sobre o pedido de asilo político e sobre a revogação de sua concessão” (BRASIL, 2019). Por tanto, el poder discrecional del Estado del Estado brasileño frente a las peticiones de asilo político esta cimentado no solo en los dispositivos constitucionales tocantes a la soberanía del Estado endilgado al jefe de Estado, sino también, por los dispositivos constitucionales que versan sobre las atribuciones del poder ejecutivo (actos de gobierno) en la ejecución de la política exterior de la nación, no escapando, el asilo político en su ubicación constitucional como principio de relaciones internacionales de la República Federativa de Brasil frente a otros Estados. Hasta aquí, aunque con poca trascendencia en el ordenamiento jurídico brasileño, la figura del asilo político es un tema que atañe tanto a la jefatura del Estado como a quien preside el gobierno; establecemos que tiene poca importancia en el caso de Brasil porque ambas funciones recaen en el presidente de la República. Ç

4.2 Soberanía en la normativa interna brasileña.

Realizadas las precisiones que anteceden respecto al concepto de soberanía en una visión histórica y contemporánea, a continuación, nos ocuparemos de desarrollar el concepto soberanía en una dimensión domestica respecto de la República Federativa de Brasil.

El constituyente brasileño refiere la noción de soberanía en el artículo primero inciso I, que se encuentra ubicado dentro del ámbito del título I, sobre los “Los Principios Fundamentales”, este articulo reza de la siguiente forma:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;[...]
V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Quanto ao Estado de Direito, a Carta Magna estrutura os Poderes do Estado, prescrevendo a sua separação em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, e organiza as relações entre eles e a sociedade em termos que limitam sua atuação pela prescrição das liberdades públicas. Cabe ao legislador ordinário ou à lei infraconstitucional especificar meios e instrumentos pelos quais tenham plena efetividade os institutos preconizados na Constituição 1-a soberania;

Respecto del numeral I que versa sobre la soberania, los redactores de la Constitución Federal Interpretada al comentar el contenido del numeral de referencia establecen lo siguiente:

Quanto à soberania, o Estado brasileiro deve ser visto em três direções: a) na da ordem internacional; b) na da ordem interna; e c) na da soberania popular. Perante a ordem internacional, a soberania confere ao Estado brasileiro o que se poderia dizer presença ontológica da unidade política internacional, isto é, existência jurídico-política do Estado brasileiro e sua participação na comunidade internacional de Estados. Essa categoria de soberania está intimamente ligada com o que dispõe o art. 4º, que garante a independência da nação brasileira em relação aos outros Estados na ordem internacional, a autodeterminação do povo brasileiro perante a comunidade global, bem como a defesa da paz como objetivo cardinal das relações internacionais. Há, contudo, que consignar que a celebração dos pactos internacionais aponta para uma relativização da soberania, nos moldes que de maneira pioneira demonstram os países da União Europeia. Já a soberania interna se mostra de duas formas: a soberania do Estado brasileiro ante os nacionais ou estrangeiros que estiverem em seu território e a soberania da República brasileira sobre os estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. A summa potestas da República brasileira em relação aos seus nacionais ou estrangeiros permite o exercício da jurisdição nacional sobre litígios de qualquer natureza de que venham a participar dentro do território nacional. A soberania do Estado brasileiro garante-lhe perante as entidades federadas do país uma posição de superioridade hierárquica. Por último, é preciso considerar que a soberania popular, sendo a causa intrínseca da soberania do próprio Estado brasileiro, é a fonte mesma do dinamismo da democracia. É na verdade o princípio que permite sua atualização por meio de eleições regulares e periódicas, livres e limpas, proporcionando a transformação da opinião pública em vontade política, democraticamente manifestada pelo desejo do verdadeiro titular do poder político: o povo. De maneira objetiva, o termo "soberania", como empregado na Constituição, enfatiza a independência do Brasil e sua não submissão a nenhuma força externa, ou mesmo interna, que não represente os interesses nem a vontade do seu povo. (CONSTITUCIÓN FEDERAL INTERPRETADA, 2012, p.4).

Al analizar el dispositivo constitucional antes descrito Felipe Dalenogare Alves entiende lo siguiente:

[...] a manutenção da soberania do Estado atual está diretamente ligada ao poder estatal em impor sua supremacia perante a grupos do crime organizado (interna) e, com o constante crescimento da globalização, a imposição de políticas internacionais efetivas, de forma que sobreponha o respeito do Estado brasileiro sobre a ótica da comunidade internacional, seja de cunho social, político, econômico, cultural e militar (externa) (ALVES, 2010, p. 3).

Respecto del principio I del artículo 4 de la Constitución Federativa de Brasil que versa sobre la independencia nacional, los redactores de la Constitución Federal Interpretada al comentar el contenido de este principio de referencia establecen lo siguiente:

Este inciso trae algo que, de cierta forma, ya fue establecido por el art. 1ro: la soberanía del Estado brasileño en el orden internacional. Brasil se puede decir, dispone de cierta soberanía en el orden sobre su pueblo y su territorio, así como dispone de independencia en el orden internacional, no sometiéndose a ningún tipo de sujeción o jerarquía en relación u otro Estado. CONSTITUCIÓN FEDERAL INTERPRETADA, 2012. p. 5)¹⁴

El ámbito de la soberanía y la independencia nacional en los términos precisados por los autores de la constitución Federal Interpretada, está íntimamente vinculada a la etapa de descolonización europea vivida por la mayoría de países que componen el sistema interamericano, esto es evidente cuando establecen la no sujeción a ningún otro Estado. Visto de otro modo, los conceptos de soberanía e independencia nacional no deben discriminar la posibilidad de que ciertas categorías de derecho, refiérase derechos humanos, puedan ser tutelados por organismos internacionales en virtud de la adopción de instrumentos internacionales,

Ley No. 9.474, del 22 de Julio de 1997, que define mecanismos para la implementación de estatuto de los refugiados de 1951, y determina otras providencias.

Antes de realizar los puntualizaciones debidas respecto de esta pieza legislativa, debemos establecer la pertinencia de tratar esta norma, debido a que y como habíamos advertido anteriormente, en una concepción material y doctrinal mayoritaria dentro

¹⁴Traducción nuestra.

derecho interno de Brasil esta norma no es aplicada para casos de asilo político por considerarse que el asilo político como figura jurídica de derecho internacional posee su propia fisionomía y de forma general no responde a las caracterizadas del refugio.

Sin embargo, la doctrina no es unánime en este sentido ya que otra tesis entiende que el asilo político no es más que una modalidad contenida en la definición misma del refugio acorde a las disposiciones de las normas que rigen la materia. El ACNUR respecto de este punto ha establecido que “[...] el asilo político corresponde a una forma concreta del asilo en genérico” (ACNUR, 2019).

Anteriormente ya habíamos referido que la República Federativa de Brasil suscribió La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados del 28 de julio de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, del 31 de enero del 1967 y, a los fines de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos por el Estado, el congreso Nacional sanciona la ley No. 9.274, del 22 de Julio de 1997, que define mecanismos para la implementación del estatuto de los refugiados de 1951, y determina otras providencias.

Para el abordaje del contenido de esta pieza legislativa daremos especial atención a aquellos aspectos que tienen mayor relevancia frente al objeto de investigación del presente trabajo, más, sin embargo, sin omitir aquellos aspectos de la ley que por su naturaleza sean importantes precisar a los fines de conocer el verdadero alcance de la norma de referencia.

En un primer momento la pieza legislativa acoge la definición de refugio tal y como se define el Estatuto de Refugiado, al establecer en su artículo primero (1) que:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (BRASIL, 1997)

Como cláusula de exclusión la ley establece categorías de personas a las que no califican para recibir la condición de refugiado, acorde señala la pieza, los siguientes:

Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:

I - já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR;

II - sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro;

III - tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;

IV - sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas. (BRASIL, 1997)

Acorde a los afectos de esta ley, una vez el individuo expresa su voluntad de buscar refugio opera una protección inmediata por parte del Estado brasileño y su sola presentación, entre otros efectos, suspenderá los trámites de extradición incoados por un Estado extranjero. Además de otorgársele una residencia temporaria hasta que se decida la suerte de petición. (BRASIL, 1997)

En una marcada diferencia respecto del asilo político, esta ley en su artículo 11 crea la Comisión Nacional de Refugiados (CONARE) cuya función esencial es analizar los pedidos de refugio y declarar en primera instancia la condición de refugiado o negación de la misma, de igual forma, dirigir y coordinar las acciones que resulten pertinentes a los fines de otorgar la debida protección, asistencia y apoyo jurídico a los solicitantes de refugio. Este organismo está compuesto por representantes de diferentes organismos gubernamentales. No obstante, la ley establece que el CONARE desarrollará sus labores no solo observando las disposiciones contenidas en El Tratado para los Refugiados, sino también, **deberá observar las demás fuentes de derecho internacional en favor de los refugiados** (BRASIL, 1997, grifo nuestro).

Aunque esta instancia es meramente administrativa y se encuentra adscripta al poder ejecutivo y pese a que sus miembros son nombrados por el presidente de la República, entendemos que esta forma de decidir a quienes reconocer el estatus de refugiado, es más idónea y acorde a la naturaleza del derecho que dejar en única y última instancia la suerte de la solicitud como ocurre en el asilo político.

En referencia al principio de no devolución consagrado en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el legislador brasileño estableció que el reconocimiento de condición de refugiado impedirá cualquier solicitud de extradición que

se fundamentare en los hechos en que se basare el asilo político o refugio. Mas aun, este impedimento será efectivo incluso cuando la solicitud de refugio no haya sido contestada. Para mejor edificación cito:

Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Art. 34. A solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, en fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Art. 35. Para efeito do cumprimento do disposto nos arts. 33 e 34 desta Lei, a solicitação de reconhecimento como refugiado será comunicada ao órgão onde tramitar o processo de extradição. (BRASIL, 1997)

Con estas disposiciones el legislador brasileño demuestra su intención de otorgar una hiperprotección a las personas que se encuentren en situación de persecución injusta, pues obliga al organismo encargado de la ejecución de estas políticas públicas referentes a la materia a observar el esquema internacional que rigen los derechos de esta naturaleza al momento no solo de implantar una política volcada a la protección de la integridad de estas personas bajo esta situación, sino también que al momento de decidir sobre la concesión o negación de la medida protectora.

Desde nuestra perspectiva, esta disposición implica una llamada de atención a todos los operadores del sistema que, por algún motivo dentro de sus jurisdicciones, les competa conocer algún asunto referente a los derechos de los extranjeros protegidos bajo la condición de refugiado; con especial atención al poder ejecutivo.

Punto al recalcar es que el ambiente regional existe países que no distinguen entre refugiado y asilo político debido a que su definición de refugiado no solo está cimentadas las disposiciones contenidas la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967, sino también en la Declaración de Cartagena de 1984, tal es el caso de República Argentina, República de Colombia, Estado Plurinacional de Bolivia entre otros (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 44). Por su parte, La República Federativa de Brasil al igual que los estados antes mencionados adoptó los tratados internacionales mencionados anteriormente.

4.3 Discrecionalidad Estatal en el asilo político como expresión de soberanía.

Aunque y como referimos anteriormente, en este caso en concreto debemos ver la discrecionalidad como una manifestación de la soberanía del Estado, sin embargo, para iniciar a desarrollar este título es necesario tener una aproximación más acabada del concepto de discrecionalidad y poder abordar la problemática que la misma entraña en materia de asilo político, para esto último, citaremos a Isabel Lifante Vidal cuando al referirse al concepto discrecionalidad jurídica lo define como:

[...] la libertad que tiene un órgano jurídico en la toma de decisiones para elegir entre diferentes opciones; y, por otro lado, el que esa libertad no es absoluta, sino que se encuentra delimitada por un cierto marco normativo. (LIFANTE, 2006, p. 414)

Entonces a los fines de ambientar la definición de discrecionalidad a nuestro objeto de estudio y tomando como referencia la definición aportada por Isabel Lifante Vidal establecemos que discrecionalidad **es la libertad que tiene la jefatura de Estado en la toma de decisiones para elegir diferentes opciones. Se agrega que en el caso de Brasil y referente a nuestro tema de investigación que, esta libertad de decidir es absoluta y no se encuentra delimitada por un cierto marco normativo.** (LIFANTE, 2006)

Como habíamos referido anteriormente en el transcurso de la presente investigación, el asilo político en el ordenamiento jurídico brasileño es una potestad discrecional del Estado que es si bien es ejercida atrevas del Ministerio de Justicia, en ultima y primera instancia es una facultad del presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado (BRASIL, 2019). Esta facultad de discreción que posee el Jefe de Estado brasileño al momento de decidir a quién se le brinda la protección estatal en función de la petición de un asilo político es de forma directa, una expresión de la soberanía del Estado.

En virtud de la consolidación en la praxis brasileña, apoyada de la doctrina clásica mayoritaria y sin realizar otras ponderaciones referentes a otros textos de carácter legal que podrían modificar la visión constitucional actual entorno al tratamiento del asilo político como figura jurídica, debemos enfatizar entonces que, como se ha colegido de los dispositivos tocantes al asilo político en el orden constitucional brasileño, el asilo político en Brasil es una facultad exclusiva del presidente de la República quien calificar discrecionalmente las causas que podrían dar lugar a la medida de protección. Este poder discrecional es tan **absoluto** que el Jefe de Estado de Brasil que aun el individuo demuestre con pruebas fehacientes que está siendo perseguido injustamente y su integridad

física está en peligro, aun en este caso, el Jefe de Estado no está obligado a otorgar el asilo político. Por consiguiente, como establecimos anteriormente estamos frente a un esquema de **control estatal concentrado** en la figura del presidente de la República.

Desde nuestra visión esta práctica discrecionalaria en materia de asilo político ejercida por el Estado brasileño colegida a raíz del concepto de soberanía Estatal, es un concepto arrastrado de la convención de la Habana sobre asilo político de 1928 y los instrumentos posteriores. Cabe resaltar que este instrumento internacional data de más de noventa (90) años de existencia, por tanto, estos instrumentos internacionales fueron estructurados bajo una visión clásica del concepto de soberanía Estatal.

A continuación nos dedicaremos a analizar si esa visión clásica del concepto soberanía sobre el cual está basada la práctica discrecionalaria ejercida por el Estado de Brasil frente a peticiones de asilo político, continua vigente pese al robustecimiento global y especialmente regional del derecho internacional sobre derechos humanos y más aún, ponderando con especial atención las implicaciones que contraen esta gama de derechos para los Estados que formen parte de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

4.4 Discrecionalidad – Soberanía, Derecho Internacional sobre Derechos Humanos

En el periodo absolutista, se colegia el concepto soberanía como un poder absoluto, supremo y de carácter exclusivo, inalienable e ilimitado concentrado en la persona del monarca. Este poder era afirmado por la iglesia, quienes veían al monarca como una extensión del poder dividido de aquí su carácter de ilimitado. (ALVES, 2010) (CIELO, 2015)

Sobre este poder ilimitado y exclusivo del monarca, que incluso se encontraba por encima de cualquier otra institución humana, Paulo Marcio Cruz comenta lo siguiente:

A idéia de Poder Soberano, no sentido de poder supremo e irresistível, desenvolveu-se historicamente na medida em que um dos poderes medievais, o do Rei, cresceu com a idéia do absolutismo, assumindo funções públicas em caráter de exclusividade, como a administração da justiça, emissão de moeda, manutenção de Forças Armadas, entre outras, o que o situava acima das demais instâncias de poder e organizações. (CRUZ, 2007, p. 7)

Sahid Maluf (1995) en Felipe Dalenogare Alves (ALVES, 2010, p.2) afirma que no existe Estado sin soberanía. A raíz este postulado y de cierta forma interpretando a Maluf, Alves establece que “Dessa forma, leva-se a concluir que ou o Estado é soberano

ou não é. Jamais existirá Estado soberano se não houver supremacia total e absoluta de sua soberania” (ALVES, 2010, p.2).

El mismo Sahid Maluf (2013) en Gabriel Biondes Nascimento (NASCIMENTO, 2019, p. 5) establece que “A soberania é uma autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder”. Imediatamente discordando este último de los postulados de Maluf establece que “Todavia, dentro do Estado Moderno, qualquer concepção que tome a soberania como poder ilimitado tente a padecer de incoerência”. (Idem Ibidem)

Afirma Jacques Maritain (1983) en Paulo Marcio Cruz (CRUZ, 2007, p. 73) respecto al concepto soberanía absoluta, lo siguiente :

[...]nem o primeiro elemento inerente à Soberania autêntica, ou seja, o direito *natural e inalienável* à independência e ao poder supremo, nem o segundo elemento inerente àquela, ou seja, o caráter “*absoluto e transcendentalmente supremo*” dessa independência e desse poder, que, na autêntica Soberania são supremos separadamente do todo governado pelo Soberano e, *por cima* desse todo, podem ser atribuídos de maneira alguma ao Estado Constitucional Moderno, que não é e nunca foi jamais autenticamente soberano. (Grifo del autor)

Para Ferrajoli en Paulo Marcio Cruz (CRUZ, 2007, p. 1) refiere que “Soberania é o conceito, ao mesmo tempo político e jurídico, em que confluem todos os problemas e contradições da teoria positivista do Direito e do Estado Constitucional Moderno”. Continúa estableciendo Paulo Marcio Cruz que:

, esteve vinculado à racionalização jurídica do Poder, no sentido de transformação da capacidade de coerção em Poder legítimo. Ou seja, na transformação do Poder de Fato em Poder de Direito, configurando um dos pilares teóricos do Estado Constitucional Moderno . (CRUZ, 2007, p. 70).

Para Norberto Bobbio en Paulo Marcio Cruz (CRUZ, 2007), el concepto soberanía puede ser visualizado desde dos esferas; desde una esfera ampliada o estricta. En una visión *lato*, el concepto soberanía está íntimamente ligado al poder político, pues en estos términos, por soberanía nos estaríamos refiriendo a un poder de mando de última instancia, siendo una sociedad política, este concepto se diferenciaría de las demás organizaciones humanas, por entender de que las mismas no tienen ese poder supremo. Sin embargo, en sentido estricto y con una conceptualización moderna, redefinición del concepto soberanía aparece en el siglo XVI junto con el con el estado absoluto caracterizada por una sustitución de los poderes intermediarios de los feudales, el poder Estatal estaría atado exclusivamente a la política (CRUZ, 2007, grifo del autor) (CARVALHO, 2017).

Con la superación del Estado absoluto y posteriormente la aparición del Estado Constitucional Moderno, el concepto soberanía ahora no estaría ligada a la persona del monarca, soberano o mandatario, sino que, el concepto soberanía fue transferida a la nación. Ese cambio supuso que con la declaración del concepto soberanía como base ideológica para sostener el criterio de independencia de cualquier poder exterior, se prohibió cualquier injerencia del poder extranjero en las decisiones interna de los Estados. Importante es resaltar que este periodo de caracterizo por las luchas por las independencias de las colonias. (CRUZ, 2007)

Al referirse a la superación del Estado Nacional Pablo Lucas Verdu (1986) en Kildare Gonçalves Carvalho entiende que

[...]uma crise do Estado nacional exige a criação e a administração de estruturas e institutos supranacionais de diversos tipos: econômico militar, cultural (...), de modo que questão da soberania se redimensiona principalmente no plano das relações exteriores. (CARVALHO, 2017, p. 22)

Los acontecimientos ocurridos antes, durante y después de la segunda guerra mundial modificaron la visión nacionalista del concepto soberanía, Cruz lo refiere de la siguiente forma:

A Soberania Nacional, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, passou a debater-se para conciliar-se com um fato inegável: as comunidades políticas – os Estados – passaram a fazer parte de uma sociedade internacional, regida por normas próprias. O Estado Constitucional Moderno Soberano encontrou-se, forçosamente, vinculado a obrigações externas, obrigações estas que tiveram origens muito diversas. Podem ter sido resultado de tratados bilaterais, de convenções multilaterais ou podem ter sido resultado da existência, reconhecida e consolidada, de uma prática costumeira no âmbito internacional (CRUZ, 2007, p. 71)

Como era de esperarse y ante los acontecimientos de la segunda guerra mundial, estas nuevas sociedades internacionales productores de normas no serían piezas decorativas en el derecho global, sino que las mismas, se organizan en estructuras que ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados pueden imponer una serie de sanciones por parte de los demás Estados que generalmente componen estas instituciones. Como medida perfeccionamiento, el derecho internacional paso a disponer de mayor cantidad de herramientas jurídicas y sobre todo económicas, a los fines de hacer cumplir esas sanciones. (Ibidem).

La trascendencia de estas normas internacionales es que consisten en tratados que:

[...] le otorgan al ser humano la titularidad de los derechos reconocidos en todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con la **legitimación como verdadero sujeto del Derecho Internacional, para hacer valer sus derechos fundamentales frente al Estado.** [...] La eclosión de los instrumentos y tratados sobre derechos humanos permitió su avance significativo en dos vertientes: en primer lugar, en la configuración de verdaderas obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, de respeto y garantía a los derechos de las personas. Se trata de una nueva concepción del Derecho Internacional, en donde las obligaciones que surgen no son para ser **cumplidas frente a otros Estados, sino para todas las personas bajo su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad.**

En segundo término, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos va a permitir a las personas reclamar el incumplimiento de tales obligaciones internacionales de los Estados, ante jurisdicciones internacionales de carácter judicial y, en otros casos, de órganos quasi judiciales. (VALLE, 2015, p. 523)

La creación de estas sociedades internacionales y las implicaciones que representan en referencia a las obligaciones vinculantes que de ellas emanan para el Estado Constitucional Moderno, no representan una transgresión de la soberanía de los Estados, sino más bien, los Estados asumen estos compromisos internacionales con base precisamente a su poder de consentir. En otros términos Hans Kelsen (1969) en Paulo Marcio Cruz (CRUZ, 2007, p. 73) refiere que “[...] em regra geral, pode-se dizer que o tratado não prejudica a soberania, já que, definitivamente, esta limitação se baseia na própria vontade do Estado limitado; mas ainda: em virtude desta limitação, fica assegurada a soberania estatal”. Por ende, el estado constitucional es el que voluntariamente asume esas obligaciones internacionales, condicionado de esta forma su accionar a los dispositivos internacionales. (CRUZ, 2007)

Establece Patrícia Fortes Lopes Donzele Cielo que “Realmente, se um Estado tem o poder de optar pela vinculação ou não a determinadas regras, ao invés de perder sua soberania pela sujeição à elas, estará fazendo uso da mesma, uma vez que nada lhe será imposto contra sua vontade.” (CIELO, 2015, p. -2)

El sentido de la voluntariedad debe ser resaltado en lo referente al consentimiento emanado de los Estados a los fines de incorporarse a nuevas comunidades transnacionales de las cuales emanan normas internacionales que suponen una clara limitación a la soberanía nacional. Confirmando la tendencia de que los Estados están pasando a reconocer la influencia del ambiente internacional en referencia en mayor grado a aquellas normas que son más universales. (CRUZ, 2007)

A modo de reflexión y tomando como referencia lo planteado inmediatamente anterior por Hans Kelsen, Cruz entiende que:

[...] as Constituições passaram a prever que o Estado Constitucional Moderno “soberano” poderia assumir voluntariamente obrigações internacionais. Dessa forma, ficaria ressalvada a doutrina da Soberania. Acrescente-se que essas obrigações dependeriam, pelo menos as mais importantes, da aprovação dos respectivos parlamentos representantes do povo. Mesmo que seja o Poder Executivo o encarregado de gerir as relações internacionais, passou a ser exigido que os tratados fossem aprovados pelos parlamentos. (Ibidem, p. 72)

Respecto de las tensiones que podrían surgir entre las constituciones nacionales y los tratados internacionales, Rebuben Hernandez Valle puntualiza lo siguiente:

En algunos ordenamientos, el problema no se plantea pues los tratados tienen jerarquía inferior a la Constitución y, en caso de conflicto entre aquellos y esta, prevalecerá siempre la Carta Política. Sin embargo, estos ordenamientos cada día son menos y existe una marcada tendencia, si bien no a otorgarles la misma jerarquía normativa de la Constitución, por lo menos a que esta sea interpretada a la luz de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. (VALLE, 2015, p. -535)

Establece Oliverio Mazzuolli (MAZZOULLI, 2002) citado por Patrícia Fortes Lopes Donzele Cielo (CIELO, 2013, p. 5) que “à medida que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada contratante, eles restringem sua soberania” Puntualizando Cielo que “Torna-se irreal considerar a soberania como ilimitada no plano das relações internacionais” (CIELO, 2013, p. 5)

Como resultado de esta nueva dinámica, el poder en el Estado Constitucional Moderno que en otros sistemas eran al monarca, a la nación, al pueblo y posteriormente al Estado, están en la actualidad, incluido el aspecto jurídico, traspasados en favor de otros entes. Es por esta razón que, la soberanía de los Estados en una visión contemporánea o actual, no es un concepto de característica inalterable, que incluso no pudiera ser entendido como un contenido permanente e indisoluble. En contrario, muchas de las atribuciones propias del Estado Constitucional Moderno en el ejercicio de su soberanía e independencia nacional, como son el legislar, tributar o juzgar, actualmente han sido transferidos a otras instancias internacionales. (CRUZ, 2007)

En términos parecidos se expresa Otto Eduardo Vizeu Gil cuando haciendo un análisis de la evolución del derecho en términos generales, reconoce la gran evolución que han experimentado el derecho en sentido general tanto en la rama publica como en la

esfera privada. Sin embargo, al referirse al desarrollo del derecho internacional afirma que la evolución de esta rama de derecho avanza y retrocede de una forma espantosa y llega incluso a señalar el ejercicio de soberanía Estatal como responsable directa de esa inestabilidad. Por esta razón entiende que “[...] não se concebe que o poder político que se irradia da soberania seja recebido como um poder absoluto e impermeável. Não deve ser assim. A soberania deve suportar a inflexão de uma atenuante que a fragiliza [...].” (GIL, 1998, p. 172).

Gil haciendo referencia al caso específico del ejercicio de la soberanía en Brasil entiende lo siguiente:

O Direito Internacional moderno está voltado para esse norte e parece certo que o capítulo pertinente à soberanía terá de ser repensado. O Brasil, que ainda pratica **um modelo antiquado, e insustentável**,[...] A integração da nossa Amazônia com a de nossos vizinhos,[...] o Brasil difficilmente vai poder exercer, nesse vasto e inóspito trato de terras, um tipo de soberanía que seja aceitável para os padrões do mundo civilizado. (GIL, 1998, p. 173 -grifo nuestro)

Entiende Rubén Hernández Valle que la soberanía de los Estados, las normas de jerarquización de fuentes normativas colegidas a través de la pirámide kelseniana, necesitan de un nuevo enfoque que los actualice de conformidad con los nuevos tiempos, de modo que, estas nuevas estructuras normativas sean capaces de enfrentar los retos que plantea la vida política. (VALLE, 2015, p. 521), por tanto, se “hace necesario revisar el contenido de algunos de los institutos constitucionales tradicionales, tales como la soberanía del Estado y la aplicación de la pirámide kelseniana en la jerarquización de las fuentes normativas”. (VALLE, 2015, p. 539)

Afirma Cruz que el concepto soberanía como lo concibe el Estado Constitucional Moderno Soberano está muriendo. Como prueba de ello, establece que en la actualidad existen en el ámbito político una contradicción entre el Estado Constitucional Moderno Soberano y la nueva realidad de que vivimos en un mundo multipolar, en el cual, se está experimentando una creciente transnacionalización de los procesos en las decisiones políticas (CRUZ, 2007). Se recuerda que la concesión del asilo político en Brasil es un acto de naturaleza política que emana de la Jefatura del Estado y de gobierno.

Entiende Cielo que “Na verdade, analisando a esfera das relações internacionais, percebe-se que para a coexistência pacífica entre os Estados é imprescindível a

limitação do atributo da soberania. É devido principalmente a este imperativo de coexistência pacífica que deve encontrar-se limitada a soberania, com o intuito de que um Estado não invada a esfera de ação dos outros Estados". (CIELO, 2013, p. 2)

Para Valle en la actualidad no podríamos hablar de **soberanía absoluta** debido a que la misma se encuentra limitada por efectos de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Valle afirma que hoy en día "estamos en presencia de una concepción democrática de la soberanía, que técnicamente se denomina **soberanía de los derechos** porque limita el poder de los Estados desde una doble fuente: la constitucional y la internacional, con el fin de proteger universalmente a las personas". (VALLE, 2015, p. 534)

Nos luce importante a los fines de esta investigación resaltar lo que establece Valle cuando habla de "soberanía de los derechos", es decir que, bajo esta nueva concepción de soberanía equivalente en este momento al poder de decidir discrecionalmente las causas del asilo político, no estaría regida por el Estado sino por la naturaleza y características propias del derecho invocado, por consiguiente, la centralización del poder decisario que en una tesis clásica correspondería al Estado, en materia de derechos humanos, este poder estaría subordinado al imperio de la fuente del derecho, dígase, los tratados internacionales.

4.5 Soberanía, Democracia y Corte Interamericana de Derechos Humanos

El nuevo esquema de derecho constitucional contemporáneo contrae una naturaleza democrática con una finalidad universal, ya que, se ha estado estructurando de manera paulatina como un derecho constitucional de los derechos que encuentra refuerzos en el ordenamiento jurídico interno de los Estados y en el derecho internacional de los derechos humanos, con el objetivo de consolidar un efectivo Estado de derecho. (VALLE, 2015).

Sin embargo, entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la democracia, em algunos casos, no puede ser el único elemento legitimador del accionar del Estado, cuando establece que:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención

Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”. [...] (Destacado no está en el texto original) (PORTO, 2015, p. 9)

En este esquema constitucional, el derecho estará condicionado por más de una vía normativa, de igual forma, su fuente de interpretación y protección correrá la misma suerte y se efectuará por más de una vía judicial. Esta noción es mejor explicada por Rubén Hernández Valle cuando expresa que:

En esta nueva realidad constitucional, los derechos tienen una doble fuente normativa: la constitucional y la internacional. Pero, además, su interpretación y protección se realiza también por una doble fuente judicial: la constitucional y la internacional, por cuanto los derechos están recogidos tanto en el texto constitucional como en los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos. Su particular estructura jurídica, de carácter principista y elástico, permite su desarrollo y evolución jurisprudencial tanto a nivel nacional como internacional. (VALLE, 2015, p. 526)

Valle afirma que los tribunales que funcionan a lo interno de los Estados tienen la obligación con especial atención en los tribunales constitucionales, de incorporar al ordenamiento jurídico interno aquellas interpretaciones de los derechos fundamentales que hayan sido adoptadas por tribunales de jurisdicción internacional. Siendo específico y refiriéndonos al plano regional, los tribunales nacionales deberán (con carácter obligatorio) adoptar las interpretaciones de derecho fundamentales conforme a las pautas establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (VALLE, 2015)

Refiriéndonos exclusivamente a los Estados Americanos que son parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos, la obligatoriedad de obedecer las decisiones que adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos esta prevista en el artículo 64 de la referida convención, cuando establece que:

Articulo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial. (Grifo nuestro)

En el caso específico de la República Federativa de Brasil la competencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos fue reconocida en fecha diez (10) de Diciembre del 1998, no obstante, Brasil era parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos desde el veinticinco (25) de septiembre del 1992 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

Por tal motivo entiende Valle, los tribunales que operan a lo interno de los Estados deben acoger las disposiciones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque establece que “[...] la aplicación de esa jurisprudencia internacional no puede ser necesariamente literal ni formularse de manera acrítica, sino que debe hacerse tomando en cuenta, cuando fuere del caso, las particularidades de cada legislación”. (Valle, 2015, p. 526)

Lo anteriormente establecido por Valle, tendría implicaciones puntuales referente al carácter *erga omnes* de las decisiones tomadas por las Cortes Internacionales. Valle entiende que el carácter *erga omnes* de las decisiones emitidas por tribunales internacionales solo operaría para casos específico en los cuales, dicha decisión contraiga “[...] obligación jurídica concreta, que se circumscribe al cumplimiento de una sentencia específica en cuyo proceso el Estado fue parte [...]”.

Para ilustrar esta noción, Valle indica que esto última operaría cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos dicta una sentencia que “[...] imponen obli-

gaciones específicas a los propios órganos jurisdiccionales, las cuales deben ser cumplidas sin ninguna objeción y sin poder invocar válidamente institutos como los de la cosa juzgada material, etc., tal y como lo han hecho los tribunales nicaragüenses para no acatar las sentencias[...]. En referencia a este caso específico Valle refiere que:

[...] la interpretación dada por el tribunal regional en esa sentencia particular, tiene efectos *erga omnes* hacia el futuro, no solo para los tribunales internos del país que fue parte en el proceso, sino también para los órganos jurisdiccionales de los restantes países signatarios del respectivo tratado. En el peor de los casos, las interpretaciones de los derechos humanos que haga el respectivo tribunal regional deben servir, al menos, como auxiliar o criterios interpretativos a ser tomados en cuenta por los tribunales internos. (VALLE, 2015, p. 528)

Sin embargo, Valle puntualiza que la tesis planteada anteriormente no es la posición dominante, establece que lo mayormente aceptado es que:

[...] las interpretaciones realizadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos tienen efectos generales que van más allá del fallo, tanto respecto del Estado implicado como respecto de terceros Estados. La razón para ello es que los tribunales regionales en la materia realizan no solo una función crucial de protección a la víctima, sino también cumplen con una función preventiva de proteger el interés general de naturaleza colectiva para el sistema de protección de los derechos humanos. (VALLE, 2015, p. 528)

Sebastián A. Rey haciendo referencia a los postulados de Ezequiel Maralino extraídos de la obra de Daniel Pastor denominada “Activismo judicial, privatización y nacionalización: tendencia antidemocráticas y antiliberales de la CIDHU” establece que “[...]una de las críticas que ha recibido la Corte IDH consiste en que cuando ordena a un Estado reformar su Constitución política se produce una clara intromisión en asuntos de exclusiva competencia estatal” (REY, 2012, p. 79). Esto último para muchos, sin lugar a duda representaría una violación a la soberanía de un Estado. (CARBONELL, 2011).

Atendiendo a este planteamiento, el Dr. Sergio García Ramírez ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al ser entrevistado por el abogado mexicano Miguel Carbonell, entiende lo siguiente:

[...]si una potencia extraña a nosotros o un grupo de potencias extrañas, creara un tribunal y ese tribunal pretendiera imponerle a México a través de ciertas decisiones sus criterios forzando al Estado Mexicano a darles cumplimiento pues si me parecería que habría una grave violación, una grosera violación de soberanía, pero si nosotros (Méjico) participamos soberanamente en el ejercicio de nuestra soberanía, no por

encima de ella o dejándola de algún lado, en la creación de una estructura jurídica de una convención, de un tratado internacional, si nosotros participamos en la construcción de un tribunal y si nosotros a través de sucesivos actos de soberanía llámesela participación en la convención o reconocimiento de competencia estamos aceptándola jurisdicción de ese tribunal, reconociéndolo soberanamente nosotros (mexicanos) como el tribunal interprete de la Convención Americana.., no veo cual puede ser la violación de la soberanía [...]. (GARCIA, 2011)

Pese a que varios países de América Latina como son los Estados Unidos Mexicanos, República Dominicana, República Oriental de Uruguay, República de la Argentina entre otros Estados de la región, han reconocido la vinculación en el orden jurídico interno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, otros Estados como La República Bolivariana de Venezuela y la República de Nicaragua rechazan la tesis de la vinculación pura y simple de las decisiones de la Corte IDH . En el caso particular de Venezuela su Tribunal Supremo de Justicia entiende que primero se debe realizar una ponderación de sus dispositivos constitucionales al establecer lo siguiente:

A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contrarién lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución” siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, estos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones... La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara” (VENEZUELA, 2007, p. 10).

En una posición parecida se expresa Alejandro Pastori Fillol cuando al analizar el caso “Gelman”¹⁵ reconoce en primera instancia la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la República Oriental del Uruguay, pues

¹⁵Los hechos del presente caso se iniciaron el 27 de junio de 1973, cuando se llevó a cabo un golpe de Estado, el cual se prolongó hasta el 28 de febrero de 1985. En esos años, se implementaron formas de represión a las organizaciones políticas de izquierda. En noviembre de 1975, se formalizó la “Operación Cóndor”, lo que facilitó la creación de estructuras militares paralelas, que actuaban de forma secreta y con gran autonomía. Esa operación fue adoptada como una política de Estado de las “cúpulas de los gobiernos

establece que este país se adhirió a la Convención Americana de los Derechos Humanos y posteriormente este país reconoció la jurisdicción de la Corte IDH mediante la promulgación de una ley a esos fines. Sin embargo, Filliol haciendo referencia a su derecho interno y específico a esa ley que sancionó la adopción de Uruguay a la CADH y el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte IDH, establece que:

[...] esa ley, como todas las leyes, debió ajustarse al marco constitucional y, si lo hubiera excedido, sería inconstitucional. Por lo tanto, la ley nunca puede aceptar la jurisdicción de un organismo que puede, eventualmente, dictar fallos contrarios a las normas de nuestra Constitución; si así lo hiciera, si aceptara que una Corte cualquiera pudiese dictar fallos contrarios a nuestra Constitución, esa ley que acepta la jurisdicción de la Corte sería en sí misma inconstitucional. Por lo tanto, el Uruguay –como los otros Estados– no estaría obligado a cumplir con fallos que nos condene a violar nuestra propia Constitución. Podemos modificar las leyes para ajustarnos al fallo recaído en nuestra contra, pero no violar las disposiciones de la Constitución. (FILLOL, 2011, p. 190)

El Dr. Sergio García Ramírez ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al ser entrevistado por el abogado mexicano Miguel Carbonell, respondiendo a la pregunta de que, si la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos obliga a las autoridades mexicanas, el Sr. García Ramírez establece lo siguiente:

[...] permita me usted Dr. Carbonell hacerle esta reflexión, no solo por lo que toca a las autoridades mexicanas o los tribunales mexicanos sino que, por lo que toca en general a los Estados que forman del sistema

de hecho”, y estaba dirigida, en ese entonces, por cuerpos castrenses principalmente de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil. María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, embarazada y de 19 años de edad, fue detenida el 24 de agosto de 1976 junto con su esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, en su residencia de Buenos Aires, por comandos militares uruguayos y argentinos, siendo Nora Eva Gelman liberada cuatro días después junto a Luis Eduardo Pereda. María Claudia García y Marcelo Gelman fueron llevados a un centro de detención clandestino, donde permanecieron juntos algunos días y posteriormente fueron separados. Marcelo Gelman fue torturado y ejecutado en 1976. En 1989, sus restos fueron descubiertos. María Claudia García fue trasladada a Montevideo de forma clandestina por autoridades uruguayas, donde dio a luz a una niña, que le fue sustraída a finales de diciembre de 1976.. Hasta el momento no se conoce sobre su paradero o el de sus restos. El 14 de enero de 1977, la hija de María Claudia de Gelman habría sido colocada en un canasto y dejada en la puerta de la casa de la familia del policía uruguayo Ángel Tauriño. Él y su esposa, quienes no tenían hijos, recogieron el canasto y se quedaron con la niña, registrándola como hija propia aproximadamente un año y medio más tarde. El 31 de marzo de 2000, a la edad de 23 años, María Macarena Tauriño tuvo por primera vez contacto con su abuelo paterno, Juan Gelman. Como consecuencia de lo anterior, María Macarena se sometió, el mismo año, a una prueba de ADN, a efectos de determinar el eventual parentesco con la familia Gelman, la que resultó en una identificación positiva de un 99,998%. Los hechos señalados nunca pudieron ser investigados ni sancionados por Uruguay, puesto que el 22 de diciembre de 1986, el Parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Dicha ley fue una amnistía en relación con los delitos cometidos en el periodo del régimen militar. (PORTO, 2015, p. 9)

interamericano que son Estados partes de la convención americana sobre derechos humanos y que han reconocido la competencia contenida de la corte, México es un caso de esos, así que, cuando yo diga acerca de los Estados en general.., pues sería aplicable al caso mexicano como al caso de otros muchos Estados que se encuentran en la misma situación. La Corte tiene atribuida la facultad por la Convención Americana que los Estados han suscrito, no es una convención emitida por la corte, ehh tiene la facultad de interpretar la Convención Americana, ósea, que fija los preceptos del alcance de la Convención Americana, es el intérprete ultimo y diría que único en principio en el ámbito internacional de la Convención Americana. Si un Estado se adhiere a la Convención Americana, si un Estado incorpora a su derecho la Convención Americana lo hace obligatorio, lo hace parte de su torrente jurídico digamos, las normas de la Convención Americana, está sujeta a ella por voluntad soberana y, por lo tanto, está reconociendo que ese tribunal, instituido por la Convención Americana, tiene la facultad de interpretar la Convención sin fijar el alcance de sus preceptos. En ese sentido, tan obligatoria es la Convención para los Estados como la jurisprudencia que sobre la Convención emite la Corte Interamericana interprete de este tratado internacional [...] (GARCIA, 2011))

En una posición idéntica a la expuesta por el Dr. Sergio García Ramírez y contrariando la visión de la Suprema Corte de Venezuela y los postulados de Filliol, Sebastián A. Rey establece que “[...] debe recordarse que un Estado no puede alegar su propia Constitución con el fin de eludir obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional o de tratados en vigencia” (REY, 2012, p. 80) y continua estableciendo que todos los Estados que son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen la obligación de observar internamente las disposiciones de la referida convención (REY, 2012). Esto último es lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos a denominado como “control de convencionalidad”.

El Dr. Sergio García Ramírez al definir el que es el control de convencionalidad establece que en “[...]su ámbito jurisdiccional que los jueces nacionales han de verificar la conformidad de los actos internos, particularmente las leyes internas, con la convención interamericana, de ahí la expresión control de convencionalidad [...] y deben hacerlo de forma oficiosa, es decir, sin necesidad que se les pida que lo haga [...]” (GARCIA, 2011). Si realizáramos una interpretación literal de lo antes expresado por el Dr. García Ramírez llegaríamos rápidamente a la conclusión de que el control preventivo de la convencionalidad es una atribución exclusiva del judicario, no obstante, esta afirmación sería incorrecta debido a las sentencias emitidas por la Corte IDH.

El Dr. Humberto Porto define control de convencionalidad como:

[...] la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia. (PORTO, 2015, p. 2)

La definición aportada por el Sr. Porto amplia en la esfera de incidencia del concepto control de convencionalidad, pues no solo entraña la obligación de observar las disposiciones contenidas en la convención Americana de los Derechos, sino también, las interpretaciones de ella realizadas por su órgano exclusivo de interpretación para fines vinculantes dígase, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Otra acotación importante que podemos extraer de lo indicado por el Dr. Ponto, es que dicho control de convencionalidad no solo vincula al judiciario, sino a todas las instituciones del Estado.

Este criterio ya ha sido recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias decisiones, a saber;

Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. 193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, **todos sus órganos, incluidos sus jueces**, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. 497. Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia “**todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’**”.

Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. 213. Además, ha dispuesto en el Caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños que el Estado debe asegurar que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de

otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador. **Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control “de convencionalidad”** ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

[...]

Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. 124. Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión [...] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. **En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.**

[...]

Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. 221. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos **sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, [...] están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad”** entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana. (PORTO, 2015, p. 10-14)

Entre otras muchas decisiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos a fijado, mantenido en el tiempo y robustecido el criterio de que es responsabilidad de los Estados miembros verificar el cumplimiento dentro no solo de las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino también, de las interpretaciones de este instrumento realizadas por el mismo órgano supranacional (Corte IDH). De igual forma, la Corte IDH ha sido categórica al establecer que el control de convencionalidad

no está ligado de forma exclusiva a uno u otro órgano del Estado, sino más bien, todos y cada uno de los órganos del Estado está en la obligación de cumplimiento de estos preceptos.

Por vía de consecuencia, la Jefatura del Estado brasileño está obligado en aplicar los preceptos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo al momento de decidir la suerte de una petición de asilo político, sino que, deberá observar estas disposiciones en el desarrollo del accionar Estatal relacionado a temas de asilo político en sentido general.

Soberanía y Relaciones internacionales.

El artículo 84 de la Constitución de la República Federativa de Brasil contiene las atribuciones del presidente de la República. De forma específica este artículo constitucional pasaría a definir una serie de competencias exclusivas del presidente de la República, sin esgrimir el hecho de que estas competencias pueden ser delegadas. El artículo 84, reza de la siguiente forma:

Seção II Das Atribuições do Presidente da República

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) [....]

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...] (BRASIL, 1988)

Los redactores de la Constitución Federal Interpretada sin hacer referencias a otros incisos que integran el artículo 84, establecen que:

Este dispositivo relaciona las atribuciones constitucionalmente reservadas al presidente de la República. Dígase de sus competencias exclusivas, ósea, de las tareas que solo pueden ser desempeñadas por el propio presidente. Sin embargo, es cierto que, de forma excepcional, algunas pueden ser ejercidas mediante delegación presidencial expresa, por otras autoridades, notablemente por Ministros de Estado, o Procurador General de la República o Abogado General de la Unión (art. 84 párrafo). En general, las competencias listadas en el art. 84 guardan directa vinculación con las *funciones* de jefe de Estado, jefe de Gobierno

y Jefe de Administración. Ósea, evidencia la adopción de sistema presidencialista de gobierno, que tiene como característica la concentración de tales *funciones* en apenas un titular. (CONSTITUCIÓN FEDERAL INTERPRETADA, 2012. p. 527)

Respecto del inciso VII del mismo artículo, los autores de la Constitución Federal Interpretada, establecen que:

La función de jefe de Estado, ejercida por el presidente de la República, implica la representación del país, en su totalidad por ante la comunidad internacional. En esa perspectiva, la Constitución reconoce al titular del Poder Ejecutivo la competencia exclusiva para “mantener relaciones con Estados Extranjeros”. Le compete también “acreditar sus representantes diplomáticos”. Así en el ámbito de las relaciones internacionales, el presidente de la República cuenta con representantes diplomáticos para representarlo en esa tarea. [...] (Ídem, p. 532)

Nuevamente en este plano jurídico el concepto de soberanía en una visión clásica, se erige como una columna central que soporta las competencias exclusivas otorgadas por la Constitución al presidente de la República en su doble condición de Jefe de Estado y de gobierno. Estas competencias no solo han sido reconocidas por la doctrina, sino que, la jurisprudencia y refiriéndonos de forma exclusiva al Supremo Tribunal Federal, ha emitido decisiones que consolidan la tesis de competencia exclusiva de la Jefatura de Estado frente a peticiones de refugio, asilo y extradición.

El Supremo Tribunal Federal al conocer de la petición de extradición formulada por el gobierno de la República de Colombia sobre el señor Francisco Antonio Cadena Collazos ou Oliverio Medina ou Camilo Lopez ou Cura Camilo decide mediante sentencia Ext. 1008 de fecha veintiuno (21) de Marzo del 2007, el pedido de extradición argumentando entre otros aspectos lo siguiente:

2. É válida a lei que reserva ao Poder Executivo – a quem incumbe, por atribuição constitucional, a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado – o poder privativo de conceder asilo ou refúgio. (BRASIL, 2007)

Nótese en una sentencia a propósito de un pedido de extradición, los magistrados que dictaron la decisión antes referida entienden que la suerte de las peticiones de extradición, asilo y refugio, es competencia exclusiva del Presidente de la República en su doble condición de jefe de Estado y de gobierno, bajo el criterio de que como respon-

sable de las relaciones internacionales de la República Federativa de Brasil con otros Estados y la comunidad internacional, es el único que por mandato constitucional le incumbe tomar decisiones de esta naturaleza.

Por consiguiente, cuando los doctrinarios y los magistrados se refieran a una de estas figuras dígase extradición, asilo y refugio en una perspectiva de atribución presidencial, cualquier tipo de razonamiento esgrimidos por estos debería ser interpretado como extensivo hacia las demás figuras, pues a nuestro modo de ver, desde la perspectiva de la competencia discrecional del presidente de la República todas estas figuras correrían la misma suerte, en virtud de que todas ellas ostentan en la configuración interpretativa de la norma brasileña, la categoría de medidas de cooperación internacional entre Estados.

Habiendo realizado esta acotación, nos luce prudente referir que los comentarios emitidos por el magistrado Ayres Britto en entrevista respondiendo al medio la *Folha de São Paulo* recogido en la sección noticias del website oficial del Supremo Tribunal Federal, estos comentarios fueron emitidos fuera de la formalidad del proceso de votación que caracteriza el procedimiento decisorio de los tribunales constitucionales, a saber:

Ayres Britto afirma que *corte tomou decisão unânime em caso semelhante há dois meses, dando ao presidente palavra final sobre extradição*

FERNANDO RODRIGUES [...]

Autor do voto mais polêmico durante o processo sobre a extradição do italiano Cesare Battisti, o ministro do STF (Supremo Tribunal Federal) Carlos Ayres Britto nega ter se decidido apenas agora sobre o tema. Ele foi a favor da extradição, mas também de dar o poder final ao presidente da República. Ayres Britto mostra um caso concreto, há dois meses, envolvendo um israelense, para justificar seu posicionamento. Agora, se Lula se decidir por não devolver Battisti à Itália, diz ele, o STF não terá mais o que fazer. "O STF não é tutor do presidente no plano das relações internacionais."

FOLHA - O seu voto foi único no caso Battisti: a favor da extradição, mas dando ao presidente a palavra final. Alguns críticos acham que o STF perdeu tempo. O sr. concorda?

CARLOS AYRES BRITTO - Não. É uma interpretação equivocada. No nosso sistema, de influência belga, não entramos no mérito da condenação. Apenas analisamos as condições do extraditando ser extraditado. Cabe ao presidente o poder discricionário de extraditar.

FOLHA - Críticos acham que esse conceito algo novo. É fato? AYRES BRITTO - Há dois meses nós julgamos um caso sobre a extradição de um israelense. A decisão foi unânime a favor da extradição. Eu fui o relator. As notas da sessão mostram como tudo o que se fala agora já estava expresso lá. O ministro Marco Aurélio, à época, perguntou se a decisão resultaria no "pedido de imediata entrega formulado pelo governo requerente". E responderia claramente que "imediata entrega, não; imediato cumprimento do acórdão". Como você pode observar nessas transcrições [mostra o documento], o ministro Eros Grau diz claramente: "A execução compete ao presidente".

FOLHA - Mas nesse caso não havia celeuma e Lula estava disposto a seguir a recomendação de extraditar. ... AYRES BRITTO - Mas essa é a competência do presidente.

FOLHA - A Itália deve reclamar da decisão do STF? AYRES BRITTO - A Itália está soltando foguetes com a nossa decisão. Não reclamou porque lá é assim também, como na França, Bélgica, Espanha e Suíça

FOLHA - Ao final do julgamento, o presidente do STF, Gilmar Mendes, teve um entendimento diverso sobre o poder discricionário do presidente da República em casos de extradição. Houve uma confusão? AYRES BRITTO - O ministro Gilmar, e também os ministros [Cesar] Peluso, [Ricardo] Lewandowski e Ellen Gracie discordaram dessa interpretação. Mas foi a primeira vez que disseram isso. Achavam que o STF deveria dar a palavra final para que a corte não se transformasse em um órgão de consulta.

FOLHA - E não foi o que acabou acontecendo?

AYRESBRITTO-Não. O STF tem poder para proibir a extradição. E quando a extradição é possível, a última palavra é do presidente condicionadamente à palavra do STF de que isso é certo.

FOLHA - Por que então Mendes não entendeu dessa forma ao final, mesmo após os votos proferidos? AYRES BRITTO - Talvez por causa do voto de Eros Grau. Ele leu um trecho do tratado entre Brasil e Itália sobre o tema, onde se fala que por "ponderáveis razões" as partes poderiam negar a entrega do extraditando. (Brasil, 2009)

FOLHA - O que acontece se houver eventual recusa de extradição? AYRES BRITTO - Se o presidente entender que há "ponderáveis razões" para não haver a extradição, ele não entrega. E não cabem reclamações ao STF. O Supremo não é tutor do presidente no plano das relações internacionais. O presidente responde pelos seus atos perante a comunidade internacional, perante o Estado que foi parte no tratado, e, no limite, perante o Congresso. O STF está fora.

FOLHA - Nos dias que precederam o julgamento houve informação nos bastidores sobre influência que o sr. poderia ter sofrido do governo e do advogado Celso Bandeira de Mello, seu amigo. O que aconteceu? AYRES BRITTO - Se eu tiver de sofrer uma influência mais forte é muito mais da choupana do que do palácio. Bandeira de Mello defendeu que era crime político e eu votei contra.

FOLHA - E o Planalto? AYRES BRITTO – [rindo]

E a minha decisão foi boa para o Planalto? Todos falam que Lula ficou em uma sinuca de bico.

FOLHA - Não haverá uma crise entre Executivo e Judiciário se o presidente se decidir por não extraditar, até porque será algo inédito?
AYRES BRITTO - Será inédito, mas não será ilegal, não será inconstitucional. Não creio em crise. (FOLHA DE S. PAULO, 2009, online)

Esta entrevista fue dada por el Magistrado Britto en virtud del juzgamiento del pedido de extradición formulado por la República Italiana en contra del señor Cesaere Battista.

En el relatorio de la sentencia que decide sobre el pedido de extradición No. 1085, en conjunto con la reclamación no. 11.243, el Juez relator Ministro Juez Fux recoge la posición de la República de Italia y transcribe lo siguiente:

RECLAMAÇÃO. PETIÇÃO AVULSA EM EXTRADIÇÃO. PEDIDO DE RELAXAMENTO DE PRISÃO. NEGATIVA, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DE ENTREGA DO EXTRADITANDO AO PAÍS REQUERENTE. FUNDAMENTO EM CLÁUSULA DO TRATADO QUE PERMITE A RECUSA À EXTRADIÇÃO POR CRIMES POLÍTICOS. DECISÃO PRÉVIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONFERINDO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA A PRERROGATIVA DE DECIDIR PELA REMESSA DO EXTRADITANDO, OBSERVADOS OS TERMOS DO TRATADO, MEDIANTE ATO VINCULADO. PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO ANTE A INSINDICABILIDADE DO ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PROCEDÊNCIA. ATO DE SOBERANIA NACIONAL, EXERCIDA, NO PLANO INTERNACIONAL, PELO CHEFE DE ESTADO. ARTS. 1º, 4º, I, E 84, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATO DE ENTREGA DO EXTRADITANDO INSERIDO NA COMPETÊNCIA INDECLINÁVEL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LIDE ENTRE ESTADO BRASILEIRO E ESTADO ESTRANGEIRO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESCUMPRIMENTO DO TRATADO, DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE SOMENTE VINCULA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM CASO DE INDEFERIMENTO DA EXTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE EXECUTORIEDADE DE EVENTUAL DECISÃO QUE IMPONHA AO CHEFE DE ESTADO O DEVER DE EXTRADITAR. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (ART. 2º CRFB). EXTRADIÇÃO COMO ATO DE SOBERANIA. [...]. CAPACIDADE INSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO CHEFE DE ESTADO PARA PROCEDER À VALORAÇÃO DA CLÁUSULA PERMISSIVA DO DIPLOMA INTERNACIONAL. VEDAÇÃO À INTERVENÇÃO DO

JUDICIÁRIO NA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA. ART. 84, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. (BRASIL, 2016, p. 2-4)

Desde aquí se advierte que es evidente que el presidente de la República al decidir sobre la petición de extradición solicitada por la República de Italia, actuó en pleno uso de las competencias colegidas a partir de los dispositivos constitucionales que configuran los principios de soberanía, Independencia y las disposiciones relativas a la potestad exclusiva del presidente como máximo responsable de las relaciones internacionales de Brasil con los demás Estados y la comunidad internacional.

El mismo Supremo Tribunal Federal se ha pronunciado en favor de esta tesis al establecer que “A Soberania Nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo Presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior”. (BRASIL, 2011, p. 4)

Entendiendo el STF que ambas expresiones de la soberanía Estatal forman cierta dicotomía al ejercerse desde dos esferas diferentes, pero íntimamente vinculadas, es decir, la soberanía se expresa tanto de forma interna como externa. Esta dicotomía tiene su primera expresión en la elección que realiza el pueblo al elegir a sus representantes y los coloca em las diferentes instancias de poder; en un segundo plano y referencia a la esfera internacional, el pueblo se expresa a través del Jefe de Estado brasileño, dígase, el presidente de la República. (BRASIL, 2011)

STF al referirse a la extradición que al igual que el asilo político es una figura de cooperación internacional, desde la perspectiva de la competencia decisoria respecto de los poderes públicos, refiere lo siguiente

A extradição não é ato de nenhum Poder do Estado, mas da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público externo, representada na pessoa de seu Chefe de Estado, o Presidente da República. A Reclamação por descumprimento de decisão ou por usurpação de poder, no caso de extradição, deve considerar que a Constituição de 1988 estabelece que a soberania deve ser exercida, em âmbito interno, pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e, no plano internacional, pelo Chefe de Estado, por isso que é insindicável o poder exercido pelo Presidente da República e, consequentemente, incabível a Reclamação, porquanto juridicamente impossível submeter o ato presidencial à apreciação do Pretório Excelso. (BRASIL, 2011, p. 6)

En consonancia con esta tesis los magistrados del Supremo Tribunal Federal entienden que:

“A decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau”. Do voto do Min. Eros Grau extrai-se que “O conceito de ato vinculado que o relator tomou como premissa (...) é, no entanto, excessivamente rigoroso. (...) o conceito que se adotou de ato vinculado, excessivamente rigoroso, exclui qualquer possibilidade de interpretação/aplicação, pelo Poder Executivo, da noção de fundado temor de perseguição”. (BRASIL, 2011, p. 11)

La única vinculación hacia la Jefatura del Estado brasileño que los jueces del Supremo Tribunal Federal en opinión dominante establecieron en el conocimiento de la extradición no. 1085, es cuando existe algún tipo de irregularidad en la petición de la extradición, no dando curso por este motivo al pedido de extradición, imposibilitando que el presidente de la República tenga competencia para decidir si extradita o no al individuo. (BRASIL, 2011)

Continua recalando el STF que él es “O Chefe de Estado é a figura constitucionalmente capacitada para interpretar a cláusula do Tratado de Extradição, por lhe caber, de acordo com o art. 84, VII, da Carta Magna, “manter relações com Estados estrangeiros”. A qui vale comentario y es que, la competencia reconocida por el STF en favor del Jefe de Estado podría ser colegido bajo un criterio interpretación extensiva que no solo es tocante a la figura de la extradición propiamente dicha sino a otras figuras que se encuentren dentro de su mismo estatus, dígase, asilo político.

De forma específica entendemos pues que, bajo la tesis de competencia formulada por el STF a raíz de las disposiciones del artículo 84 (sobre las competencias del jefe de Estado) de la Constitución de Brasil, el Jefe de Estado podría decidir bajo un mismo criterio discrecional tanto las peticiones de extradición como las peticiones de medidas protectoras refiérase asilo político, pues ambas dentro del ordenamiento jurídico Brasil brasileño están enmarcadas como figuras de cooperación internacional.

Precisamente en el plano político de las decisiones políticas¹⁶ el STF ha reconocido que solo el presidente de la República puede tomar decisiones de carácter político en el plano internacional, al establecer que:

¹⁶ Recuérdese en este punto que en la visión jurídica brasileña el asilo político es medida meramente política en el plano de las relaciones internacionales

O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, in casu, a noção de capacidades institucionais[...] (BRASIL, 2011, p. 7)

El ministro Gilmar Méndez en su voto sobre conocimiento de la extradición no. EXT 1.085 PET-AV al analizar las competencias en materia de extradición que tendría el Jefe de Estado cuando media un tratado con otro Estado, recoge la tesis de TIBÚRCIO, Carmen & BARROSO, Luis Roberto y afirma que:

[...]Observe-se, entretanto, que, em havendo tratado de extradição entre o Brasil e o Estado requerente, fica o Presidente da República obrigado a conceder a extradição, uma vez autorizada pelo Supremo, sob pena de violar obrigação assumida perante o direito internacional

Portanto, ante a existência de tratado bilateral de extradição, deve o Poder Executivo cumprir as obrigações pactuadas no plano internacional e efetivar a extradição, se assim prescreveu a decisão do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2011, p. 50)

A nuestro modo de ver esta posición del ministro Gilmar Mendes contraería reflejos importantes en lo que respecta al grado de discrecionalidad decisorio de que tendría la Jefatura de Estado frente a peticiones no solo de extradición sino también de Asilo Político. En suma, el ministro Méndez está planteando que un tratado internacional comprometería la soberanía expresada en la discrecionalidad con la cuenta actualmente el presidente de Brasil al momento de ejercer las competencias colegidas a raíz de los dispositivos constitucionales tocantes a la soberanía, independencia nacional y las relaciones internacionales, proponiendo que el tratado sujetaría a las decisiones tanto de Estado como de Gobierno.

En síntesis, general esta ha sido la posición mayoritaria del STF frente a las competencias decisorias que tiene el jefe de estado brasileño frente solicitudes de extradición y por vía de extensión dicha visión podría ser aplicada a las solicitudes de asilo político por estar enmarcada esta último, como principio de cooperación internacional del Estado brasileño con los demás Estado y la comunidad internacional.

4.6 Ley No. 13.445 del 24 de Mayo del 2017, que Instituye la Ley de Migración.

A los fines de tratar el contenido de esta ley relevante a nuestro objeto de estudio, nos limitaremos a ponderar las menciones que realiza esta pieza legislativa y

poder establecer si la misma postula alguna diferencia entre los conceptos de refugio y asilo (político).

El artículo 20 de esta ley establece la facilidad al solicitante de asilo de agotar el proceso de pedido con los documentos que posean, ya que, como bien entendió el legislador es una medida de “acolhimento humanitário”. No obstante, a pesar de que el legislador reconoció el carácter humanitario del asilo político deja a la discreción del poder ejecutivo la emisión de la residencia (entendemos que definitiva) cuanto en su artículo 30, establece que:

Art. 30. A residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiriço ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses:

[...]

II - a pessoa:

[...]

e) seja beneficiária de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida;

[...] (BRASIL, 2017)

Entendemos que el artículo que antecede se refiere a la residencia definitiva a causa de que el artículo 31 inciso § 4º establece que “O solicitante de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida fará jus a autorização provisória de residência até a obtenção de resposta ao seu pedido”. Por otra parte, acorde a las disposiciones del Art. 82, no se podrá conceder extradición en caso de que el individuo fuere beneficiado de refugio o de un asilo político en la modalidad exclusivamente territorial

A pesar de las previsiones protectoras que contiene la presente ley, esta recoge la visión doctrinaria sobre las competencias decisorias discretionales en favor del Estado frente a peticiones de esta naturaleza, de forma específica el artículo 27 y siguientes, rezan de la siguiente forma:

Seção III Do Asilado

Art. 27. O asilo político, que constitui ato discricionário do Estado, poderá ser diplomático ou territorial e será outorgado como instrumento de proteção à pessoa.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre as condições para a concessão e a manutenção de asilo.

Art. 28. Não se concederá asilo a quem tenha cometido crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 .

Art. 29. A saída do asilado do País sem prévia comunicação implica renúncia ao asilo.

Sin embargo, la anterior ley nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 que define la situación jurídica del extranjero en Brasil, crea el Consejo Nacional de Inmigración y otorga otras providencias, no establecía esta prerrogativa en favor de Estado.

4.7 Resolución Normativa nº 06/1997, con las alteraciones promovidas por la Resolución Normativa nº 91/2010 do Consejo Nacional de Inmigración - CNIg.

Básicamente esta resolución está conformada por un artículo el cual, trata sobre ciertas condiciones por las cuales se le otorgara la permanencia definitiva a los individuos que viven en Brasil bajo la categoría de refugiados y asilados, cito:

Art. 1º - O Ministério da Justiça resguardados os interesses nacionais, poderá conceder a permanência definitiva ao estrangeiro detentor da condição de refugiado ou asilado, que comprovadamente, preencher um dos requisitos abaixo:

- a. residir no Brasil há no mínimo cuatro años na condição de refugiado ou asilado;
- b. ser profissional qualificado e contratado por instituição instalada no país, ouvido o Ministério do Trabalho;
- c. ser profissional de capacitação reconhecida por órgão da área pertinente;
- d. estar estabelecido com negócio resultante de investimento de capital próprio, que satisfaça os objetivos de Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração relativos à concessão de visto a investidor estrangeiro;

Lo importante a resaltar de esta resolución es que crea una serie de opciones para que el asilado político y refugiado se le permita obtener la residencia definitiva y, en consecuencia, puede desarrollar un proyecto de vida dentro del territorio brasileño. Aquí tenemos que hacer una acotación importante, en principio la naturaleza del asilo político y retomando lo anteriormente expuesto, tiene una naturaleza temporal hasta que el individuo pueda retornar a su territorio. Asimilando esto último, entendemos que esta resolu-

ción busca no dejar en incertidumbre el **proyecto de vida de un individuo** cuyos fundados temores de persecución por los que abandonó su país de residencia, aún no han desaparecido en más de cuatro (4) años.

En este último caso, podríamos en principio entender que conforme a la configuración del derecho de asilo político en el ordenamiento brasileño, aunque el Estado ha concedido una residencia definitiva aun retendría la posibilidad discrecional de revocar el asilo y nos preguntamos cómo mediaría esta parte frente al proyecto de vida del individuo como un posible derecho humano. (BRASIL, 2017)

Decreto 9199/17 | Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017, Reglamenta la Ley nº 13.445, de 24 de mayo de 2017, que instuye la Ley de Migración.

Los artículo arts. 108 y 112 reafirman la calificación unilateral por parte del Estado brasileño de las causas del asilo político, cuando establece que:

O asilo político, que constitui ato discricionário do Estado, poderá ser diplomático ou territorial e será concedido como instrumento de proteção à pessoa que se encontre perseguida em um Estado por suas crenças, opiniões e filiação política ou por atos que possam ser considerados delitos políticos”

[...]

Compete ao Presidente da República decidir sobre o pedido de asilo político e sobre a revogação de sua concessão, consultado o Ministro de Estado das Relações Exteriores.” respectivamente. Este reclamamento mantiene que el asilo puede ser tanto territorial como diplomático (BRASIL, 2017).

Respecto del asilo diplomático dispone una serie de lugares donde puede ser solicitado entre los que incluye legaciones, navíos de guerra, campamentos y aeronaves militares. Pero para no crear confusiones respecto del términos “legaciones” el reglamento pasa a describir que “considera-se legação a sede de toda missão diplomática ordinária e, quando o número de solicitantes de asilo exceder a capacidade normal dos edificios, a residência dos chefes de missão e os locais por eles destinados para esse fim”.

El asilo diplomático en la normativa brasileña tiene un carácter meramente transitivo hasta que el individuo sea llevado al Estado nacional. Mientras que el individuo se encuentre en un local del Estado brasileño deberá acatar algunas que les serán impuestas por el Estado a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El reglamento garantiza el principio de “No devolución” al establecer en su artículo art. 113 que “Em nenhuma hipótese, a retirada compulsória decorrente de decisão denegatória de solicitação de asilo político ou revogatória da sua concessão será executada para território onde a vida e a integridade do imigrante possam ser ameaçadas”.

Establece el reglamento que en virtud de las disposiciones contenidas en el decreto no. 4.388, de 2002, que promulga el Estatuto de Roma de Tribunal Penal Internacional, no se concederá asilo político a los individuos quienes hayan cometido crímenes de genocidio, crimen contra la humanidad, crimen de guerra o crimen de agresión.

Por su parte la Policía Federal órgano adscripto al Ministerio de Justicia establece en su portal los requisitos materiales que deben presentar los solicitantes a los fines de tramitar su conocimiento, a saber:

2) Documentos necessários

Documentos necessários para efetivação do registro do imigrante que teve asilo político concedido:

- Duas fotos 3x4, recentes, coloridas e com fundo branco;
- Declaração de endereço eletrônico e demais meios de contato (anexo XIX da Portaria Interministerial nº 3/2018);
- Documento de viagem ou documento oficial de identidade, se dispuser;
- Certidão de nascimento ou casamento ou certidão consular, se dispuser e desde que o documento de viagem ou documento oficial de identidade não trouxer dados sobre filiação;
- Comprovante da decisão da Presidência da República que concedeu asilo político ao interessado ou, na sua ausência, declaração sobre a mesma, hipótese em que a unidade da Polícia Federal buscará sua confirmação.
- Comprovante de pagamento da taxa de emissão de CRNM, quando aplicável (código de receita 140120, no valor de R\$204,77).

En estos trámites de tipo administrativo no profundizaremos, nuestro objeto es mostrar en esta parte de la investigación el asilo político dentro del ordenamiento jurídico brasileño en sus diferentes escenarios, tanto en el plano formal como en el plano material.

5. EXPOSICIÓN DE CASOS

A modo de complementar todo el abordaje realizado anteriormente y con la intención llevar esta discusión a un escenario meramente material y práctico, nos proponemos abordar dos situaciones específicas, en las cuales, se permite apreciar el alcance de la facultad discrecional del ejecutivo brasileño. En un primer caso expondremos la situación atravesada por dos (2) atletas cubanos desertores en los Juegos Panamericanos Rio 2007 y el caso del activista de izquierda italiano Cesare Battisti. Elegimos estos casos por ser dos de los más comentados y que más alto impacto han generado en la comunidad jurídica brasileña, pues pudieran sugerir una conexión entre las decisiones adoptadas por el ejecutivo en correspondencia con la ideológica política que imperaba en el gobierno de turno.

5.1 Caso Cubanos desertores juego panamericanos Rio, 2007

Los Juegos Panamericanos (PANAM) es el evento deportivo más grande que se celebra en el continente y reúne a atletas de distintas disciplinas de todos los países exclusivamente ubicados en el Continente Americano. Esta competencia deportiva se celebra cada cuatro (4) años, eligiendo como sede ciudades pertenecientes a países de la región panamericana. Para la celebración de los PANAM del año 2007, la ciudad sede de este importante evento fue Rio de Janeiro, Brasil (RIO 2007).

En esta justa deportiva al igual que la mayoría de los países americanos, Cuba envió una delegación de atletas que representaría al país caribeño en las distintas disciplinas contempladas en la competencia. Entre los atletas enviados por Cuba, figuraban los boxeadores Guillermo Rigondeaux, en la categoría 54 kg y Erislandy Lara en la categoría de hasta 69 kg.

Ambos boxeadores en otras competiciones internacionales ya habían mostrado un nivel muy alto de desempeño, por un lado, Guillermo Rigondeaux se había coronado como bicampeón olímpico en la categoría 54 kg, por el otro Erislandy Lara, lograba coronarse como campeón mundial hasta 69 kg, lo cual, les daba la visibilidad suficiente como para que empresas ligadas al entretenimiento deportivo se interesaran en ellos. (FOLHA.UOL, 2007)

Ambos boxeadores decidieron desertar de la delegación cubana abandonando la villa Panamericana el veintidós (22) de Julio del 2007, incluso antes de agotar su participación en esta versión de los Juegos Panamericanos Rio 2007. Señalan las fuentes que la decisión de desertar fue tomada por la idea de ambos de boxear en Europa de la mano de una empresa alemana de nombre Arena Box. (GLOBOESPORTE, 2007) (JORNALNACIONALGLOBO, 2007)

Referente a la fuga dice Florisbal de Souza Del'Olmo (2010, p. 107) que:

A fuga dos boxeadores irritou o ditador Fidel Castro, no poder há quase meio século, que os chamou de traidores e, o Brasil, de substituto dos Estados Unidos. A sucessão dos fatos evidenciou que no exíguo lapso de 48 horas, iniciado com a detenção já aludida, Castro solicitou que os atletas voltassem a seu país aonde receberiam tratamento humano e emprego digno;

Tal fue el enojo del entonces jefe del gobierno cubano (Fidel Castro) que el Jornal Nacional Globo (2007) revela que el señor Castro manifestó lo siguiente:

O atleta que abandona sua delegação é como o soldado que abandona seus companheiros no meio do combate", afirma no texto que tem o título "A constância escrita", no qual promete a publicação em breve de uma entrevista dos pugilistas sobre sua "insólita aventura". (JORNALNACIONALGLOBO, 2007, grifo del autor)

Ante el pedido realizado por Castro, la Policía Federal apresa a los dos (2) boxeadores en la localidad de Araurama, en la región de los Lagos, Estado Rio de Janeiro. Posteriormente en fecha cuatro (4) de agosto de 2007, el gobierno brasileño dirigido por la entonces presidenta Dilma Rousseff realizó entrega pura y simple de los atletas al gobierno cubano, bajo el alegato de que:

o Brasil declarou que os jovens queriam retornar a Cuba e que eles não haviam solicitado asilo; que estavam irregulares no país e que seriam deportados; e a entrega dos mesmos a Cuba, para onde seguiriam em aeronave especial com prefixo da Venezuela.

[...]Essa pressa no afastamento de Rigondeaux e Lara do Brasil não tem precedente na história do país, embora o Ministro Tarso Genro venha reiterando ter sido cumprida a vontade dos atletas (Del'Olmo, 2010, p. 107)

La irregularidad argumentada por el gobierno fue la ausencia de pasaporte al momento de la detención. En referencia a esto último, comenta Del'Olmo que es de común conocimiento que, por normas de la isla de Cuba, cuando los atletas salen a estas competencias el jefe de la delegación retiene sus pasaportes a los fines de evitar la libre

circulación de los mismos en un país extranjero, más aun, los atletas cubanos igual que todos los demás al llegar a Brasil recibieron permiso para permanecer en Brasil por cuarenta y cinco (45) días. (Del'Olmo, 2010)

Es importante resaltar el comentario de Del'Olmo (2010, p. 107) cuando recoge de forma crítica la postura del entonces Ministro de Justicia Tarso Genro, quien afirma que la entrega de los Atletas obedeció a la expresión de su voluntad y enfatiza Del'Olmo que la forma tan apresurada en la que se produjo la entrega de los púgiles a la isla de Cuba no tiene precedente en la historia de Brasil. A nuestro modo de ver esta última expresión pone en dudas la veracidad de la versión oficial del gobierno brasileño silero, más aun, cuando pasamos a analizar el hecho de la captura y observamos que los deportistas fueron buscados por la policía federal y apresado en el acto, entonces pensamos que si su deseo era irse a Cuba hubieran optado por métodos menos lesivos para ellos.

Continúa estableciendo de Del'Olmo que entrega por parte del ejecutivo brasileño a las autoridades de la isla de Cuba de los atletas, concitó la atención de la sociedad brasileña por la percepción de connotación política que pudo haber producido el acto de entrega, afirmando que este acto de entrega puede ser asimilado como extradición inadmitida. (Del'Olmo, 2010)

Siendo una extradición inadmitida refiere que la antigua ley de migración, dígase, la ley no. 6.964 sobre el Estatuto del Extranjero en Brasil en su artículo 63 establecería que: “Não se procederá à deportação se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira.” Bajo la tesis de extradición inadmitida Del'Olmo establece que en casos de esta naturaleza:

O Supremo Tribunal Federal definirá os casos em que a deportação (ou, também, a expulsão) poderá implicar riscos à liberdade ou à vida dessa pessoa, que seria em seu país julgada e ou condenada por motivo político. O interesse do país (in casu o Brasil) no afastamento do estrangeiro indesejado é enviá-lo a terceiro país, no qual ele não corra o risco de pena a que não estaria sujeito no Brasil. (Del'Olmo, 2010, p. 113)

El régimen que en otro momento había amenazado con prohibir que los boxeadores a representaran a Cuba en un evento internacional, cumplió su promesa y los púgiles no volverían a ser vistos representando a la isla en ninguna competencia interna-

cional. Por esta razón para el 2009, ambos boxeadores ya habían abandonado Cuba dirigiéndose a la ciudad de Miami, Florida en los Estados Unidos de América. (CONJUR, 2009)

Ante la huida de la isla de Rigondeaux, su entonces esposa rindió declaraciones a la prensa y señala lo siguiente:

Tinha o anseio, a esperança de que lhe dessem uma nova oportunidade, e era isso o que estava esperando, mas nada lhe disseram

[...] Ele não queria ir, por isso acho que foi uma decisão de última hora. A única coisa que desejo é que ele esteja bem, e que agora se sinta verdadeiramente como gostaria de estar, lutando, que é o que gosta de fazer

[...] Ele sofria, pois o fato de ter cometido um erro não implicava em ser afastado como se fosse uma peste (...). Ele se arrependeu muito do que fez (GLOBOESPORTE, 2009)

En el 2018 transcendió la noticia de que ambos boxeadores se encontraban entrenando juntos en la ciudad de Houston, Estado de Texas en Estados Unidos de América.

5.2 Caso Cesare Battisti.

El señor Cesare Battisti fue un activista de izquierda que nació el dieciocho (18) de diciembre de 1954 en el sur de la República de Italia en una familia comunista pero también católica. El señor Battisti fue condenado varias veces en su natal Italia en varias ocasiones por crímenes comunes y al final de los años de 1970, tomó parte de la lucha armada dentro del grupo denominado Proletarios Armados por el Comunismo (PAC). ¹⁷. (CORREIOBRAZILIENSE, 2019) y (G1. GLOBO, 2010).

¹⁷ Grupo considerado terrorista pelas autoridades italianas.

O PAC surgiu durante os chamados “anos de chumbo” da Itália, período em que movimentos de extrema esquerda e extrema direita comandavam ações armadas – como assaltos – e cometiam atentados terroristas. Estima-se que mais de 150 pessoas morreram nesses confrontos políticos.

O PAC foi criado entre 1976 e 1977 na Lombardia, no norte da Itália. Tinha aproximadamente 60 membros e encerrou suas atividades em 1979.

Na época, a política italiana era controlada pelo Partido Democrata-Cristão, que conseguia formar maioria no parlamento e indicar o primeiro-ministro ininterruptamente desde 1946. Apesar de estar em um regime democrático, Battisti afirma que a política do país não era pacífica, fator que ele identifica como causa para a proliferação de grupos armados na Itália, como o PAC (NEXOJORNAL, 2017)

Recoge el diario Correo Braziliense (2019) que Battisti declaró en el 2011 lo siguiente:

"Tentar mudar a sociedade com as armas é uma estupidez, mas bom, naquela época todo mundo tinha pistolas", [...] "Havia guerrilheiros no mundo inteiro, a Itália vivia uma situação pré-revolucionária", acrescentou. (Idem Ibidem)

Para el año de 1979 el señor Battisti es llevado a prisión en Milán, Italia como parte de una investigación que procuraba esclarecer la muerte de un joyero, posteriormente fue acusado de otros tres (3) crímenes más. Sin embargo, para el año de 1981, Battisti es condenado a permanecer en prisión durante 12 año y 10 meses bajo los cargos de “participación en grupo armado” y “ocultamiento de armas”, él se escapa de la cárcel “Frosinone” que estaba ubicada cerca de la Capital Italiana, dígase, Roma y se refugia temporalmente en Francia para posteriormente en el año de 1982, se encamina a Los Estados Unidos Mexicanos. (G1.GLOBO, 2010) (CORREIOBRAZILIENSE, 2019)

Relata el Diario Braziliense (2019, online) lo siguiente:

Após passar pelo México, encontrou refúgio na França entre 1990 e 2004, graças à proteção do ex-presidente socialista François Mitterrand, que se comprometeu a não extraditar nenhum militante de extrema esquerda que tivesse renunciado à luta armada.

Para el año de 1985, el presidente socialista Francés François Mitterrand¹⁸ se había comprometido a no aprobar la extradición de cualquier activista de extrema izquierda italiana que hubieran roto con su pasado. Por lo cual, Battista regresa a Francia en 1990 bajo el amparo de la promesa del entonces presidente. (G1. GLOBO, 2010).

Por su parte Italia continúa realizando las gestiones internacionales pertinentes a los fines de conseguir la extradición del señor Battisti, enviado una solicitud de extradición a Francia. Dicha solicitud de extradición fue negada por la corte de apelaciones de París en fecha veintiuno (21) de mayo de 1991. Dicha solicitud de extradición estuvo sustentada por los hechos ocurridos entre 1978 y 1979, en contra de un guardia de

¹⁸ Mitterrand alcanza el puesto de primer presidente de la Republica por la «coligação de esquerda», en la época de la V República Francesa, inmediatamente busca una victoria abrumadora del Partido Socialista y del Partido comunista Francés en las elecciones para la Asamblea Nacional de 1981 (.....). Desde 1972, François Mitterrand escrevia: "Nosso objetivo fundamental é refazer um grande Partido Socialista no espaço ocupado pelo Partido Comunista, a fim de demonstrar que, sobre os 5 milhões de eleitores comunistas, 3 milhões podem votar nos socialistas"(VOYAGESPHOTOSMANU, 2019, online. Grifo de autor)

la cárcel, un agente de policía, un militante neo fascista y un joyero de Milán, acota fuente que “[...]o filho do joalheiro ficou paraplégico, depois de também ser atingido” (G1.GLOBO, 2010).

Las victimas era Antonio Santoro, muerto en Udine en 6 de junio de 1977, Pierluigi Torregiani, muerto en Milán en 16 de febrero de 1979, Lino Sabbadin, muerto en Mestre en 16 de febrero de 1979 y Andrea Campagna, muerto en Milán en 19 de abril de 1979, no respectivamente. (ACORDACIDADE, 2017). Posteriormente, por efecto de una decisión de la Corte de Casación Italiana las sentencias de primer y segundo, fueron reformadas y Battisti fue condenado a penas por los dos (2) de los crímenes que se le imputaba.

El veinte (20) de diciembre del 2002, ya transcurrido doce (12) años de Battisti residir en Francia, la República de Italia solicita a Francia la extradición del señor Battisti y en consecuencia este fue detenido en el 2004. Sin embargo, ante las distintas protestas escenificadas por personalidades públicas de diversas ramas en donde se citan intelectuales, artistas e incluso personas políticas ligadas al izquierdismo francés; Battisti fue puesto en libertad.

En este mismo año (2004) la cámara de instrucción de la corte de apelaciones de París aprueba la extradición de Battisti hacia Italia, ante este hecho, el señor Battisti burla el sistema de vigilancia francés y desapareció de la escena, por lo cual, la procuraduría de la Corte de Apelaciones de París dictó orden detención en contra de Battisti, por tanto, la extradición a Italia se haría definitiva. El primer ministro Francés Jean Pierre Raffarin de ideología de derecha, firma el decreto de la extradición con la aprobación del entonces presidente Jacques Chirac y con este acto deciden poner fin a la política de Mitterrand (G1. GLOBO, 2010)

Para el 2005 en busca de refrendar la decisión administrativa del entonces primer ministro que daba luz verde a su extradición, Battisti presenta un recurso administrativo por ante el Consejo de Estado de Francia, dicho órgano funge como la última instancia en la jurisdicción administrativa francesa, este órgano confirma la extradición (G1. GLOBO, 2010) (ACORDACIDADE, 2017)

La escala de recursos no termina precisamente en Francia, sino que, los abogados de Battisti se dirigen ahora a la Corte Europea de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo (presentando un recurso contra la decisión de extradición). Dicho recurso fue contestado en diciembre del 2006 por la Corte Europea Derecho Humanos (CEDH) y

según recoge el periódico ACORDACIDADE (2019) el recurso fue negado por la CEDH de manera unánime, estableciendo entre otros aspectos que :

La Cour constate dès lors, au vu des circonstances de l'espèce, que le requérant était manifestement informé de l'accusation portée contre lui, ainsi que du déroulement de la procédure devant les juridictions italiennes et ce, nonobstant sa fuite. Par ailleurs, le requérant, qui avait délibérément choisi de rester en situation de fuite après son évasion de 1981, était effectivement assisté de plusieurs avocats spécialement désignés par lui durant la procédure. Sur ce dernier point, la Cour observe au demeurant qu'il n'a pas porté à l'attention des autorités concernées d'éventuelles difficultés qu'il aurait rencontrées dans la préparation de sa défense avec ses conseils désignés" (ACORDACIDADE, 2019)

Battisti nuevamente escapa de la justicia esta vez francesa y llega a Brasil en 2004 (G1. GLOBO, 2010). El Supremo Tribunal Federal es apoderado de una solicitud de extradición en contra de Battisti formulada por el gobierno de la República de Italia, por lo cual, el Ministro Celso de Mello dictó prisión preventiva en contra del extraditando en fecha primero de marzo del 2007.

Respecto de la posición de la Jefatura de Estado frente al petición de extradición de Battisti, el Supremo Tribunal Federal establece que:

Como é sabido, o Exmo Sr. Presidente da República não tomou, de imediato, qualquer decisão referente à extradição de Cesare Battisti, justificando essa cautela inicial com a necessidade de análise mais profunda e detida da decisão do STF e dos termos do Tratado de extradição firmado entre Brasil e Itália. Tais fatos são notórios e foram amplamente divulgados pelos diversos meios de comunicação. (BRASIL, 2011)

En cumplimiento de la referida decisión judicial y en fecha dieciocho (18) de marzo del 2007, Battisti fue arrestado por agentes de la policía criminal internacional en el Estado de Rio de Janeiro y transferida su custodia la superintendencia de la Policía Federal en el Distrito Federal. Fue hasta el cuatro (04) de mayo de 2007 que el Ministro de Estado de Justicia formaliza el pedido de extradición. (BRASIL, 2009) (G1.GLOBO, 2010).

Es importante establecer dos hechos importantes en el desarrollo de este expediente es que por un lado hasta ese momento el señor Cesare Battisti no había formulado pedido de refugio como consta en el aviso marcado como 1060 MJ enviado por el Ministerio de Justicia al Supremo Tribunal Federal y por el otro el Ministerio Público Federal se manifiesto en favor de la extradición. (BRASIL, 2009).

Posteriormente según la cronología del caso que recoge el Supremo Tribunal Federal, registra que el extraditando conforme presentación de documento solicitó por ante el Comité Nacional de los Refugiados (CONARE) el reconocimiento de su condición

de refugiado, motivo por el cual establece la sentencia, se decidió la suspensión del proceso de extradición hasta que el CONARE no tomara una decisión respecto de la solicitud. (BRASIL, 2009).

El dieciocho (18) de diciembre del 2008, el Supremo Tribunal Federal recibe comunicación del Comité Nacional de los Refugiados (CONARE) mediante la cual, ponía en conocimiento del referido órgano judicial su decisión de negar la condición de refugiado solicitada por el ciudadano italiano Cesare Battisti. (BRASIL, 2009).

Tomando conocimiento de la decisión del CONARE sobre la negación de su pedido de reconocimiento de su condición de refugiado, Battisti eleva un recurso administrativo por ante el Ministro de Justicia y como reporta el periódico Gl. GLOBO (2019, online):

[...]o então ministro da Justiça, Tarso Genro, concede status de refugiado político a Battisti, baseado no 'fundado temor de perseguição por opinião política', contrariando decisão do Comitê Nacional para os Refugiados (Conare). O status não permite o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

A propósito de su decisión el entonces Ministro de Justicia establece lo siguiente:

Esse ato soberano do Brasil tem que ser respeitado pela Itália. E seria absolutamente perturbador se o STF mudasse a jurisprudência para o caso Battisti para atender uma demanda que se origina de um país que não respeita as decisões do Brasil. Tenho a convicção de que não vai acontecer. (MIGALHAS, 2009, online)

Sin embargo, la decisión del Ministro de Justicia Tarso Genro, generó reacciones inmediatas en el judiciario. Nos referimos a la posición públicamente expuesta del ministro Cesar Peluso relator de la sentencia que decide el pedido de extradición no. 1085 del señor Battisti. El ministro del STF Cesar Peluso acorde a lo plasmado por el periódico Migalhas (2009) fija su posición de la forma siguiente:

Peluso leu a íntegra da decisão do ministro da Justiça e refutou o primeiro argumento escrito por Tarso Genro no ato: o de que a Itália não seria, à época da atuação de Battisti e de sua condenação, um Estado democrático de Direito. Segundo Peluso, isso não poderia ser motivo para concessão do refúgio hoje em dia, porque a Itália atual não desrespeitaria os direitos democráticos de Battisti (direitos como à ampla defesa, ao contraditório, ou ao devido processo legal).

Ele também questionou o segundo dos quatro fundamentos de Genro, que considerou a condenação de Battisti como tendo ocorrido "nos porões" de um regime ditatorial, pelas "forças ocultas de um aparelho estatal". Para o relator do caso no Supremo, essa visão do ministro da

Justiça questiona a competência e a soberania do Judiciário italiano, o que seria, para ele, inadmissível.

Peluso também discordou da decisão do ministro da Justiça naquilo que deixou de considerar a real natureza dos crimes pelos quais o italiano foi condenado. "Não há a mínima referência sobre os crimes", disse o relator, lembrando que Battisti foi condenado por matar quatro pessoas: um agente carcerário, um homem durante um assalto a um açougue, um joalheiro em emboscada e uma mulher, por vingança. O relator considera que, diante do ordenamento jurídico brasileiro, estes são crimes comuns hediondos, não políticos. Por isso ele não poderia ter a garantia do refúgio.(MIGALHAS, 2009, online, grifo del autor)

Reformada la decisión del órgano colegiado dígase CONARE, se hacía necesario nueva vez y ante el cambio de escenario en el expediente de Battisti, apreciar la posición de la Procuraduría General de la República. Dicha manifestación llega al STF en fecha veintiséis (26) de enero del 2009, que según reporta el periódico Migalhas (2009), Procurador General de la República Antonio Fernando se inclina :

[...] pela extinção do processo de extradição, sem julgamento de mérito, em razão do que dispõe o artigo 33, da lei nº 9.474/97, com a consequente expedição do alvará de soltura. Entretanto, salientou que se o STF decidir julgar o mérito, seu parecer é no sentido de dar procedência ao pedido de extradição.

[...] o deferimento do refúgio é questão da competência política do Poder Executivo, condutor das relações internacionais do país e que, de acordo com o artigo 33 da lei nº 9.474/97, sua concessão gera a extinção do processo de extradição, desde que haja pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto do pedido de extradição. (MIGALHAS , 2009, online)

Con el escenario completo, escrito de defensa incoado por la defensa de Battisti en la que afirma que la decisión final de la extradición no era del STF sino del presidente de la República, fijada la posición del ejecutivo a través del Ministro de Justicia Tarso Genro y vista la manifestación de la Procuraduría General de la República, solo resta la STF decidir la suerte del pedido de extradición.

El STF en fecha dieciocho de noviembre del 2009, decidió aprobar la extradición de Battisti, sin embargo, en un conteo de cinco (5) votos a cuatro (4) el tribunal decidió dejar en manos del presidente de la República la decisión final sobre la extradición. En resumen, la posición expresada en sus votos por los magistrados que decidieron fue la siguiente:

Gilmar Mendes

O ministro Gilmar Mendes frisou, em seu voto, que o presidente da República tem, por força do tratado de extradição assinado entre Brasil e Itália em 1989, bem como do artigo 86 do Estatuto dos Estrangeiros, a obrigação de entregar o nacional italiano. Portanto, não tem poder discricionário de decidir pela não entrega.

"Havendo tratado, todo o processo de extradição deve obedecer suas normas", sustentou o ministro. O ministro lembrou que a única discricionariedade que o presidente tem para não efetuar a extradição ocorre em caso bem específico, previsto no artigo 91 da lei 6.815/80, que é quando o país requerente não oferece condições de fazer o extraditado cumprir a pena dentro do que estabelece a legislação brasileira.

Fora isso, segundo o ministro Gilmar Mendes, o presidente da República somente tem discricionariedade quanto à entrega imediata ou não do extraditando. Um retardamento pode acontecer se este sofrer de doença grave que coloque em risco sua vida, atestada por laudo médico (parágrafo único do artigo 89 a lei 6.815), ou se ele estiver respondendo a processo no Brasil. Neste caso, o presidente pode permitir que se conclua esse processo, ou desprezar esta circunstância e efetuar a extradição.

O ministro Gilmar Mendes qualificou de *"arrematado absurdo dizer-se que agora, uma vez decidida a extradição, o presidente da República está livre para não cumpri-la"*. Segundo ele, partiu-se de uma especificidade da legislação pertinente ao assunto – entrega imediata ou não, em dadas circunstâncias – para se generalizar a discricionariedade.

Eros Grau

O ministro Eros Grau reforçou sua convicção de que os crimes pelos quais o extraditando é acusado têm natureza política, acrescentando que o voto do ministro Marco Aurélio esgotou a matéria de mérito. *"Eu, serena e prudentemente, não concedo a extradição"*, afirmou. Mas, quanto aos efeitos do julgamento de mérito, o ministro Eros Grau manifestou-se pela não vinculação da decisão da Corte Suprema.

Para ele, o presidente da República não está obrigado a proceder a extradição, já que a decisão do STF é meramente autorizativa. *"Nos termos do tratado, o presidente da República deferirá ou não a extradição autorizada pelo STF, sem que com isso esteja a desafiar a decisão do Tribunal. Esse ponto é muito importante estabelecer, porque o tratado é que abre a possibilidade de a extradição ser recusada, sem que isso represente, da parte do presidente da República, qualquer desafio à nossa decisão"*, concluiu.

Cesar Peluso

O ministro Cesar Peluso, relator da extradição por meio da qual o governo italiano pede a entrega de seu nacional Cesare Battisti por crimes praticados naquele país entre 1977 e 1979, relembrou seu posicionamento sobre a obrigatoriedade do presidente da República em respeitar a decisão do STF. Segundo ele, não existe no ordenamento jurídico brasileiro norma que dê ao chefe do poder Executivo o poder discricionário de decidir sobre extradições deferidas pelo STF.

Ao receber a nota verbal do governo estrangeiro, o presidente poderia não submeter o pedido ao STF, disse o ministro-relator. Mas se o fez,

se submeteu ao STF o pedido de extradição, explicou Peluso, o fez apenas para controle da regularidade, ou da legitimidade do pedido perante o ordenamento jurídico brasileiro e as regras do tratado.

Cármem Lúcia

A ministra Cármem Lúcia entendeu que a competência para a entrega do nacional continua sendo do presidente da República. Este, segundo a ministra, tem a faculdade, o poder discricionário, de não consumar a Extradição mesmo que já aprovada pelo STF, conforme os artigos 84, inciso VII, e 90, ambos da CF/88 .

Ricardo Lewandowski

Já o ministro Ricardo Lewandowski entendeu que o presidente da República está limitado não apenas à decisão do STF, mas ao tratado que a República Federativa do Brasil celebrou com a Itália. Assim, salientou que deve ser observada a obrigatoriedade dos tratados, ao lembrar que o Brasil é signatário da Convenção de Viena, conforme o qual, em seu artigo 26, estabelece que todo tratado em vigor é vinculante entre as partes e deve ser executado de boa fé. Portanto, o Brasil deve se sujeitar aos vínculos obrigacionais fundados em tratados com outros países, disse o ministro.

Carlos Ayres Britto

Por sua vez, o ministro Carlos Ayres Britto citou que o processo de extradição começa e termina no Poder Executivo. "*O Poder Judiciário é um rito de passagem necessário, mas apenas rito de passagem que faz um exame de legalidade extrínseca, portanto não entra no mérito*", disse. Ele afirmou que o exame do Judiciário é delibatório, por isso não pode obrigar o presidente da República a extraditar ou não um estrangeiro.

Ellen Gracie

Com o relator, votou também a ministra Ellen Gracie. Ela registrou que em toda a existência do STF, nunca houve desacordo do presidente da República quanto à decisão da Corte em extradições. Para ela, é certo que o Poder Executivo não pode extraditar uma pessoa sem ouvir o STF, mas o presidente da República tem restrições para atuar. De acordo com ela, "a lei não se interpreta por tiras, nem o tratado". Portanto, resumiu que ao Judiciário cabe decidir se o pedido de extradição está apto e ao presidente da República cabe executá-lo.

Marco Aurélio

O ministro Marco Aurélio já havia se posicionado sobre esta questão quando proferiu seu voto-vista, na sessão da última quinta-feira, 12/11. Para ele, o presidente da República tem o direito de dar a última palavra sobre as extradições autorizadas pelo Supremo. Da mesma forma já havia se manifestado o ministro Joaquim Barbosa, pelo poder discricionário do presidente da República. (MIGALHAS, 2009, online.)- grifo del autor)

Tomando como fundamento los postulados establecidos por AGU/AG 17/2010 (fls. 4.261-4325), en la persona del consultor de la Unión, el día treinta y uno (31) de diciembre del 2010 el presidente de la República decidió negar el pedido de extradición de Battisti que había sido formulado por el gobierno de Italia mediante los autos de proceso administrativo n.º 08000.003071/2007-51 (Decisión publicada en Edición Extra del Diario Oficial n.º 251-A, Seção 1, pág. 11, de 31 de dezembro de 2010) (fl. 4.331). (BRASIL, 2011) (G1.GLOBO, 2010).

Acorde al Diario Oficial de la Unión, la decisión del presidente Lula fue expresada en los siguientes términos:

Processo no 08000.003071/2007-51. Parecer no AGU/AG-17/2010, adotado pelo Advogado-Geral da União Substituto, referente ao pedido de Extradição no 1.085, requerido pela República Italiana. Em face dos fundamentos, aprovo o Parecer e nego a extradição. Em 31 de dezembro de 2010.

Respecto de los postulados realizados referente al caso por el entonces consultor de la Unión Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, cuyo escrito fue aprobado por despacho do Abogado-General de la Unión Sustituto, Fernando Luiz Albuquerque Faria (fls. 4.326-4.330), el Supremo Tribunal Federal sintetiza su contenido de la forma siguiente:

Em síntese, o parecer conclui, com base na letra “f” do número 1 do art. 3º do Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Itália, que existem “ponderáveis razões para se supor que o extraditando seja submetido a agravamento de sua situação, por motivo de condição pessoal, dado seu passado, marcado por atividade política de intensidade relevante” (fl. 4.325). (BRASIL, 2011, p. 7)

Para el mes de enero del 2011 la decisión del entonces presidente Lula Da Silva era conocida por el gobierno de Italia, por lo que, en este mismo mes apela a la nueva Jefa de Estado, la presidenta Dilma Rousseff para que revoque la decisión tomada por su antecesor y proceda en aprobar la extradición de Battisti. Dicha solicitud no tuvo éxito y Rousseff no revocó la decisión tomada por su antecesor. (CARTACAPITAL, 2011)

En virtud de esta decisión las relaciones internacionales entre ambos países se tornaron densas ya que, según recoge el periódico Cartacapital (2011), las:

[Las] Autoridades italianas ameaçam retaliar o governo brasileiro, caso seja mantida a decisão de não extraditar Battisti. Entre as medidas estão a imposição de regras para a entrada de turistas brasileiros na Itália e o adiamento da conclusão de um acordo envolvendo 5 bilhões de

euros de material militar dos italianos para o Brasil. (CARTACAPITAL, 2011, online)

Recoge el Ministro Luis Fux en la relatoría a propósito de la reclamación No. 29.066, que en 2011 la República de Italia apodera al Supremo Tribunal Federal de una acción mediante la cual, plantea que la decisión del presidente Lula de negar la extradición está incumpliendo la sentencia dictada por este órgano judicial emanada en virtud los autos de la ext. no. 1.085 (RCL no. 11.243). En consecuencia, en fecha ocho (8) de junio del 2011, el STF mantuvo la decisión del presidente de la República, entendiendo que se trató de un verdadero acto de soberanía. (BRASIL, 2011).

Nos llama sobre manera la atención los aspectos argumentos recogidos por el STF al momento de decidir como lo hizo mediante la decisión de la reclamación no. 11.243, entre estos los siguientes:

A decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau". Do voto do Min. Eros Grau extrai-se que "O conceito de ato vinculado que o relator tomou como premissa (...) é, no entanto, excessivamente rigoroso. (...) o conceito que se adotou de ato vinculado, excessivamente rigoroso, exclui qualquer possibilidade de interpretação/aplicação, pelo Poder Executivo, da noção de fundado temor de perseguição

5. Deveras, antes de deliberar sobre a existência de poderes discricionários do Presidente da República em matéria de extradição, ou mesmo se essa autoridade se manteve nos lindes da decisão proferida pelo Colegiado anteriormente, é necessário definir se o ato do Chefe de Estado é sindicável pelo Judiciário, em abstrato. 6. O art. 1º da Constituição assenta como um dos Fundamentos do Estado Brasileiro a sua soberania – que significa o poder político supremo dentro do território, e, no plano internacional, no tocante às relações da República Federativa do Brasil com outros Estados Soberanos, nos termos do art. 4º, I, da Carta Magna.

7. A Soberania Nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo Presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior.

8. A soberania, dicotomizada em interna e externa, tem na primeira a exteriorização da vontade popular (art. 14 da CRFB) através dos representantes do povo no parlamento e no governo; na segunda, a sua expressão no plano internacional, por meio do Presidente da República.

9. No campo da soberania, relativamente à extradição, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do Presidente da República, conforme consagrado na Constituição, nas Leis, nos Tratados e na própria decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal na Extradição nº 1.085.

20. Compete ao Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de Chefe de Estado, para carac-

terizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, na forma do permitido pelo texto do Tratado firmado (art. III, 1, f); por isso que, ao decidir sobre a extradição de um estrangeiro, o Presidente não age como Chefe do Poder Executivo Federal (art. 76 da CRFB), mas como representante da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 2007, p. 3)

En el 2017, después de siete (7) años de residencia de Battisti en Brasil y frente a la salida por impeachment de la entonces presidenta Dilma Rousseff, el gobierno de Italia encamina hacia el nuevo jefe de Estado, dígase Michel Temer, un nuevo pedido con el objetivo de disuadirlo para que revoque la decisión tomada por Lula. Dicha petición provocó que se abriera un proceso administrativo dentro del poder ejecutivo (PODER360, 2019)

Enterados de esta nueva petición, la defensa de Battisti apoderó al Supremo Tribunal Federal de un recurso de habeas corpus preventivo bajo el argumento de que por un principio de seguridad jurídica la decisión tomada por Lula en el 2010 no podía ser revocada por Temer. (PODER360, 2019). Esta acción entra al Supremo Tribunal Federal bajo la **Reclamación nº 29.066**.

En fecha cuatro (4) de octubre del 2017, Battisti fue detenido en la localidad de Corumbá (MS), Estado de Brasil, en la frontera con Bolivia portando las sumas de 1,300.00 Euros y 6,000.00 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Alegadamente con este accionar y como expreso el Juez Federal Odilon de Oliveira en audiencia en videoconferencia, “ficou claro que Battisti estava tentando evadir sedo Brasil temendo ser definitivamente extraditado. Considerada a tentativa de fuga nos limites de uma convicção provisória deve ser ela levada em conta também para efeitos da garantia efetiva aplicação da lei penal”, con esta sustanciación el Juez dictó prisión preventiva en contra de Battisti (FOLHA.UOL, 2017).

En síntesis, por los hechos acontecidos en Corumbá (MS), Battisti fue acusado de las siguientes infracciones las leyes penales, a saber:

[...] o paciente foi detido na Cidade de Corumbá/MS, sendo indiciado pela D. Autoridade Policial como incursão no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 c.c. art. 14, II, CP (evasão de divisas na forma tentada) e no art. 1º da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), realizando a sua prisão em flagrante. (BRASIL, 2018, p. 4)

Estos hechos perpetrados supuestamente por Battisti, fueron considerados por el entonces ministro de justicia Torquato Jardim, como un acto que quebró la confianza de Brasil y lo expresa en los siguientes términos:

Ele quebrou a relação de confiança para permanecer no Brasil. Tentou sair do Brasil sem motivo aparente. Ele disse que ia comprar material de pesca, mas quebrou a confiança porque praticou ato ilegal e deixava o Brasil, com dinheiro acima do limite, sem motivo aparente", justifica o ministro da Justiça".

Há uma sutileza política também. A Bolívia é o único país de esquerda, além da Venezuela, que poderia fazer um grito anti-imperialista (BBC, 2017, online).

Acorde reporta BBC (2017), los argumentos de "**Quebra de confiança**", "**saída suspeita do Brasil**", e "**melhora na relação diplomática com a Itália**", fueron los presentados por el gobierno de Brasil para revocar la decisión que había sido tomada por el presidente Lula y por ende, autorizar la extradición de Battisti hacia Italia. Recoge el periódico que en entrevista el Ministro Jardim expresó que “A Itália nunca abriu mão disso. Os italianos não perdoam o Brasil por não mandar o Battisti de volta. Para eles, é uma questão de sangue. É um entrave nas relações Brasil-Itália e na relação com a União Europeia como um todo” (BBC, 2017, online).

Aprovechando la prisión preventiva de la que era objeto Battisti, según reporta la BBC (2017) acontece que:

[...] Temer decidiu assinar a extradição e, por pouco, o decreto não foi publicado - e o italiano, enviado à Itália. Mas um habeas corpus concedido a Battisti no dia 6 de outubro pelo desembargador José Marcos Lunardelli, do Tribunal Regional Federal da 3^a Região, em São Paulo, fez o presidente colocar o pé no freio.

Na decisão de soltar Battisti, Lunardelli pondera não haver comprovação definitiva de que o italiano praticou evasão de divisas ao deixar o país com mais de R\$ 10 mil. (BBC, 2017, online)

Sin embargo, advertido por la situación que antecede, la mayor preocupación del gobierno encabezado por Temer giraba en torno a la acción preventiva intentada por Battisti por ante el Supremo Tribunal Federal en contra de:

“[...] ato passível de ser praticado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, tendo em vista fundado receio de ameaça à liberdade de locomoção do Paciente, considerando a existência de expediente administrativo a fim de embasar decisão do Chefe do Poder Executivo, a qual poderá culminar na remessa do Paciente para o exterior, contra sua vontade” (BRASIL, 2018, p. 3. Grifo de autor)

Por recomendación del entonces ministro de justicia Torquato Jardim, se le aconsejo al presidente Temer esperar la decisión del STF, no sea que el presidente firmara la extradición y luego su decisión fuera contrariada por el Supremo Tribunal Federal. (BBC, 2017)

El juez del Supremo Tribunal Federal apoderado para estatuir sobre esta nueva acción fue el Ministro Luiz Fux, quien decidió de manera conjunta la reclamación número 29.066 y el pedido de prisión preventiva para la extradición número 891, por tratarse de hechos conexos.

Ante estas acciones el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública fija posición estatuyendo en contra del pedido inicial interpuesto por Battisiti, estableciendo lo siguiente:

(i) no bojo da RCL n.º 11.243, o STF entendeu que o ato do Presidente da República que decide sobre a extradição é insindicável pelo Poder Judiciário; (ii) o STF não vedou a realização de novo juízo de conveniência e oportunidade quanto à permanência do extraditando pelo Presidente da República; (iii) as questões alegadas na presente Reclamação no que concerne à contração de matrimônio com brasileira, existência de filho brasileiro dependente econômico e prescrição da pretensão executória são matérias que apenas podem ser analisadas em sede de extradição. (BRASIL, 2018, p. 6)

La República Italiana presentó impugnación a las pretensiones de Battisti alegando que:

[...] (i) a inexistência de previsão no ordenamento de Reclamação de caráter normativo ou preventivo; (ii) na Reclamação nº 11.243, o Supremo Tribunal reconheceu que as deliberações presidenciais sobre matéria de extradição são “insindicáveis pelo Poder Judiciário”, já que constituem atos soberanos do Presidente da República; (iii) as alegações do Reclamante já foram apreciadas e rejeitadas nos autos do HC nº 136.898/DF. Pugnou-se pela negativa de seguimento da Reclamação (idem ibidem)

Battisti presenta respuesta a la impugnación presentada por el Gobierno de Italia estableciendo lo siguiente:

[...] a própria autuação de expediente administrativo para revisão da decisão sobre extradição do Reclamante já se reveste de patente ilegalidade, na medida em que é suficiente para caracterizar o descumprimento da decisão proferida por esta C. Corte na Reclamação nº 11.243, que decidiu que a questão se encerrou definitivamente com a decisão de não entrega do Reclamante”; e que “a breve análise do Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Itália para notar que não há naquele acordo qualquer previsão de ‘pedido de reconsideração’ para casos de recusa da extradição (BRASIL, 2018,)

Haciendo referencia a las cuestiones planteadas por Battisti mediante la reclamación No. 29.066 sobre acción preventiva en virtud del posible acto de extradición a ser autorizado por el presidente de la República, el Ministro Lux trae a colación la tesis presentada por el Ministro de Justicia mediante la EM n. 00180/2017-MJ (NUP 08015.000310/2017-23), quien además de establecer que el STF en el pasado, ya había autorizado la extradición de Battisiti por medio de los autos no. 1.085, y alega que “ato

de soberania do Estado Brasileiro não confere direito adquirido” (BRASIL, 2018, p. 11 – grifo del autor).

Entorno a los poderes discrecionarios del presidente en su condición de jefe del poder ejecutivo, el Ministro relator entiende que:

[...]no julgamento do acórdão paradigma, na noção de capacidades institucionais, reconhecendo ao Poder Executivo uma superioridade estrutural no que diz respeito ao conhecimento de questões relativas à política externa. No Brasil, o artigo 84 da Constituição Federal apresenta rol de poderes-deveres no âmbito do qual destacam-se, como funções típicas de Chefe de Estado, as competências para “manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos” (inciso VII), para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais” (inciso VIII), para “declarar guerra” (inciso XIX) e para “celebrar paz” (inciso XX). É evidente, dessa maneira, que o Chefe de Estado é o sujeito por excelência encarregado de tomar decisões no campo da política externa, dispondo de aparato institucional e expertise não compartilhados pelo Judiciário. (BRASIL, 2018, p. 11 – grifo del autor).

A los fines de reforzar esta postura el Ministro Lux trae a colación nociones expuesta por el profesor de la Universidad de Harvard, Cass Sunstein (SUNSTEIN, 2016) cuando establece que:

Se os gestores públicos devem resolver os problemas da nação, eles têm de acessar uma grande quantidade de informações, em sua maior parte altamente técnicas. Dos três Poderes do Governo nacional, o Executivo é de longe o que possui mais informações, não apenas em **política externa**, mas também no domínio doméstico. Embora essa vantagem informacional não pudesse ser facilmente antecipada pela geração dos constituintes, ela não para de crescer a cada ano. Em especial, a disparidade entre o conhecimento do Poder Executivo e o do Congresso está aumentando. Porém, juízes enfrentam déficit informacional similar e não sabem o que eles não sabem.” (BRASIL, 2018, p. 11 – grifo del autor)

Del mismo modo establece el Ministro Lux, se manifiestan los profesores Adrian Vermeule (Harvard) e Eric Posner (Chicago), cuando establecen que:

“No Estado Administrativo, o escopo da responsabilidade do Executivo é vasto, de modo que instituições legislativas e judiciais carecem da capacidade de monitorar qualquer fração importante do que faz o Executivo, mesmo quando partidos políticos rivais ocupam o Executivo e outros Poderes e mesmo com a ajuda de “alarmes de incêndio” – alertas de grupos de interesse com algo a perder em questões particulares. Em muitos dos campos mais importantes, e aqueles mais difíceis de monitorar – aqueles envolvendo inteligência, **política externa** e segurança nacional, ou questões altamente complexas de política econômica – legisladores e Cortes restam vencidos, por razões estruturais resistentes que prevalecem não importa a constelação política contingente.” (BRASIL, 2018, p. 11 – grifo del autor)

El relator continua argumentando sobre el poder discrecional del ejecutivo brasileño cuando establece que :

Tendo esta Corte, nos autos da Reclamação n.º 11.243, reconhecido autêntico ato de soberania na decisão do Presidente da República que decide sobre a entrega de extraditando, em homenagem às competências que a Constituição lhe reserva no art. 84, incisos VII, VIII, XIX e XX, devese concluir que o acordão paradigma, na realidade, confere embasamento jurídico à tese da insindicabilidade judicial da apreciação do pedido de reconsideração apresentado pela República da Itália, bem como de qualquer ato que Presidentes da República atuais e futuros venham a adotar quanto à entrega de CESARE BATTISTI a país estrangeiro. Noutras palavras, de acordo com a ratio decidendi do precedente invocado, tendo o Judiciário reconhecido a higidez do processo de extração, a decisão do Chefe de Estado sobre a entrega do extraditando, bem assim a sua eventual reconsideração, não se submetem ao controle judicial. (BRASIL, 2018, p. 11 – grifo del autor)

Los presupuestos supra indicados fueron suficientes como para que el Ministro relator estableciera que “As razões ora lançadas fulminam por completo as alegações do ora Reclamante no sentido de que o Presidente da República estaria proibido, por decisão desta Corte, de promover a sua entrega a Estado estrangeiro”. (Ibidem)

Negada la acción preventiva intentada por Battisti solo restaría decidir la petición de prisión preventiva con fines de extradición en contra de Battisti solicitada por la INTERPOL. La decisión del Supremo Tribunal Federal cita la petición de la INTERPOL al rememorar que:

Alega-se que “*a Polícia Federal, ciente de que está sob apreciação de Vossa Exceléncia, na Reclamação nº 29.066, a possibilidade de o Presidente da República suplantar a decisão anterior que negou a entrega do extraditando CESARE BATTISTI, roga que, sendo essa possibilidade confirmada pela decisão de Vossa Exceléncia, seja imediatamente decretada, a fim de garantir a executoriedade da medida extradiçional, a prisão cautelar preventiva para fins de extração de CESARE BATTISTI*”.(BRASIL, 2018, p. 18 – grifo del autor)

Respondidas todas las cuestiones planteadas por Battisti, ante la posición asumida por el ejecutivo brasileño del momento encabezado por Temer y ponderando la solicitud realizada por la policía federal el Ministro Relator decide “[...] **determino a prisão cautelar para fins de extração do nacional italiano CESARE BATTISTI**”. (BRASIL, 2018, p. 18 – grifo del autor)

Comunicada al poder ejecutivo de esta decisión, el presidente Temer en su doble condición de Jefe de Estado y de Gobierno, en el uso de las prerrogativas en su

favor interpretadas a raíz de los dispositivos constitucionales antes citados y en virtud del reconocimiento de tales prerrogativas por parte del Supremo Tribunal Federal, decide:

Presidência da República
DESPACHOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA
MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Exposição de Motivos Nº 156, de 14 de dezembro de 2018. Revisão do Despacho de 31 de dezembro de 2010, publicado no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2010, Edição Extra, Seção 1, página 11, que aprovou o Parecer nº AGU/AG-17/2010, adotado pelo Advogado-Geral da União Substituto, referente ao Processo nº 08000.003071/2007-51, e negou a extradição de CESARE BATTISTI. Em face dos fundamentos expostos na Nota SAJ nº 351/2018/SASOC/SAJ/CC-PR e tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 29.066, autorizo a extradição. Brasília, 14 de dezembro de 2018. (DIARIO OFICIAL, 2018, p. 24)

Un hecho importante a resaltar de la crónica de este caso es que Battista fue apresado con fines de extradición en Santa Cruz de la Sierra en Bolivia en la madrugada del día trece (13) de enero del dos mil diecinueve (2019) y para un día después, dígase el catorce (14) de enero del 2019 ya se encontraba bajo la custodia de la autoridad italiana (en Italia). Hecho curioso es que la extradición se produjo directamente desde territorio boliviano, es decir, no hubo retorno de Battisti para Brasil a los fines de dar cumplimiento con el decreto del gobierno brasileño desde su territorio. (PODER360, 2019).

6. CONSIDERACIONES FINALES

En virtud del contenido presentando en virtud del desarrollo del presente trabajo de investigación, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento más que orientador es vinculante. En materia de asilo político este instrumento no solo dispone una prerrogativa de derecho en favor del individuo sino también “consolida la idea de respeto de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana [y]constituye una obligación de todo Estado delante de los demás Estados” (JAYME, 2005, p. 22)

En contrario con lo que establece Juan Herrera Flores entendemos que los derechos humanos no son el producto de una ideología de occidente, más bien, son el reconocimiento en favor del ser humano de derechos que son inherentes a su condición, visualizados a través de un concepto subyacente denominado “dignidad humana”. Si bien no podemos ignorar los matices culturales al momento de abordar el concepto de derechos humanos, no es menos cierto, que a nuestro entender esta categoría de derechos posee un núcleo básico, poco alterable e inmutable.

El instituto de asilo político en razón de su naturaleza protectora de la integridad física y moral del individuo, en una visión histórica e interpretación moderna es de hecho una expresión de derechos humanos.

El prisma de la dignidad humana en materia de asilo político contrae la obligación para los Estados de mantener prácticas jurídicas y administrativas que preserven condiciones mínimas de dignidad en favor de los individuos. A nuestro juicio esta noción obliga a los Estados a realizar una interpretación extensiva y favorable al individuo de todas las disposiciones tocantes al asilo político. Por consiguiente, definir la naturaleza del derecho, implicaciones, alcance tanto en su concepción formal como en un aspecto material, tomando como referencia aspectos cuantitativos (cantidad de perseguidos) o a la institución internacional que tutela el derecho y no aspectos cualitativos basados en la examen de la petición frente a la pertinencia del derecho invocado (derecho a asilo político) es claramente contrario al principio de dignidad humanas y trasgrede el principio interpretativo pro homine.

El derecho asilo político ha evolucionado en el ambiente interamericano llevando no solo a tener previsión en la CADH, sino que y por efecto de la interpretación de Corte IDH, este derecho supera la discrecionalidad de Estado bajo teorías cimentadas en principios de soberanía e independencia nacional. Ahora en materia de asilo político el individuo cuanta con un derecho que lícitamente el Estado no podría arrebatar

La soberanía que en una teoría clásica era concebida como absoluta, ilimitada y discrecional en favor del Estado, paso en una interpretación contemporánea a tener que coexistir con una serie de obligaciones Internacionales. Dichas obligaciones están contenidas en una serie convenios internacionales en materia de derechos humanos auto-impuestas por los Estados, de aquí, la soberanía ya no es más absoluta. Por consiguiente, todo el accionar del Estado cimentado en base a un principio de soberanía, dígase, las actividades administrativas del poder ejecutivo y el manejo de las relaciones internacionales en la jefatura de Estado y/o de gobierno, estarán igualmente limitadas por estos nuevos instrumentos en materia de derechos humanos.

En nuestra perspectiva, entendemos que los tratados en materia de derechos humanos ratificados por Brasil tienen por lo menos valor constitucional basados en las tesis de “máxima efectividad de las normas sobre garantías y derechos fundamentales” y la “no exclusión de otras providencias establecida en el art. 5 de la constitución” referidas por Flavia Piovesan y Valerio Mazzouli respectivamente, más aun, observando la tesis de supraconstitucionalidad. En nuestra opinión el principio de buena fe de los tratados internacionales, refiriéndonos el caso específico de tratados internacionales en materia de derechos humanos contrae la obligación de estricto cumplimiento para los Estados, aun se verifiquen conflictos con otras disposiciones dentro del sistema jurídico del cual forma parte.

Bajo este presupuesto, el asilo político al ser interpretado de forma armónica con otros dispositivos constitucionales superaría la tesis de **Control Estatal Concentrado** en el poder ejecutivo para negar u otorgar la petición de asilo y colocaría esta prerrogativa como un derecho del individuo y no como potestad de Estado.

Por consiguiente, entendemos que esta práctica del poder ejecutivo brasileño de calificar unilateralmente las causas del asilo, así como la carencia de efectos jurídico

pro-solicitante (protección temporal inmediata), representan serias violaciones a los derechos del individuo tomando como referencia la evolución regional del asilo político como expresión de derechos humanos y la definición contemporánea del concepto soberanía (limitada y sujeta a poderes externos).

Evidenciado en los casos que presentamos, podemos afirmar que el **control estatal concentrado** en el poder ejecutivo para asuntos de asilo político puede generar graves situaciones de injusticia, más aún cuando se evidencian enfrentamientos por temas de ideologías, en tal virtud proponemos que:

Las peticiones de asilo sean conocidas en fase administrativa en un órgano colegiado cuya visión política estaría equilibrada y este adscripto al poder judicial, estaría integrado por representantes de los tres (3) poderes del Estado y la sociedad civil. De modo que, la opinión del poder ejecutivo brasileño sea ponderada mas no sea la única consideración a tomar para definir la suerte de asilo político solicitado.

Que existe un único y último recurso contra la decisión que niega o concede el estatus de asilado. Este recurso deberá conocerse en fase jurisdiccional por ante el STF.

7. REFERENCIAS

ACORDACIDADE: A Cesare o que é de Cesare. Bahía. 17 dez. 2017. Disponible en: <<https://www.acordacidade.com.br/noticias/187144/a-cesare-o-que-e-de-cesare.html>>. Acceso en: 30 nov. 2019.

_____. Decreto nº 9.199. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. **Diario Oficial [de la] República Federativa de Brasil**, Brasilia, DF, 20 de Noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm>. Acceso en: 29 Ene. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Emb.Decl. Na Reclamacao No. 11.243. Reclamante: Republica Italiana, Reclamado: Cesare Battisti. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 26 de mayo 2007. Disponible en: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acceso en: 27 jul. 2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Extradição No. 1.008-5. Reclamante: Republica de Colombia, Reclamado: Francisco Antonio Cadena Collazos ou Oliverio Medina ou Camilo Lopez ou Cura Camilo. Relator: Ministro Gilmar Mendes.Brasilia, DF, 21 de marzo 2007. Disponible en: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479118>> Acceso en: 27 jul. 2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Petição avulsa na extradição No. 1.085. Reclamante: Republica Italiana, Reclamado: Cesare Battisti. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 08 de junio 2011. Disponible en: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>>. Acceso en: 27 jul. 2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Prisão Preventiva para extradição No. 891. Reclamante: Republica Italiana, Reclamado: Cesare Battisti. Relator: Ministro Luiz Fux, DF, 12 de diciembre 2018. Disponible en: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339260871&ext=.pdf>>. Acceso en: 27 jul. 2019.

_____. Lei nº 13.445. Institui a Lei de Migração. **Diario Oficial [de la] República Federativa de Brasil**, Brasilia, DF, 24 de Mayo de 2017. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acceso en: 29 Ene. 2020.

_____. Lei nº 9.474/1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados e determina outras providências. **Diario Oficial [de la] República Federativa de Brasil**, DF, 22 de Julio de 1997. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acceso en: 29 Ene. 2020.

_____.Decreto nº 156. DESPACHOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA . **Diario Oficial [de la] Unión**, Brasilia, DF, 14 de Diciembre de 2018. Disponible en: <<http://www.in.gov.br/web/guest/inicio>>. Acceso en: 29 Ene. 2020.

_____.Decreto nº _____. DESPACHOS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA . **Diario Oficial [de la] Unión**, Brasilia, DF, 31 de Diciembre de 2010. Disponible en: <<http://www.in.gov.br/web/guest/inicio>>. Acceso en: 29 Ene. 2020.

_____.**Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinario No. 466.343-1. Reclamante: Banco Bradesco, SA, Reclamado: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasilia, DF, 03 de diciembre 2008. Disponible en: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acceso en: 27 jul. 2019.

AGUIRRE, Eduardo Luis. **El derecho de asilo como derecho humano**. Derecho a Replica, 2001. Disponible en: <www.derechoareplica.org/index.php/derecho/769-el-derecho-de-asilo-como-derecho-humano> Acceso en: 20 de Jul. 2019.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). **El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina**, San Jose, Costa Rica; EDITORAMA, 2004. Disponible: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8945.pdf>>. Acceso en: 20 de Jul. 2019.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). **Asilo político: derechos y obligaciones de los solicitantes**. 2019. Disponible en: <https://eacnur.org/blog/asilo-politico-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/>. Acceso en: 22 jan. 2020.

ALVES, Felipe Dalenogare. **O conceito de soberania: Do estado moderno até a atualidade. Âmbito Jurídico**, v. 13, n. 83, 2010. Disponible en: <https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:7SQeQ-xOtWwJ:scholar.google.com/+estado+absolutista+e+soberania&hl=pt-BR&as_sdt=0,5>. Acceso en: 15 jun. 2019.

ASAMBLEA GENERAL, O. N. U. **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI), 1966.** Disponible en: <<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>. Acceso en: 3 jun. 2019.

ASAMBLEA GENERAL, O. N. U. **Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Resolución 2200 A (XXI), 1966. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/28142.pdf>>. Acceso en: 3 jun. 2019.

ASAMBLEA GENERAL, O.N.U. Declaración Universal de los Derechos humanos, 1948. Disponible en: <https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:Ba3szbURr20J:scholar.google.com/+declaracion+universal+de+los+derechos+humanos&hl=pt-BR&as_sdt=0,5>. Acceso en: 3 jun. 2019.

ASILO e Refúgio. Direção de Diego Pereira. Produção de Diego Pereira. Realização de Diego Pereira. Roteiro: Diego Pereira. [sin Local]: Provafinal, 2014.(10 min.) Son., color. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=Y28v9RZKRLI&t=313s>>. Acceso en: 6 jun. 2019.

ASILO POLITICO, Convención. Montevideo, 1933. Disponible de: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

AVANCINI, Helenara Braga. A dignidade da pessoa humana e a incorporação do direito internacional dos direitos do homem no direito interno luso-brasileiro. 2013. Disponible en: <http://pidcc.com.br/artigos/042013/042013_03.pdf> Acceso en: 27 jul. 2019. <https://doi.org/10.16928/2316-8080.V4N1p.76-98>

BALLESTEROS, Jesús. ¿Derechos?,¿ humanos?. 2003. Disponible en:<https://dudun.unav.edu/bitstream/10171/14282/1/PD_48_02.pdf> Acceso en: 27 jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, p. 3, 2010. Disponible en: <https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:hZbxzaTbiQJ:scholar.google.com/+luis+barroso,+dignidade+humana&hl=pt-BR&as_sdt=0,5> Acceso en: 27 jul. 2019.

BBC: 'Battisti quebrou a confiança do Brasil', diz ministro da Justiça sobre decisão de extraditar italiano. Brasil, 13 Não é um mês valido!, 2017. Disponible en: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41608641>>. Acceso en: 30 nov. 2019.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Poder Executivo. ASILO NO BRASIL, [2019]. Disponible en: <<http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/asilo-no-brasil>>. Acceso en: 5 jun. 2019.

BRASIL. Ministerio de Justica e Segurança Pública. Entenda as diferenças entre refúgio e asilo, [2019], Disponible: <<https://www.justica.gov.br/news/entenda-as-diferencias-entre-refugio-e-asilo>> Acceso en: 20 de Jul. 2019\

BRASIL. Policia Federal. Ministério da Justiça e Segurança Publica. Solicitação de Asilo, [2019]. Disponible en: <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/cedula-de-identidade-de-estrangeiro/documentos-necessarios-para-registro/asilo-politico-concedido-pelo-estado-brasileiro/asilo%20politico%20concedido%20pelo%20Estado%20brasileiro>>. Acceso en: 5 mayo 2019.

BRASIL. Polícia Federal. Ministerio de Justicia y Seguridad Publica. **Solicitação de Asilo:** documentos necessários. [2019]. Disponible en: <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/imigracao/cedula-de-identidade-de-estrangeiro/documentos-necessarios-para-registro/asilo-politico-concedido-pelo-estado-brasileiro/asilo%20politico%20concedido%20pelo%20Estado%20brasileiro>>. Acceso en: 14 jun. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acceso en: 15 jun. 2019.

CARDOSO, Oscar Valente. Extradicação x refúgio: o caso Cesare Battisti. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2445, 12 mar. 2010. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/14487>>. Acceso en: 29 abr. 2019.

CARTACAPITAL: Acompanhe a linha do tempo do caso do ex-ativista Cesare Battisti, condenado à prisão perpétua por participação em quatro assassinatos. Brasil, 5 jan. 2011. Disponible en: <<https://www.cartacapital.com.br/mundo/entenda-o-caso-battisti>>. Acceso en: 30 dic. 2019.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: volume 2 : direito constitucional positivo.** 22. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. v.2 . 867 p., il. Inclui bibliografia. ISBN 9788538405030.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele. **Aspectos da soberania no direito internacional.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3641, 20 jun. 2013. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/24731>>. Acceso en: 8 nov. 2019.

Conferencia Internacional sobre refugiados de Centroamerica. Ciudad de Guatemala, 1989. Disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

CONJUR: MJ não explica deportação de boxeadores cubanos. São Paulo, 28 fev. 2009. Disponible en: <<https://www.conjur.com.br/2009-fev-28/mj-explica-boxeadores-cubanos-nao-pediram-ficar-brasil>>. Acceso en: 10 nov. 2019.

CRUZ, Paulo Marcio. **Soberania e superação do estado constitucional moderno.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 2, p. 69-98, 2007. Disponível en: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/viewFile/42/40>> Acceso en: 15 jun. 2019. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i2.42>

CONSTITUÇÃO Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3. ed. São Paulo: Manole, 2012.

_____. CONSTITUCIONAL, Reforma. **República Bolivariana de Venezuela.** 2007. Disponible en: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20080616_41.pdf>. Acceso en: 8 nov. 2019.

CONVENCION de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 22 maio 1969. Disponible en: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1776>> Acceso en: 20 de Jul. 2019.

CORREIOBRAZILIENSE: **Quem é Cesare Battisti, italiano que vivia no Brasil e foi preso na Bolívia.** Brasília, Distrito Federal, 13 jan. 2019. Disponible en: <https://www.correobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2019/01/13/interna_mundo,730604/quem-e-cesare-battisti.shtml>. Acceso en: 30 nov. 2019.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Pueblo Indigena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, 2018, Costa Rica. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf>. Acceso en: 19 out. 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinion consultiva No. C-25 |18, 2018, Costa Rica. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf> Aceso en: 20 de Jul. 2019

DA SILVA, José Afonso. **A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia.** Revista de direito administrativo, v. 212, p. 89-94, 1998. Disponible en: <http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:F16qxCi_LCkJ:scholar.google.com/+dignidade+humana&hl=pt-BR&as_sdt=0,5> Acceso en: 27 jul. 2019. <https://doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169>

DE CASTRO, Octavio Johnny Roca. **El Asilo Político en el Ecuador y en America. Guayaquil; Ecuador:** EDINO, 2007. 216.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. In: Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. 1948. <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

DE SAN JOSE SOBRE REFUGIADOS Y PERSONAS DESPLAZADAS, Declaracion. San Jose, 1994. Disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

DE SOUZA DEL'OLMO, Florisbal. **Extradição no Brasil: casos de criminosos internacionais e a precipitada deportação dos atletas cubanos en 2007**. Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, v. 13, n. 1, p. 107-115, 2010. <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2008.v13n1p107>

DE TLATELOLCO SOBRE ACCIONES PRACTICAS EN EL DERECHO DE LOS REFUGIADOS EN AMERICA LATINA Y EL CARIBE, Declaracion. Ciudad de Mexico, 1999. Disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

DIAS, Hamana Karlla Gomes; AMARO, Hérica Rodrigues do Nascimento. **Concessão de asilo político no Brasil. Respeito às normas de Direito Internacional ou conveniência diplomática?**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2533, 8 jun. 2010. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/14997>>. Acceso en: 24 out. 2019.

DOTTO, Adriano Cielo; CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele. **Proteção International dos Direitos Humanos nos Planos Global e Regional Interamericano**. Revista EVS-Revista de Ciências Ambientais e Saúde, v. 35, n. 4, p. 503-514, 2008. Disponible en: <<http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/estudos/article/viewFile/679/518>> Acceso en: 27 jul. 2019.

ESPONDA FERNANDEZ, Jaime ; Lyra. **A judicialização do Refúgio. 60 anos de ACNUR.** 2009. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8945.pdf>> Acceso en: 20 de Jul. 2019

FERREIRA, Siddharta Legale; DE SOUSA, Adriano Côrrea. **Asilo político: Uma proposta alternativa sob a ótica constitucional**. Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense, v. 1, n. 1, 2008. Disponible en: <http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/article/viewFile/128/73>. Acceso en: 7 Dic. 2019

FILLOL, Alejandro Pastori. **Reflexiones sobre los problemas jurídicos vinculados con la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman c/Uruguay**. Revista Internacional de Derechos Humanos, n. 1, 2011. Disponible en: <<https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:8lGenNvzHJU:scholar.google.com/+PASTori+Fillol,+AleJAndro,+%E2%80%9CReflexio->>

[nes+sobre+los+problemas+jur%C3%A3dicos+vinculados+con+la+eje-cuci%C3%B3n+de+la+sentencia+de+la+corte+interamericana+de+derechos+humanos+en+el+caso+Gelman+c/+Uruguay%E2%80%9D,+en+Revista+Internacional+de+Derechos+Humanos,+A%C3%B1o+&hl=pt-BR&as_sdt=0,5](https://www.google.com.br/search?q=nes+sobre+los+problemas+jur%C3%A3dicos+vinculados+con+la+eje-cuci%C3%B3n+de+la+sentencia+de+la+corte+interamericana+de+derechos+humanos+en+el+caso+Gelman+c/+Uruguay%E2%80%9D,+en+Revista+Internacional+de+Derechos+Humanos,+A%C3%B1o+&hl=pt-BR&as_sdt=0,5) >. Acceso en: 6 jun. 2019.

FLORES, Joaquín Herrera. **Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto.** Los Libros de la Catarata, 2005. Disponible en: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Herj3K_9lcC&oi=fnd&pg=PA9&dq=JOAQUIN+HERRERA+FLORES,+OCCIDENTAL&ots=9G_shOK9xm&sig=JpA7XYU-QkY4FRnxCk5PDwoyn4PM#v=onepage&q=JOAQUIN%20HERRERA%20FLORES%2C%20OCCIDENTAL&f=false> Acceso en: 20 de Jul. 2019

FOLHA DE S. PAULO: **STF não é tutor do presidente, diz Ayres Britto.** São Paulo, 23 nov. 2009. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/AyresBritto/Entrevistas/2009_nov_23.pdf>. Acceso en: 30 dez. 2019.

FOLHA.UOL: **Battisti é preso preventivamente em Corumbá, em Mato Grosso do Sul.** São Paulo, 5 out. 2017. Disponible en: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1924604-battisti-e-preso-preventivamente-em-corumba-no-mato-grosso-do-sul.shtml>>. Acceso en: 30 dez. 2019.

FOLHA.UOL: **Dois cubanos que desertaram no Pan-07 pedem asilo no Brasil.** São Paulo, 8 ago. 2007. Disponible en: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u318608.shtml>>. Acceso en: 10 dez. 2019.

G1.GLOBO: **Entenda o caso Cesare Battisti.** São Paulo, 31 dez. 2010. Disponible en: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/12/entenda-o-caso-cesare-battisti.html>>. Acceso en: 30 nov. 2019.

GIL, Otto Eduardo Vizeu. **Soberania e superação do estado constitucional moderno.** Revista Senado, p. 171-173, 1998. <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/429/r140-17.pdf>> Acceso en: 15 jun. 2019.

GIOVANNETTI, Andrea (org.). **60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil.** Brasília: FUNAG, 2009. 256 p., il. Inclui bibliografia. ISBN 9788576311546.

GLOBOESPORTE: **Pugilistas não serão presos, diz Fidel.** São Paulo, 5 ago. 2007. Disponible en: <<http://globoesporte.globo.com/PAN/Noticias/0,,MUL83131-3862,00.html>>. Acceso en: 3 jan. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. **Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?**. Revista de direito, v. 12, n. 15, 2015. Disponível en: <<https://revista.pgsskroton.com/index.php/rdire/article/view/1987>>. Acceso en: 6 jun. 2019.

GUATEMALA. Declaración Universal de los Derechos humanos comentada. Recuperado de <http://www.un.org>, 1948. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tabcas/28141.pdf>>. Acceso en: 3 jun. 2019.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, v. 9, p. 382, 2006. Disponible en: <http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:rjvQUnThRKwJ:scholar.google.com/+GUERRA,+Sidney%3B+EMERIQUE,+Lilian+M%C3%A1rcia+Balmant.+O+princ%C3%ADpio+da+dignidade+da+pessoa+humana+e+o+m%C3%ADnimo+existencial.%C2%A0Revista+da+Faculdade+de+Direito+de+Campos,+v.+9,+p.+382,+2006.&hl=pt-BR&as_sdt=0,5> Acceso en: 27 jul. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos**. Diánoia, v. 55, n. 64, p. 3-25, 2010. Disponible en: <http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:HsWDzssjwk4J:scholar.google.com/+DERECHOS+HUMANOS+POR+HABERMAS&hl=pt-BR&as_sdt=0,5> Acceso en: 27 jul. 2019. <https://doi.org/10.21898/dia.v55i64.218>

HUMANOS, Convención Americana Sobre Derechos. Convención Americana sobre derechos humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. B-32, 1969. Disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 200 p. Inclui bibliografia e notas. ISBN 8573087099 (broch.).

JORNALNACIONALGLOBO: **Boxeadores desertores não representarão mais Cuba, diz Fidel**. São Paulo, 8 ago. 2007. Disponible en: <<http://jornalnacional.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL84698-5602,00-BOXEADORES+DESERTORES+NAO+REPRESENTARAO+MAIS+CUBA+DIZ+FIDEL.html>>. Acceso en: 3 jan. 2020.

Las Facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, actualidad - Sergio García Ramírez. Direção de Miguel Carbonell Sanchez. Produção de Miguel Carbonell Sanchez. Realização de Miguel Carbonell Sanchez. Roteiro: Miguel Carbonell Sanchez, Sergio García Ramírez. Ciudad de Mexico: Iijunam, 2011. (16 min.), son., color. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=gfa2vidXSQ8>>. Acceso en: 20 jan. 2020.

LIFANTE, Isabel. **Poderes discrecionales. Racionalidad y derecho.** 2006. Disponible en: <http://http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:B6w-Z4WdBxsJ:scholar.google.com/+Que+es+la+discrecionalidad&hl=pt-BR&as_sdt=0,5> Acceso en: 15 jun. 2019.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Inmigración y derechos humanos: un análisis crítico del caso brasileño.** Curitiba: Juruá Ed., 2013. 288 p. Inclui bibliografia e índice. ISBN 9788536240725 (broch.).

MANLY, Mark; Lyra. **A judicialização do Refúgio. 60 anos de ACNUR,** 2009. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8945.pdf>> Acceso en: 20 de Jul. 2019

MARTINEZ, Vinício. **Estado de Direito.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Tercina, año 11, n. 918, 7 jan. 2006. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/7786/estado-de-direito>>. Acceso en: 19 jan. 2020.

MAUÉS, Antônio Moreira. **Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. Revista Internacional de Direitos Humanos,** v. 10, n. 18, p. 215-234, 2013. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tblas/r32493.pdf>>. Acceso en: 6 jun. 2019.

MIGALHAS: Chega ao Supremo parecer da PGR na Extradicação do italiano Cesare Battisti. Brasil, 27 jan. 2009. Disponible en: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI76991,21048-Chega+ao+Supremo+parecer+da+PGR+na+Extradicao+do+italiano+Cesare>>. Acceso en: 2 dez. 2019.

MIGALHAS: Relator do pedido de extradição de Battisti considera ilegal a concessão de refúgio ao italiano. Brasil, 9 set. 2009. Disponible en: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI92559,71043-Relator+do+pedido+de+extradicao+de+Battisti+considera+ilegal+a>>. Acceso en: 3 dez. 2019.

MIGALHAS: STF autoriza extradição e diz que Presidente da República decide sobre entrega de Battisti. Brasil, 19 nov. 2009. Disponible en: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI97545,11049-STF+autoriza+extradicao+e+diz+que+Presidente+da+Republica+decide>>. Acceso en: 2 dez. 2019.

MIGALHAS: Tarso Genro: STF deve confirmar refúgio político a Battisti. Brasil. 13 maio 2009. Disponível en: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI84563,91041-Tarso+Genro+STF+deve+confirmar+refugio+politico+a+Battisti>>. Acceso en: 2 dez. 2019.

NASCIMENTO, Gabiel Biondes. Soberania: Concepção e Limitações no Estado Moderno. Revista Facefacultade, 2019. Disponível em: <http://facefaculdade.com.br/antigo/arquivos/revistas/Face_Gabriel_Biondes.pdf> Acceso en: 15 jun. 2019.

NEXOJORNAL: O que era e o que queria o grupo armado de extrema esquerda de Battisti. São Paulo, 22 out. 2017. Disponível en: <<https://www.nexojornal.com.br/expressso/2017/10/22/O-que-era-e-o-que-queria-o-grupo-armado-de-extrema-esquerda-de-Battisti>>. Acceso en: 30 dez. 2019.

NIKKEN, Pedro. **El concepto de derechos humanos.** IIDH (ed.), **Estudios Básicos de Derechos Humanos**, San José, I, p. 15-37, 1994. Disponible en: <http://data-teca.unad.edu.co/contenidos/90150/Curso_AVA/Curso_AVA_8-02/Entorno_de_Conocimiento_8-02/Bibliografia_Unidad_2/Concepto_de_Derechos_Humanos.pdf> Acceso en: 27 jul. 2019.

NOVO, Benigno Núñez Novo. **O direito de asilo político.** Boletim Jurídico, Ube-raba/MG, a. 13, no 1603, 2019. Disponível en: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-internacional/4322/o-direito-asilo-politico>> Acceso en: 27 jul. 2019.

ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Declaracion Universal de los Derechos Humanos, 10 Dec. 1948. Disponible em: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/1948_Declaración_Universal_de_Derechos_Humanos.pdf> Acceso en: 27 jul. 2019.

ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). **¿Qué es el Estado de Derecho?** [2004]. Disponible en: <<https://www.un.org ruleoflaw/es/what-is-the-rule-of-law/>>. Acceso en: 22 dez. 2019.

ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). **Derechos Humanos**, 2012, Disponible: <<https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>> Acceso en: 20 de Jul. 2019

PIOVESAN, Flavia. **A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.** Temas de direitos humanos, v. 2, p. 44-56, 2008. Disponible en: <https://sesi-jundiai.webnode.com/_files/200001427-d5bf6d6bb1/1%20s%C3%A9rie.pdf>. Acceso en: 24 out. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 6, 2008. Disponível en: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf>. Acceso en: 6 jun. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2011. 673 p. Inclui bibliografia. ISBN 9788502103207 (broch.).

PLAN DE ACCION DE MEXICO PARA LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS EN AMERICA LATINA, Declaración. Ciudad de Mexico, 2004. Disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

PODER360: **Cesare Battisti desembarca na Itália; entenda o caso e veja o vídeo**. São Paulo, 20 jan. 2019. Disponible en: <<https://www.poder360.com.br/internacional/cesare-battisti-desembarca-na-italia-entenda-o-caso/>>. Acceso en: 30 dez. 2019.

PORTO, Humberto A. Sierra. **CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS N° 7: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**. 2015. Disponible en: <http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:djD-O2GcybIJ:scholar.google.com/+CUADERNILLO+DE+JURISPRUDENCIA+DE+LA+CORTE+INTERAMERICANA+DE&hl=pt-BR&as_sdt=0,5>. Acceso en: 20 jan. 2020.

PRADO, Maximiliano. **Limitación de los derechos humanos: Algunas consideraciones teóricas**. Revista chilena de derecho, v. 34, n. 1, p. 61-90, 2007. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100005&script=sci_arttext&tlang=p>. Acceso en: 22 dez. 2019. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372007000100005>

QUINTANA, Fernando. **La ONU y la exégesis de los derechos humanos: (una discusión teórica de la noción)**. Porto Alegre; Rio de Janeiro: S.A. Fabris: UNIGRANRIO, 1999. 416 p.

RAMOS, Andre Carvalho; Lyra. **Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. 60 anos de ACNUR**, 2009. Disponible en: <https://www.researchgate.net/profile/Fabiano_L_De_Menezes/publication/322857004_O_panorama_da_protecao_dos_refugiados_na_America_Latina/links/5a7302d60f7e9b20d48ee460/O-panorama-da-protecao-dos-refugiados-na-America-Latina.pdf#page=163> Acceso en: 20 de Jul. 2019

REY, Sebastian A. **Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales. ¿Tres conceptos incompatibles.** Revista Digital de Derechos Humanos, v. 1, p. 73-100, 2012. <<https://www.corteidh.or.cr/tabcas/r34469.pdf>>. Acceso en: 6 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** Revista brasileira de direito constitucional, v. 9, n. 1, p. 361-388, 2007. Disponible en: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>> Acceso en: 27 jul. 2019.

SARLET, Wolfgang Ingo. **A dignidade da pessoa humana.** Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 84-94, 1998. Disponible en: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13488/13488_3.PDF>. Acceso en: 4 Jun. 2019.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público.** 5. ed. Belo Horizonte : Arraes, 2019.

SIQUEIRA, Alessandro Marques. **Estado Democrático de Direito. Separação de poderes e súmula vinculante.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 2009, 31 dez. 2008. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/12155>>. Acceso en: 10 Ene. 2020.

SOBRE ASILO DIPLOMATICOS, Convención. Caracas, 1954. Disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

SOBRE ASILO TERRITORIAL, Convención. Caracas, 1954. Disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

SOBRE ASILO Y REFUGIO POLITICO, Tratado. Montevideo, 1939. Disponible de: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

SOBRE ASILO Y REFUGIO POLITICO, Tratado. Montevideo, 1939. Disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

SOBRE EL ASILO, Convención. La Habana, 1928. Disponible de: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

SOBRE EL ESTATUS DE LOS REFUGIADOS, Convencion. Caracas. su resolución 429 (V), 1954. Disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

SOBRE EXTRADICION, Convención. Montevideo, 1933. Disponible de: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

SPAEMANN, Robert. **Sobre el concepto de dignidad humana**. Revista Persona y Derecho, n. 19, p. 13-33, 1988. Disponible en:<<https://www.unav.edu/publicaciones/revisitas/index.php/persona-y-derecho/article/download/32580/27945>>. Acceso en: 22 Jul. 2019

Tratado de Cartagena sobre Refugio. Ciudad de Cartagena, 1984. Disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

Tratado de Derecho Penal Internacional, 1889. Disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/ddi/refugiados_instrumentos_juridicos_internacionales.asp>. Acceso en: 3 jun. 2019.

VALLE, Rubén Hernández. **Las relaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional en el contexto latinoamericano**. In: Memoria: XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: el diseño institucional del Estado democrático, 15, 16 y 17 de septiembre de 2015. 2016. p. 519-540.

Varella, Marcelo D. **Direito internacional público**, Sao Paulo: Saraiva, 2009.

VOYAGESPHOTOSMANU. **História da França : François Mitterrand**. 2019. Disponible en: <https://www.voyagesphotosmanu.com/historia_franca_mitterrand.html>. Acceso en: 14 jan. 2019.

WACHOWICZ, marcos. **Asilo político como expressão de direitos humanos**. Revista facultad de derecho UFPR, 2005. Disponible en: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1776>> Acceso en: 20 de Jul. 2019.