

"LA NUEVA LEY DEL ASILO, VISIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL PENAL".

Por: Edward García Navarro (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Derecho Internacional Penal. 3. Consideraciones generales del asilo. 4. Clases de asilo. 5. Fuentes legales. 6. Principios fundamentales. 7. Del territorio. 8. Del sujeto que solicita el asilo. 9. De los delitos políticos. 10. Las obligaciones y derechos del Estado asilante. 11. Las obligaciones y derecho del asilado. 12. Fin del asilo. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

1. Un tema tan importante como el derecho de asilo ha sido legislado, hace poco, en nuestro ordenamiento jurídico; con tal propiedad como pocas veces se da en los países de Latinoamérica. La "Ley de Asilo" fue presentada el 24 de abril de 2002 como Proyecto N° 2668, luego fue promulgada el 10 de octubre del 2002, para entrar en vigencia por Ley 27840, el 12 de octubre del mismo año. Esta institución tiene acogida en algunas ramas del Derecho; tomando punto importante, de análisis y estudio, en el Derecho Constitucional, en el Derecho Penal y en el Derecho Internacional. La poca bibliografía peruana y algunas materias extranjeras nos dirige ha conjugarlas y, con ello, lograr un sucinto análisis de esta materia. A continuación, nos remitiremos, en primer lugar, a un estudio breve del Dere-

cho Internacional Penal, que nos va permitir comprender la identificación del asilo dentro del Derecho; y posteriormente, analizaremos algunos alcances generales necesarios, para luego ingresar a estudiar a la ley en sí misma.

2. DERECHO INTERNACIONAL PENAL.

2. El actual y creciente desarrollo de la ciencia y la tecnología, ha logrado la viabilidad de las comunicaciones, en los diferentes países de nuestro hemisferio; pero también ha generado un creciente incremento de delincuentes bajo el rubro de la "Criminalidad Internacional". Y es que, el acceso a las comunicaciones hace fácil el traslado de un país a otro; y con ello, los delincuentes pueden sencillamente evadir la sanción penal.

(*) Alumno de la Facultad de Derecho



3. Ante dicha situación, se requiere de un instrumento jurídico que se encargue de combatir la delincuencia internacional. Este instrumento jurídico o derecho requiere de una potestad punitiva internacional, que permita la defensa y protección de los derechos de la humanidad en su conjunto. Este derecho es el Derecho Internacional Penal.

4. El Derecho Internacional clásico no tomaba en consideración la responsabilidad penal de las personas individuales. La doctrina dominante del Derecho Internacional establecía que era inimaginable que una norma de éste derecho pueda ser infringida por los individuos⁽¹⁾. Así surge el Derecho Penal Internacional.

5. El Derecho Penal Internacional (DPI Internacional) se entiende, desde Jeremías Bentham (quien es el que le acuñó el nombre), como todo el conjunto de principios y disposiciones que regulan la aplicación espacial de la ley penal, cuando una persona respecto de la cual un Estado reclama respuestas penales, se encuentra en el territorio de otro Estado.

6. Este derecho encuentra sus antecedentes en la Edad Media. Aunque, es partir de la primera guerra mundial que se estableció que existían hechos que afectaban al Derecho Internacional. Se consideraba, principalmente, que estos hechos afectaban derechos fundamentales del hombre, cualquiera que fuera el Estado al que pertenecen; y también para el aseguramiento de las relaciones entre los Estados. "Se trataba de configurar un derecho y justicia penal sobre los Estados, teniendo en cuenta que siempre en estos

casos la propia autoridad está comprometida"⁽²⁾. Con el término de la segunda guerra mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas, se han dado la tipificación de delitos internacionales como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad.

7. En realidad, la denominación que acuñó Bentham, resulta impropia, pues se habla, más bien, de normas o principios del derecho interno, que de normas internacionales. Y es que, el Derecho Internacional no podía proteger sus propias normas y por ello el Derecho Nacional realizaba dicha función a través de sus normas⁽³⁾.

8. El derecho que requiere, esta problemática señalada al comienzo de nuestro análisis, es un derecho cuyas normas son de contenido internacional; normas que emanan de una comunidad internacional. Por ello, se propone utilizar la denominación "Derecho Internacional Penal" (DIPenal) a una futura legislación penal de aplicación internacional. El verdadero derecho, que combata los crímenes internacionales, es aquél que se integra a un Derecho Internacional antes que a un Derecho Penal nacional. Con el DIPenal se designa a este nuevo orden internacional, como parte del Derecho Internacional, donde se evita la confusión con los dispositivos que regulan la aplicación espacial de la ley penal⁽⁴⁾.

9. Este derecho solo podrá existir si fuera reconocido por la gran mayoría de los Estados, pasando a formar parte de las reglas jurídicas generales⁽⁵⁾. Esto se da ya sea elaborando tipos legales, sanciones, estableciendo tribunales comunes a diversas nacio-

¹ Jescheck, 1993, p. 105.

² Bustos/Hornazabal, 1997, p. 115.

³ Jescheck, 1993, p. 105.

⁴ Cerezo, 1988, pp. 210-211.

⁵ Cfr. Jescheck, 1993, p. 106.



nes, etc. Tal derecho aún no existe, pero está en proceso de elaboración. “Si bien en todos los países civilizados se manifiesta el propósito de colaborar en esta obra de beneficio común, y son numerosos los acuerdos tendientes a combatir las formas más graves de la criminalidad internacional, esbozándose así una unificación al menos parcial de los ordenamientos penales, es prematuro aún hablar de un verdadero DIPInternacional, por cuanto entre su denominación y su contenido existe todavía un marcado divorcio” (6).

10. Algunas tentativas de expresión del DIPenal, se han dado después de la segunda guerra mundial. Así, una de dichas expresiones se ve reflejada en el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, donde las cuatro grandes potencias, de esa época, junto a 19 estados, que se adhirieron al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, castigaban a los principales responsables de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. También destaca el Tribunal Militar de Tokio formado por 11 estados en el año de 1946. Actualmente, otra expresión del DIPenal, se encuentra concretizada en la Corte Penal Internacional de Roma, a través de su Estatuto del 17 de julio de 1998.

11. Por el momento, las instituciones que buscan resolver el problema de aplicación, con propiedad jurídica vinculante, son: la Extradición y el Asilo. Para nuestro estudio, sólo nos encargaremos del derecho de Asilo, tomando en cuenta la nueva ley nacional que la regula.

3. CONSIDERACIONES GENERALES DEL ASILO.

12. La palabra “asilo” proviene del latín “asylum”; y ésta, a su vez, deriva de la voz griega “asylus” que significa “aquello que no puede ser capturado”, o mejor dicho, es la protección que se le da a una determinada persona; que, temiendo por su vida o seguridad, busca protegerse en un lugar, que por diferentes motivos, debe ser respetado por sus seguidores.

13. La figura del asilo viene a ser una institución jurídica internacional, que consiste en la protección, que un determinado Estado concede a determinadas personas, que son objeto de persecución por razones políticas e ideológicas. Lo que originariamente era entendido como una gracia ahora se resalta al asilo como un derecho (7). Desde otra perspectiva, viene a ser la contrafigura de la extradición(8), ya que la protección del Estado asilante se plasmará con la denegación de extradición, que solicita el Estado que persigue al delincuente político; pero esto no quiere decir que se pueda extraditar a un delincuente común, ya que el asilo no da inmunidad(9).

14. La Ley 27840, “Ley de Asilo”, define, en su artículo 4 “El Asilo es la protección que el Estado otorga en su territorio al extranjero considerado perseguido por motivos delitos políticos y cuya libertad o vida se encuentren en peligro”.

15. El asilo tiene tres elementos básicos. El primer elemento es el Estado asilante, que

6 Labatut Glens, 1979, p. 84.

7 Cfr. Fernández Puyó en Justicia Política y Ley, N°1, marzo 1990, p. 7.

8 .Pérez Pinzón, 1996, p. 273. Cfr. Muñoz Conde/García Arán, 1996, p. 178.

9 Valle Riestra, 1989, p. 208.



es el Estado que otorga protección jurídica a una determinada persona. El segundo elemento es el perseguido político, que es el individuo que busca protección jurídica en un determinado Estado, ante la persecución que le sigue otro Estado por motivos políticos. La concesión del asilo convierte al perseguido político en asilado. Y el tercer elemento es el Estado de origen, que es aquel que persigue a un individuo por motivos o delitos de carácter político.

16. El fundamento de esta institución radica en la expresión humanitaria y solidaria que los Estados ofrecen frente a personas que no gozan del respeto y la libertad política, en su país de origen. "Entraña pues la admisión de una diferencia política básica. Si esa diferencia se suprime, el fundamento del derecho de asilo se diluye a la vez" ⁽¹⁰⁾ ⁽¹¹⁾.

17. Esto, en la práctica, no tiene tanto arraigo; ya que, en algunas circunstancias, por razones de política interna, por razones de seguridad o prudencia política o por querer mantener relaciones diplomáticas con el país donde se encuentra el asilado, se considera inadecuada la práctica del asilo. Aún así, el Estado asilante no puede entregar al asilado al Estado que lo persigue ya que sería un acto injusto que viola los derechos humanos fundamentales ⁽¹²⁾. Por otra parte, se ha conducido conceptualmente al asilo como una forma de limitación o recorte a la soberanía; pero esto no es del todo cierto, ya que entra en juego la voluntad soberana acep-

tando los efectos del asilo, de manera anticipada, a través de los múltiples tratados internacionales. "Es pues, la voluntad soberana la que prevalece. No es, en final de cuentas, la soberanía impuesta por razones principistas inalterables" ⁽¹³⁾.

18. Por lo tanto, debemos tener presente que, el derecho de asilo, más que un derecho subjetivo, propio de la persona, es un derecho del Estado que le concede a una determinada persona ⁽¹⁴⁾. La importancia de esta institución seguirá latente mientras siga en camino el proceso de desarrollo de los gobiernos Latinoamericanos hacia Estados democráticos de Derecho.

19. También, hay que tomar en cuenta la diferencia que existe entre el derecho de asilo y el derecho de los refugiados. Si bien, el asilo se ha limitado a reconocer a persecución política como causal única, la otra institución reconoce una serie de causales adicionales, ya sea por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia determinados grupo social u opiniones políticas (artículos 1 y 2, Estatuto de los Refugiados de 1951). Aún así, tanto el asilo como el refugio, tienen el mismo objetivo, es decir, la protección por un Estado de un extranjero perseguido en su país de origen ⁽¹⁵⁾. Mejor dicho, quien pretende buscar la calidad de asilado, debe tener previamente la condición de refugiado; y, es que el refugio no envuelve la calidad de asilo, solamente se constituye como calificación previa a ésta ⁽¹⁶⁾.

¹⁰ Quintero Olivares, 2000, p. 207.

¹¹ "El reconocimiento del derecho de asilo implica la aceptación de un cierta modalidad de extraterritorialidad respecto de la vigencia del ordenamiento penal del país que pertenece al extranjero refugiado en el territorio donde le es concedido asilo" (Poilano Navarrete, Tomo I, 1984, p. 519).

¹² Paz Soldán, 1984, p. 414.

¹³ Fernández Puyó, Ob. Cit., p. 8.

¹⁴ Así también lo expresa Convención de Caracas de 1954, en su tercer artículo: "Todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega".

¹⁵ Daniel O' Donnell, 1988, p. 226.

¹⁶ Cfr. Fernández Puyó, Ob. Cit., p. 8.



4. CLASES DE ASILO.

20. A través de la historia del DPI Internacional se han dado tres tipos de asilo: el asilo religioso o eclesiástico, el asilo territorial o de refugio y el asilo diplomático o político.

21. El asilo religioso viene a ser la forma más antigua del asilo. Se practicaba en los templos hebreos y griegos; teniendo luego gran auge, en la etapa imperial de Roma y en la Edad Media, bajo la influencia del cristianismo. Los individuos perseguidos, por razones ideológicas y políticas, se refugiaban en los templos, ante cuyas puertas, todos se detenían, por un temor supersticioso o por medio a la profanación de la santidad del lugar⁽¹⁷⁾. Este tipo de asilo entra en decadencia con el Renacimiento, desapareciendo en el siglo XVII, debido al proceso de secularización que se vivía durante la Época de las Luces⁽¹⁸⁾.

22. El asilo territorial viene a ser la protección que el Estado otorga al perseguido político, dentro de su territorio. Para que se de este tipo de asilo, es necesario que la persona haya traspasado las fronteras del país que le persigue, por motivos políticos⁽¹⁹⁾. Como notamos, en este tipo de asilo, se reafirma la soberanía que el Estado asilante ejerce sobre su territorio. La ley de Asilo considera, en el artículo 4: "El asilo concedido dentro de las fronteras del Estado se denomina territorial(...)".

23. El asilo diplomático es el amparo que un Estado da, en su sede diplomática, a una persona perseguida, por razones políticas, por otro Estado⁽²⁰⁾. Este tipo de asilo comienza a establecerse a fines del siglo XIV, a través de instalaciones de misiones diplomáticas permanentes donde se comenzaba a perfilar el carácter extraterritorial; y, de contrapartida, la extensión territorial del país al cual representaban⁽²¹⁾. En el artículo 4 de la Ley de Asilo, se señala que se considera, asilo diplomático, "el concedido en la sede de las Misiones Diplomáticas, incluyendo las residencias de los jefes de Misión, y en naves, aeronaves o campamentos militares del país en el exterior(...)".

24. El asilo diplomático surge con el establecimiento de representaciones diplomáticas de carácter estable, en las diversas monarquías europeas, en los albores de la Edad Moderna. Antes del siglo XX se hablaba, del derecho de asilo, como un criterio de extraterritorialidad de la ley penal en las embajadas y representaciones diplomáticas (Grocio: "fingitur esse extraterritorium"), pero luego comenzó a desaparecer en toda Europa. Con la guerra civil española y la guerra fría, resurge en Europa el derecho de asilo, pero sólo como práctica, ya que no ha sido reconocida como derecho, como si se da en Latinoamérica⁽²²⁾, donde el asilo ha tenido un importante desarrollo debido a muchos factores, entre ellos, la inestabilidad políti-

¹⁷ Cousiño, 1975, p. 228.

¹⁸ Cerezo Mir, 1988 p. 244.

¹⁹ El artículo 5 de la convención de Caracas de 1954 considera que se da este tipo de asilo, aun si el ingreso de una persona a la jurisdicción territorial de un Estado, se haya realizado subrepticia o irregularmente.

²⁰ El Decreto Supremo 001-85-RE en su artículo 9 considera asilado político "a los extranjeros que siendo perseguidos por razones políticas o de otra índole en su país de origen o en el de su última residencia, fueron acogidos por el Estado directamente en su territorio, en sus misiones diplomáticas u otra sede en que ejerza soberanía, sustrayéndolos a la competencia del gobierno que los persigue"

²¹ Fernández Puyó, Ob. Cit., p. 7.

²² Cfr. Cerezo Mir, 1988, p. 246-245.



ca, que ha conducido a que las persecuciones por esta causa sean muchas y alternadas, la fraternidad de los latinoamericanos y la voluntad de los gobernantes, por ayudar a los perseguidos políticos, contribuyó eficazmente a vigorizar esta institución⁽²³⁾.

25. El asilo político sólo se concede en las legaciones (legación viene a ser toda sede de misión diplomática ordinaria, la residencia de los jefes de misión y los locales habitados por ellos para habitación de los asilados cuando el número de éstos exceda de la capacidad normal del edificio. Artículo 1, segundo párrafo, Convención de Caracas de 1954), en naves, aeronaves (si las naves o aeronaves están provisionalmente en astilleros, arsenales o talleres para su reparación, no constituyen recinto para el asilo; artículo 1, tercer párrafo, Convención de Caracas de 1954) o campamentos militares del país⁽²⁴⁾, y no en los consulados. “Mediante el asilo político una persona reclamada por la presunta comisión de un delito, o conexo con este, o perseguida ilegal o inhumanamente, es sustraída de la jurisdicción que naturalmente debería intervenir en su juzgamiento, para quedar al amparo del país en cuya embajada o legión ha buscado protección”⁽²⁵⁾.

26. Nuestra Constitución Política de 1993 reconoce el asilo político en el artículo 36, dentro del capítulo “De los derechos políticos y de los deberes”. Esta nueva ley regula la institución del asilo territorial y el asilo diplomático (artículo 1).

5. FUENTES LEGALES.

27. El derecho de asilo tiene como fuentes

fundamentales, en la actualidad, a los tratados internacionales, tanto multilaterales como bilaterales.

28. Entre las normas de tratados multilaterales, como instrumentos del DPI Internacional, tenemos al artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala: “En caso de persecución toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él en cualquier país”; al artículo XXVII de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, que expresa: “Toda persona tiene derecho a 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”. Con relación a los tratados bilaterales, éstos se dislumbran más en los países latinoamericano; como es el caso del Tratado de Montevideo de 1899 sobre DPI Internacional, el Convenio sobre la Extradición celebrado entre Colombia, Ecuador Perú y Venezuela (1911). En esta Ley de Asilo, se expresa claramente en el artículo 1, segundo párrafo las tres fuentes legales internacionales de la cual se sustenta: los Convenios de la Habana (1928, IV Conferencia Internacional Americana), Montevideo (1933, VII Conferencia Internacional Americana) y Caracas (1954, X Conferencia Interamericana).

29. Podemos señalar, entre otras fuentes, también a las legislaciones internas de cada país, como instrumentos del DIPenal. En el mundo, se han dado pocas leyes especiales que regulan en forma específica el derecho

²³ Vid. Exposición de Motivos en Proyecto de Ley N° 2668.

²⁴ Artículo 1, primer párrafo de la convención de Montevideo de 1933; artículo. 1 de la convención de la Habana de 1928; artículo 1 de la Convención de Caracas de 1954.

²⁵ Pérez Pinzón, 1996, p. 274.



de asilo. Así, podemos mencionar, entre algunas leyes internas, a la ley orgánica sobre refugiados o refugiadas y asilados o asiladas de Venezuela, la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado de España, la Ley de Asilo territorial y diplomático de Panamá y la ley 19476 de Chile que regula este tema. En nuestro ordenamiento jurídico, hasta el 12 de octubre del 2002, no se ha dado ningún tipo de leyes específicas sobre esta materia. Se han dado normas como el Decreto Legislativo 703 (Ley de Extranjería) y el Decreto Supremo 001-85-RE que contienen algunas normas relativas al derecho de asilo. Hace algunos años, la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso ha planteado la necesidad de regular este instituto internacional en una ley especial. Dicha ley es a la que hacemos referencia en nuestro estudio y se encuentra dividida en dos títulos: Título I, Disposiciones Generales; y Título II, Del Asilo; contiene 28 artículos (el proyecto de ley contenían 26 artículos), y una disposición derogatoria.

30. No es aceptable como fuente del asilo la reciprocidad debido a su carácter humanitario (artículo 3, Convención de Montevideo 1933; artículo 20, Convención de Caracas de 1954).

31. Entre otras fuentes, también podemos señalar a la costumbre internacional y los principios generales del derecho, debido a la falta de normatividad en el mundo sobre este tema⁽²⁶⁾. Aunque, cabe mencionar que estas fuentes, son indirectas.

6. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

32. En el artículo 3 de la Ley de Asilo, se

menciona una serie de principios que son de aplicación necesaria durante el procedimiento del asilo.

33. El primer principio viene a ser el "indubio pro asylus". Se expresa, que ante cualquier duda en la interpretación de alguna norma sobre esta materia, primará la posición más favorable al que solicita el asilo.

34. Otro principio hace mención a la protección que debe predominar a favor de los derechos y beneficios otorgados a los asilados, por las convenciones internacionales, que nuestra patria ha firmado. Así pues, ningún artículo de la Ley de Asilo debe interpretarse y aplicarse violando los derechos mencionados.

35. Tampoco, el Estado puede ser someter, a una persona que ha solicitado asilo, a sanciones que le obliguen a retornar al territorio donde es sujeto a riesgo. Menos puede ser sometida a medidas o sanciones, debido a su ingreso o permanencia irregular en el territorio de la República.

36. Si el Estado asilante no le concede el asilo, podrá ponerlo fuera del territorio respetando sus garantías necesarias para que el refugiado salga del país respetándose la inviolabilidad de su persona, es decir, no entregándolo al Estado que le persigue por delitos políticos (artículo 2, tercera y cuarta disposición, Convención de la Habana de 1928). El Estado asilante podrá desembarcar al asilado en otro punto distinto del Estado territorial, pero no en un lugar próximo a él, salvo por necesidad de transporte (artículo 16, Convención de Caracas de 1954). Nuestra Constitución es clara en este punto, ya que señala, que "en caso de expulsión,

²⁶ El artículo XVIII del Acuerdo sobre extradición firmado en Caracas el 18 de julio de 1911 y su acuerdo interpretativo de 1935 señala: "Fuera de las estipulaciones del presente acuerdo, los Estados signatarios reconocen la institución de asilo, conforme a los principios del derecho Internacional". En el artículo 9 inciso "g" de esta ley se hace mención a la costumbre internacional como fuente legal en relación al término del asilo.



no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue” (artículo 36 in fine).

37. Otro principio importante, que ha de tomarse en cuenta, es la prohibición de adoptar posiciones discriminatorias, cuando se concede o anula el reconocimiento y ejercicio del asilo. No se permiten ningún tipo de discriminaciones que estén fundadas en la raza, sexo, credo, ideas políticas, condición social, país de origen u otras que impiden el ejercicio de este derecho.

7. DEL TERRITORIO.

38. El artículo 2 señala que “El territorio peruano constituye un espacio inviolable para todas las personas a quienes se concede Asilo y gozan de la protección del Estado”. Por ello, primero hay que comprender lo que significa “territorio peruano”.

39. Para entender el significado de territorio peruano, debemos ubicarnos primordialmente dentro de los estudios del Derecho Internacional y el Derecho Constitucional (27). Pero a efectos de la institución del asilo, consideramos jurídicamente por territorio, a todo lugar donde el Estado ejerce su soberanía (28). Hay que tomar en cuenta que una definición jurídica de territorio es más amplia que su concepto geográfico (29). Por ello, todo legislador debe de adoptar el carácter jurídico de territorio antes que una mera descripción física de ésta.

40. Entonces, vemos que la Constitución Política en el artículo 54 señala que el terri-

torio comprende los espacios geográficos donde la soberanía del Estado se puede extender, es decir, abarca al suelo, subsuelo, dominio marítimo y espacio aéreo que los cubre. Todo esto se debe considerar en principio. Hablar de un territorio real o efectivo significa que el territorio comprende las porciones terrestres (suelo), marítimas (dominio marítimo) y aérea (el espacio aéreo)

41. La extensión del suelo del territorio se halla establecido en los límites geográficos e históricos, precisados en los tratados celebrados y suscritos con los países limítrofes, el dominio marítimo comprende una extensión de doscientas millas marinas contadas desde la costa (artículo 54, segundo párrafo, Constitución Política; Decreto Supremo 781).

42. Con respecto a la extensión horizontal del espacio aéreo, el artículo 54 de la Constitución Política indica que cubre tanto al territorio como a su mar adyacente, hasta el límite de las doscientas millas. El problema aquí, se halla referido a la extensión vertical del espacio aéreo. Para este caso, nuestra Constitución (artículo 54 in fine) y las leyes peruanas (30) se afilian a la teoría ilimitada en la altura.

43. Si queremos hablar de un territorio flotante o ficticio, hay que hacer mención a las naves o aeronaves que se reputan hallarse en ese dominio. Aquí hacemos mención al principio del pabellón o de bandera (teoría del territoire flottant) que viene a ser una

²⁷ De la misma idea Fernández Carrasquilla, 1989, p. 140; Bacigalupo, 1984, p. 48; y Soler, 1978 p. 151.

²⁸ Jiménez de Asúa II, 1984, p. 771. Muñoz Conde y García Arán, 1996, p. 160

²⁹ Cousiño I, 1975, p. 167.

³⁰ Las derogadas Ley de Aeronáutica Civil No. 15270 (artículo 2) y su Reglamento (artículo 2 del Decreto Supremo No. 016 del 28 de noviembre de 1965), y la Ley de Aeronáutica Civil No. 24882 (artículo 3) de 1988, expresaban que la República del Perú ejerce soberanía y jurisdicción completa y exclusiva sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y aguas jurisdiccionales comprendidas dentro de las doscientas millas. La nueva Ley de Aeronáutica Civil No. 27261 (10 de mayo de 2000) mantiene el mismo criterio.



ampliación del principio de territorialidad, donde se extiende la aplicación de la ley penal peruana a hechos punibles cometidos en naves o aeronaves nacionales, en el lugar donde se encuentren y, en las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía (artículo 1, Código Penal).

44. De acuerdo con el Convenio de Chicago de 1944, un buque sólo puede llevar legítimamente un pabellón nacional y una aeronave sólo puede estar registrada en un Estado. El Estado cuyo pabellón ostenta un barco en la navegación marítima o en aguas interiores, o a cuyo amparo se registra una aeronave puede someter a su poder punitivo las acciones realizadas a bordo del buque o aeronave” (31).

45. En el caso de las aeronaves civiles peruanas, halladas fuera del territorio de la República, los delitos cometidos a bordo se encontrarán sometidos a la ley peruana (artículo 6, Ley 27261), cuando estén ubicados sobre territorio extranjero. Se exceptúa este caso, cuando los efectos de tales actos o delitos afecten la seguridad o el orden público del Estado subyacente o causen daño a personas o bienes dentro de del territorio. En el caso de las aeronaves civiles extranjeras, los delitos que se cometan a bordo, cuando dicha nave se halle en vuelo sobre territorio peruano, se rigen las leyes del Estado de matrícula de la aeronave, excepto cuando afecten la seguridad o el orden público de la República peruana y cuando causen daño a personas o bienes en territorio peruano (artículo 7, Ley 27261). Las aeronaves

del Estado (utilizadas en servicios militares, de policía y aduana, artículo 38, numeral 2, Ley 27261), se someten necesariamente a las leyes peruanas (artículo 2, Ley 27261).

46. Otro punto discutible, viene a ser la determinación de que ley aplicar cuando haya conflicto entre el principio de territorialidad y el principio del pabellón (32). El Convenio de Tokio de 1963 nos dice que se otorgará primacía a este último (artículo 3, III). Ejemplo: si una conducta delictiva es ejecutada y consumada a bordo de una aeronave, que se encuentra dentro del territorio de un país, diferente al de su nación, prevalece la aplicación de la ley penal de la bandera que ostenta la aeronave.

47. Se ha discutido si los recintos diplomáticos o las embajadas constituyen o tienen efectos extraterritoriales. Algunos reconocen, dicha extraterritorialidad, a los espacios ocupados por las diplomacias en un país extranjero, considerando que tienen la calidad de territorio de soberanía del país representado (33). Otros señalan, que las representaciones diplomáticas no forman parte del territorio, menos una supuesta extensión extraterritorial de estos inmuebles (34). Consideramos cierta, la segunda postura, debido a que no se debe de hablar de efectos extraterritoriales cuando se menciona o hace referencia a las embajadas o representaciones diplomáticas, pues implicaría establecer la renuncia de la soberanía nacional del otro país sobre la porción territorial en donde se acoge la embajada, sino más bien las embajadas son inmunes a la jurisdicción del país donde se encuentran por la razón de la función de representación que cumplen

31 Jescheck, 1993, pp. 150-151.

32 Cfr. Bacigalupo, 1984, p. 48.

33 Marquéz Piñero, 1986, p. 109.

34 Cury Urzúa, 1982, p. 169.



los funcionarios de dichas embajadas. "No se trata de una exención territorial, sino personal (...)"⁽³⁵⁾.

48. Cuando se habla de asilo territorial, que claro establecer, que la protección que brinda el Estado peruano, abarca todo lo señalado en el concepto de territorio peruano; pero, cuando se habla de asilo diplomático, debemos acotar que la protección que se le brinda al asilado en las embajadas, no se relaciona con un supuesto de extraterritorialidad del territorio peruano, sino por la inmunidad de los funcionarios diplomáticos.

8. DEL SUJETO QUE SOLICITA EL ASILO.

49. Del estudio del artículo 4 de esta ley, deducimos que, para tener la calidad de asilado, es necesario mencionar tres condiciones importantes y concurrentes:

- Que sea una persona cuya nacionalidad no provenga del Estado al cual se le solicita el asilo. En otras palabras, el sujeto debe ser un extranjero. Resulta incoherente que la persona busca el asilo se dirija a la embajada del país donde es perseguido por motivos políticos.
- Que sea considerado perseguido por motivos o delitos políticos. Debemos tomar en cuenta, que el derecho de asilo sólo se le concede a las personas que son víctimas de persecuciones políticas. No debe tratarse de personas que hayan cometido delitos comunes (artículo 1, primer párrafo, Convención de Montevideo 1933; artículo 1, Convención

de la Habana de 1928; artículo 1, primer párrafo, y el artículo 3, Convención de Caracas de 1954). Las personas refugiadas que hayan cometido delitos comunes, deberán ser entregadas al Estado que le solicita. (artículo 1, segundo párrafo, Convención de Montevideo 1933; artículo 1, segundo párrafo, Convención de la Habana de 1928).

- Que la libertad o vida de dicha persona se encuentre en peligro. Por eso, se requiere que la solicitud de asilo se de por casos de urgencia⁽³⁶⁾ y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado se ponga de otra manera en seguridad (artículo 2, primera disposición, Convención de la Habana de 1928; artículo 5, Convención de Caracas de 1954). Además, no hay que olvidar, que dicha persona tienen derecho de asilo sin ningún tipo de discriminación⁽³⁷⁾.

9. DE LOS DELITOS POLÍTICOS.

50. Un punto discutido y formulado en la doctrina es la determinación de cuándo nos encontramos ante un delito político o no. Tomando en cuenta, que el sujeto que solicita asilo debe ser perseguido por motivos o delitos políticos, es necesario analizar este punto discutido.

51. Para precisar el concepto de delito político se han elaborado teorías objetivas, subjetivas y mixtas. Las teorías objetivas hablan de una delito político puro, es decir aquellos delitos en los cuales se atenta contra los bienes jurídicos políticos, es decir, contra la organización política y constitucio-

³⁵ Soler, 1976, p. 157.

³⁶ Se entiende por 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 (artículo 6 de la Convención de Caracas de 1954). Quien aprecia, si se trata de un caso de urgencia, es el Estado asilante (artículo 7 in fine).

³⁷ El artículo 20 de la Convención de Caracas es reiterante en este punto: "Toda persona sea cual fuere su nacionalidad, puede estar bajo la protección del asilo".



nal del Estado. Su objetividad es política. Ejemplo: la sedición y la rebelión. Las teorías subjetivas identifican un delito político relativo, que se fundamenta por el móvil o el fin político perseguido por el agente, aunque por el bien jurídico lesionado se trate de un delito común. La finalidad es política pero el resultado concreto es delictivo. Ejemplo: robar armas para la sedición, asesinar al presidente de la república por motivos políticos. Las teorías mixtas combinan ambos criterios y los llaman delitos conexos. Ejemplo: hurtar o matar durante la sedición. Se diferencian en extensivas y restrictivas. Para la teoría mixta extensiva, delito político es el que atenta contra la organización política o constitucional del Estado y todos los que se realicen con un motivo o fin político; la teoría mixta restrictiva entiende que delito político es el que atenta contra la organización política o constitucional del Estado pero además se realiza con un fin político⁽³⁸⁾.

52. La ley del asilo no precisa el criterio que permita identificar la condición de un delito político. Nuestra Constitución Política (artículo 37, tercer párrafo) y la Ley de Extradición (artículo 7) sólo utilizan la frase «delitos políticos o hechos conexos con ellos». La ciencia penal peruana, en su mayoría, ha optado la calificación del delito político por criterios mixtos⁽³⁹⁾.

53. La Constitución peruana excluye de la condición de delitos políticos a los actos de terrorismo, magnicidio (la antigua cláusula

belga) y genocidio (artículo 109, segundo párrafo)⁽⁴⁰⁾. La ley de esta materia en su artículo 6 excluye del derecho de asilo a las personas que se encuentren inculpadas, procesadas o condenadas por delitos contra la paz, el terrorismo, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad. Más bien, en éstos casos procede la extradición por obligarlo las Convenciones sobre genocidio de 1945 y 1946.

10. LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL ESTADO ASILANTE

54. El Estado que concede el asilo, será el que califique si el delito, que es objeto de persecución, tiene carácter político o no. Dicha calificación es de carácter obligatorio para el Estado de origen del asilado (artículo 2, Convención de Montevideo 1933; artículo 4, Convención de Caracas de 1954). La Constitución Política acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante. (artículo 36 in fine). El artículo 5 de la ley del asilo, nos da entender que es el Estado quien calificará los hechos que motivan otorgar el asilo.

55. El Estado es el único que puede otorgar el asilo a un extranjero y lo hace a través del Ministerios de Relaciones Exteriores. Este ministerio concede al residente asilado visación (artículo 44, Ley de Extranjería) que tendrá una duración de un año, prorrogable anualmente (artículo 47 in fine).

56. Si el sujeto que solicita el asilo se vale de documentos, datos o declaraciones fal-

³⁸ «Quedan excluidos, por tanto, del concepto de delito político, con arreglo a éstas teorías los delitos contra la organización política o constitucional del Estado realizado con móviles o fines no políticos (ánimo de lucro, afán de notoriedad, etc.) y los delitos comunes realizados con un móvil o fin político (asesinato, robo, daños, incendio, etc.). Este concepto mixto restringido es, a mi juicio, el más correcto (...)» (Cerezo Mir, 1988, p. 227).

³⁹ Bramont Arias Torres/Bramont – Arias Torres, 2001, p. 146-147; Peña Cabrera, 1998, p. 228; Villa Stein, 1998, p. 154.

⁴⁰ Para Hurtado Pozo (1987, p. 258), esta excepción expresa sólo se comprende si se considera que el carácter político de las infracciones se hace depender del móvil del agente (concepción subjetiva)».



sas que permitan determinar las condiciones necesarias para que se le conceda el asilo, se le revocará. Aún así, se le permite su permanencia en el territorio peruano, pero con la calidad de extranjero (artículo 7, Ley de Asilo).

57. Si el Estado asilante pide la salida del asilado, fuera del Estado territorial, éste último debe dar las garantías necesarias y el correspondiente salvoconducto, salvo caso de fuerza mayor. (artículo 12, Convención de Caracas de 1954). Estas garantías necesarias deben ser entendidas en el sentido de la seguridad del asilado frente al Estado asilante y frente al Estado territorial.

58. Concedido el asilo, el Estado asilante asume la obligación de garantizar la inviolabilidad personal del asilado. Le proporciona un ambiente adecuado para que el asilado pueda subsistir y desarrollarse como un ser humano al igual que los demás ciudadanos⁽⁴¹⁾. Mientras se decida la situación del sujeto que solicita el asilo, éste gozará provisionalmente de la protección del Estado. Si el Estado asilante no le concede el asilo, podrá ponerlo fuera del territorio respetando sus garantías necesarias para que el refugiado salga del país respetándose la inviolabilidad de su persona, es decir, no entregándolo al Estado que le persigue por delitos políticos (artículo 2, tercera y cuarta disposición, Convención de la Habana de 1928). El Estado asilante podrá desembarcar al asilado en otro punto distinto del Estado territorial, pero no en un lugar próximo a él, salvo por necesidad de transporte (artículo 16, Convención de Caracas de 1954). Nuestra

constitución es clara en este punto, ya que, señala, que “en caso de expulsión, no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue” (artículo 36 in fine)

11. LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL ASILADO

59. Una vez concedido el asilo, el sujeto que solicitó dicho derecho tiene la condición de asilado del país que le protege; por ello, se le otorga una serie de derechos y obligaciones adicionales a sus derechos fundamentales.

60. El asilado debe de respetar la Constitución Política y las leyes de la República que le reconoce el asilo. No se le permite intervenir en asuntos políticos o de otra índole (artículo 11, Ley de Asilo). Se establece esta obligación, para que el asilado no comprometa la seguridad nacional, las relaciones o los intereses del Estado peruano. De ello, durante el período del asilo, el asilado no podrá realizar actos contrarios a la tranquilidad pública. (artículo 2, quinta disposición, Convención de la Habana de 1928)⁽⁴²⁾, ni intervenir en la política interna del Estado territorial (artículo 18, Convención de Caracas de 1954).

61. Uno de los principios que consagra esta ley -en el artículo 6- viene a ser la protección y garantía de la unidad familiar del asilado. Siguiendo esta garantía, el Estado no tan sólo deberá conceder derechos al asilado, sino también a la familia del asilado. Por eso, el Estado deberá otorgar, a título gratuito, tanto al asilado como o su cónyuge y dependientes, documentos de identidad, en

⁴¹ La ley del asilo en su artículo 3 numeral 6 señala que se garantiza la unidad familiar del asilado.

⁴² “Ningún Estado tiene el derecho de pedir a otro estado que coarte a los asilados o refugiados políticos la libertad de reunión o asociación que la legislación interna de éste reconoce a todos los extranjeros dentro de su territorio, a menos que tales reuniones o asociaciones tenga por objeto promover el empleo de la fuerza o la violencia contra el gobierno del estado solicitante” (artículo 8, Convención de Caracas de 1954).



los que señalará su calidad migratoria, así como documentos de viaje, si es que no los tuviera. Resultaría ilógico solicitar documentos de viaje al Estado de su nacionalidad. Es importante aclarar, que el asilo sólo se le concede al sujeto que la solicitó debido a las condiciones que hemos señalado con anterioridad; por ello, no se puede extender dicha calidad a los familiares del asilado. Esta ley del asilo es clara con respecto a este punto, así pues señala, en su artículo 14, que los familiares del asilado recibirán el trato más favorable con arreglo a la ley de extranjería. Pero esto no quiere decir, que los familiares pierdan su derecho a exigir el asilo. Éstos pueden exigirlo siempre y cuando tengan las condiciones señaladas, pero siguiendo otro procedimiento (artículo 14, segundo párrafo, *in fine*).

62. El trato que se le otorgará al asilado será el mismo que concede a los extranjeros en general (artículo 16). Tendrá también los derechos de tutela jurisdiccional como los tiene cualquier nacional (artículo 17).

63. Los derechos laborales y la seguridad nacional se le es garantizada al asilado en las mismas condiciones que se le garantiza a cualquier nacional (artículo 23). Podrá ejercer actividades económicas que le permitan generar ingresos para satisfacer sus necesidades y las de sus dependientes. Nuestra ley recoge un punto importante, al establecer que los asilados se exceptúan de las medidas restrictivas respecto de los extranjeros, en la protección del mercado nacional del trabajo (artículo 18).

64. El derecho a la educación también se halla presente en el análisis de esta ley, don-

de se garantiza, al asilado y a sus dependientes, el acceso a la educación pública, ya sea básica, media o universitaria, sin ningún tipo de discriminación (artículo 19). Se les reconoce también títulos profesionales, por las autoridades respectivas como también el derecho a ejercer su profesión, aunque no hubiese convenios bilaterales de reconocimiento con los países de procedencia. (artículo 20).

65. El Estado se encargará de proporcionar alojamiento temporal y alimentación necesaria al asilado y sus dependientes (artículo 21). Se le concede también el derecho a escoger el lugar de su residencia, dentro del territorio y a viajar libremente por él, tomando en cuenta las limitaciones que señalan la Constitución y las leyes (artículo 25). Podrá también realizar viajes al extranjero, pero debe contar con previa autorización del Estado. El artículo 27 señala, que sólo podrá estar fuera del territorio dentro de un plazo de sesenta días (43). Consideramos que el legislador debía de señalar los casos en los cuales, por circunstancias ajenas a la voluntad del asilado, no logre hallarse dentro del territorio del Estado asilante en el plazo estipulado, concediendo las salidas necesarias, en dichos casos.

66. El asilado tendrá también el mismo trato que cualquier nacional en relación a la asistencia y salud pública (artículo 22)

67. Si el asilado incumpliese las obligaciones que señala la ley, el Estado tiene la potestad de expulsarlo del país (artículo 10). Pero no hay que olvidar, que dicha expulsión debe ejecutarse respetando la situación de perseguido político del asilado; por

⁴³ En concordancia con dicho artículo la ley de extranjería en su artículo 51 establece que las causas de pérdida de la calidad de asilado son: salida no autorizada de un asilado de un miembro de su familia, del territorio nacional, su reingreso dentro del plazo autorizado, el incumplimiento de las normas de asilo, o la caducidad de las razones que dieron al asilo.



eso, no debe ser retornado a su país de origen, ni menos debe ser dejado en lugares cercanos a dicho país.

12. FIN DEL ASILO.

68. En el artículo 9 de esta ley se expresa siete supuestos en los cuales se finaliza la calidad del asilado o se termina el trámite para su concesión:

- Cuando llega a su término la situación que lo produjo. Es decir, cuando ya no es perseguido por motivos o delitos políticos, por parte del Estado de su nacionalidad u origen; y por ende, tanto su libertad como su vida no se encuentre en peligro. Así por ejemplo cuando el estado de origen del asilado concede la amnistía.

- Cuando asilado retorna a su país de origen. En este caso se debe entender que, la decisión de retornar al país debe de nacer del propio asilado. Dicha voluntad no debe ser viciada por elementos externos. Así por ejemplo a través de la amenaza que los funcionarios del Estado de su nacionalidad realizan en contra del asilado. Si el asilado decide retornar a su país de origen, por haberse terminado las causas que le obligaron a solicitar el asilo, tendrá todas las facilidades que le concede el Estado. El Estado podrá brindar los respectivos certificados educativos o laborales que requiera y a los que haya lugar (artículo 8).

- Cuando el asilado se naturaliza peruano. En otras palabras, obtenga la nacionalidad peruana. Esto, de acuerdo al artículo 26 de esta ley (⁴⁴), que permite, a título gratuito, los tramites necesarios para dicha naturalización.

- Cuando el asilado adquiere por cualquier medio la nacionalidad de un tercer Estado. Este supuesto se da cuando el asilado obtiene la nacionalidad, pero no del Estado que le concede el asilo, sino de otro Estado, como es coherente que no sea el de su nacionalidad.

- Cuando el asilado abandona sin autorización o de manera definitiva el territorio nacional. Este supuesto se da en concordancia con la limitación establecida en el artículo 27, que señala un plazo de sesenta días como máximo y previa autorización, para estar fuera del territorio del Estado asilante.

- Cuando el asilado realiza actos que de acuerdo a la presente ley o su reglamento, implican la pérdida de la condición de asilado.

- Cuando los convenios o la costumbre internacional disponga que termina el asilo. Se hace mención a las fuentes necesarias, que se deben tener presente, para esta materia. Es una especial referencia a la costumbre internacional como fuente para este problema.

13. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

69. Nos ha sido grato dedicarnos, al estudio de una institución reciente para el derecho positivo peruano, como lo es el Asilo. Hemos dedicado estas líneas a un breve análisis al DIPenal que aparece en la actualidad de manera tentativa, pero con un futuro arraigo, si así lo deciden los países hermanos. Hemos logrado un ensayo práctico con respecto a una definición de asilo, su descripción en sus tres elementos, y fundamentos. Posteriormente, describimos las tres clases

⁴⁴ El artículo 9 inciso c de dicha ley debe de remitirse al artículo 26 y no al artículo 27 como lo señala expresamente.



de asilo que se han dado a través de la historia del derecho: el asilo religioso, el asilo territorial y el asilo diplomático o político. Hay que acotar, que, de la poca legislación sobre este instituto jurídico, sólo se ha encontrado regulado el asilo diplomático. Por ello, no es comprometedor, señalar el gran avance de nuestro legislador peruano al regular, por primera vez, quizás en Latinoamérica, a la institución del asilo territorial. Más adelante, nos hemos referido a otros tres elementos importantes de análisis, es decir, al territorio peruano, al delito político y al sujeto que solicita el asilo. Después, hemos señalado y detallado los diferentes derechos y obligaciones, tanto para el Estado asilante como para el asilado, que recoge esta nueva ley. Culminamos nuestro estudio, con un sucinto comentario a cada una de las causales que pone fin a este derecho.

70. Concluimos entonces señalando la importancia de esta ley en un país como el nuestro, aunque transitando por una etapa de reformas constitucionales y legales.

Bibliografía:

- Enrique Bacigalupo. Manual de Derecho Penal. Parte General. Temis. 1984. Luis Miguel Bramont – Arias Torres. Manual de Derecho penal. parte general. Editorial Santa Rosa. Lima. 2000. Luis Bramont Arias y Luis Bramont – Arias Torres. Código penal Anotado. Cuarta edición. San Marcos. Lima. 2001. Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malarée. Lecciones de Derecho Penal (volumen I). Editorial TROTTA. Madrid. 1997. José Cerezo Mir. Curso de Derecho Penal Español. Parte general I. Tercera edición 2da reimpresión. TECNOS. Madrid. 1988. Luis Cousiño Mac Iver. Derecho Penal Chileno. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1975. Enrique Cury Urzúa. Derecho penal. parte general. Tomo I. Editorial jurídica de Chile. Santiago, 1982. Juan Fernández Carrasquilla. Derecho Penal Fundamental. Tomo I. Reimpresión de la segunda edición. Temis. 1989. Gonzalo Fernández Puyó. Derecho Internacional: La institución del Asilo, en Justicia Política y Ley, N° 1, mayo 1990. José Hurtado Pozo. Manual de Derecho Penal Parte General. 2da edición. EDDILI. Lima. 1987. Hans Heinrich Jeschek. Tratado de Derecho Penal. Parte General. COMARES. Granada. 1993. Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal Parte General. Tomo II. Editorial Lozada. Buenos Aires. 1984. Gustavo Labatut Glens. Derecho penal. Tomo I. 8va edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1979. Rafael Márquez Piñero. Derecho Penal Parte General. Trillas. México. 1986. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. Derecho penal. parte general. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996. José Pareja Paz Soldán. Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979. 3era edición. Ediciones Justo Valenzuela V. Lima 1984. Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho penal: Estudio programático de la parte general. Grijley. Lima. 1998. Daniel O'Donnell. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas. 1988. Alvaro Orlando Pérez Pinzón. Introducción al Derecho penal. 3ra edición reimpresión. Forum Pacis. Ibagué. 1996. Miguel Poilano Navarrete. Derecho Penal. Parte General: Fundamentos Científicos del Derecho Penal. Tomo I. BOSCH. 1984. Gonzalo Quintero Olivares. Manual de Derecho Penal Parte General. 2da edición. 2000. Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino I. 8° reimpresión total. TEA. Buenos Aires. 1978.