



CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU PERSPECTIVA INTERNACIONAL *VERSUS* INMIGRANTE EN SITUACIÓN IRREGULAR

I. CONTENIDO MATERIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL

1. *El derecho de acceso a la justicia en el derecho internacional de los derechos humanos*

Pretender encerrar el tema del derecho de acceso a la justicia dentro de las fronteras del derecho nacional sin considerar al derecho internacional no sólo limita las posibilidades de conocimiento del tema, sino también la posibilidad de resolver dicha problemática.¹¹ Cabe recordar que el derecho internacional de los derechos humanos tiene como objetivo central establecer un régimen normativo e institucional obligatorio, que asegure la debida protección de la persona en el plano internacional, y garantizar con ello el respeto de los valores considerados como comunes por el conjunto de Estados de la comunidad internacional.¹²

Un valor fundamental de dicha comunidad internacional es el garantizar de manera efectiva el derecho de acceso a la justicia de las personas,¹³ contenido en diversas declaraciones, tratados, resoluciones,

¹¹ René, David, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

¹² Abellán Honorubia, Victoria, “Internacionalización del concepto y del contenido de los derechos humanos”, en Pignarelli Centro (coord.), *Los derechos humanos camino, hacia la paz*, Zaragoza, Dirección General de Aragón, pp. 15-28.

¹³ Hierro, Liborio L., “El concepto de justicia y teoría de los derechos”, en Díaz, Elías y Colomer, José Luis, *Estados, justicia y derechos*, Madrid, Alianza, 2002, pp. 11 y ss.

sentencias u opiniones consultivas. En la actualidad, la obligación de los Estados, de garantizar dicho derecho, se encuentra sujeta a una serie de cuestionamientos,¹⁴ ya que de no garantizar de manera efectiva ese derecho se cierra la única puerta de acceso para el reclamo de otros derechos humanos, y con ello podrían gestarse graves problemas sociales.¹⁵

¹⁴ Finnis, John, *Natural Law and natural rights*, Oxford, Claredon Press, 1980, pp. 161 y ss.

¹⁵ En relación con el derecho de acceso a la justicia, los tratados que deben destacarse son: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980; adhesión de México: 23 de marzo de 1981; entrada en vigor internacional: 23 de marzo de 1976; entrada en vigor para México: 23 de junio 1981; publicado en el *DOF* del 12 de mayo de 1981. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966; aprobación del Senado: 4 de diciembre de 2001; adhesión de México: 15 de marzo de 2002; entrada en vigor internacional: 23 de marzo de 1976; entrada en vigor para México: 15 de junio de 2002. No se ha publicado en el *DOF*. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Destinado a Abolir la Pena de Muerte, del 15 de diciembre de 1989; aprobación del Senado: 24 de marzo de 2007; adhesión de México: 26 de septiembre de 2007; entrada en vigor internacional: 11 de julio de 2001; entrada en vigor para México: 26 de diciembre de 2007. No se ha publicado. Convención Americana de Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado 18 de diciembre de 1980; adhesión de México: 24 de marzo de 1981; entrada en vigor internacional: 18 de julio de 1978; entrada en vigor para México: 24 de marzo de 1981; publicada en el *DOF* el 7 de mayo de 1981. Protocolo Facultativo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, del 18 de junio de 1990; aprobada por el Senado el 12 de diciembre de 1995; ratificación: 16 de abril de 1996; entrada en vigor internacional: 16 de noviembre de 1999; entrada en vigor para México: 16 de noviembre de 1999; publicado en el *DOF* el 10. de septiembre de 1998. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura del 9 de diciembre de 1885; aprobada por el Senado el 16 de diciembre de 1986; ratificación: 22 de junio de 1987; entrada en vigor internacional: 28 de febrero de 1987; entrada en vigor para México: 22 de julio 1987; publicada en el *DOF* el 11 de septiembre de 1987. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas del 9 de Junio de 1994; aprobada por el Senado: 10 de diciembre de 2001; ratificación de México: 9 de abril de 2002; entrada en vigor internacional: 28 de marzo de 1996; entrada en vigor para México: 9 de mayo de 2002. Publicación: *DOF*, 6 de mayo de 2002. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950; Protocolo Adicional del 20 de marzo de 1952; Protocolo número 2, del 6 de mayo de 1963; Protocolo número 6, del 28 de abril de 1983; Protocolo número 8, de 19 de marzo de 1985; Convenio contra Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles o Degradantes, del 10 de diciembre de 1984; aprobado por el Senado el 9 de diciembre de 1985; ratificación de México: 23 de enero de 1986; entrada en vigor internacional: 26 de junio de 1987; entrada en vigor para México: 26 de junio de 1987, *DOF*, del 6 de marzo de 1986. Convención Europea para la Prevención de la Tortura, del 26 de noviembre de 1987, y la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989; aprobada

Los tratados en materia de derechos humanos surgieron como una respuesta frente a las violaciones graves de esos derechos, cometidas en muchas ocasiones por los Estados de la nacionalidad de las personas afectadas, lo cual ocasionaba la indefensión de la persona, por carecer de *ius standi* para el reclamo de sus derechos ante una instancia internacional. A partir de la celebración de dichos tratados, la materia de derechos humanos dejó de ser materia reservada del fuero doméstico de los Estados, y se incorporó a las materias reguladas por el derecho internacional.¹⁶

El derecho de acceso a la justicia se transformó, de un derecho de enunciación general y carente de efectividad, en un derecho fundamental de primer orden, cuya regulación exige un detalle muy minucioso, para garantizar de manera efectiva su ejercicio. De tal suerte que de un concepto jurídico tan general como el de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone: “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que le ampare, contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”,¹⁷ se llega en instrumentos recientes a un detalle y sofisticación que no imaginaron los redactores de la Declaración Universal.

Dentro de los instrumentos internacionales que empiezan a definir el derecho de acceso a la justicia, y con ello a ampliar su ámbito de protección y garantía, ubicamos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), cuyo artículo 14 detalla con gran amplitud el contenido del derecho de acceso a la justicia, y que en su parte medular señala: “todas las personas son iguales ante los Tribunales y las Cortes de Justicia, tendrán derecho a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación”.¹⁸

por el Senado el 19 de junio de 1990; entrada en vigor internacional: 2 de septiembre de 1990; ratificación de México: 21 de septiembre de 1990; publicación *DOF*, 25 de enero de 1991.

¹⁶ Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, 3a. ed., México, Oxford University Press, 2003, p. 354.

¹⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980; adhesión de México: 23 de marzo de 1981; entrada en vigor internacional: 23 de marzo de 1976; entrada en vigor para México: 23 de junio de 1981; publicación: *DOF*, 22 de junio 1981.

El Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH)¹⁹ regula en su artículo 6o. el derecho de acceso a la justicia. Su contenido sustantivo abarca el derecho de todo acusado de ser informado en el más breve plazo en una lengua que comprenda de cualquier denuncia formulada en su contra, de gozar del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa. Además de ser asistido por un defensor de su elección, de interrogar a los testigos que declaren contra él, así como a obtener la citación y el interrogatorio de los que declaren en su favor. A ejercer su derecho sin padecer discriminación alguna por razones de sexo, raza, color, lengua, religión u opiniones políticas.²⁰

En el ámbito de la Organización de Estados Americanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, regula el derecho de acceso a la justicia en sus artículos 7o., 8o. y 25.²¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversas sentencias, ha enfatizado la importancia del artículo 25, puntualizando que dicha disposición exige no sólo una adecuada regulación en la materia, sino el garantizar un acceso efectivo y rápido a un recurso jurídico. En palabras del juez de la Corte Internacional de Justicia, Antônio Augusto Cançado Trindade, la obligación del artículo 25 “no se reduce a garantizar al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional de acceso a la justicia dotado de contenido jurídico propio que significa *lato sensu*, el derecho a obtener justicia”.²²

Deben considerarse en la determinación del contenido del derecho de acceso a la justicia, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a la abolición de la

¹⁹ Convenio del 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953.

²⁰ Garberí Llobregat, José y Morenilla Allard, Pablo, *Convenio Europeo de Derechos Humanos y jurisprudencia del Tribunal Europeo Relativa a España*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 13 y ss.

²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, adoptada en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado el 18 de diciembre de 1980; adhesión de México: 24 de marzo de 1981; entrada en vigor internacional: 18 de julio de 1978; entrada en vigor México: 24 de marzo de 1981; publicación: *DOF*, 7 de mayo de 1981.

²² Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia*, México, Porrúa, 2006, p. 755.

pena de muerte,²³ y los Protocolos Adicionales 12 y 13, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativos a la prohibición de la discriminación y la eliminación de la pena de muerte.²⁴

También deben mencionarse las diversas resoluciones de Naciones Unidas referentes al tema. Ubicamos entre otras la referente a los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura,²⁵ las Directrices sobre la Función de los Fiscales,²⁶ los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados,²⁷ el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley,²⁸ Reglas Mínimas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio),²⁹ Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias,³⁰ Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores,³¹ Reglas para la Protección de Menores Privados de la Libertad,³² Conjunto de Principios para la Protección de Todas las

²³ Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Destinado a abolir la pena de muerte, Nueva York, ONU, 15 de diciembre de 1989, aprobado por el Senado el 24 de abril de 2007, adhesión de México: 26 de septiembre de 2007; entrada en vigor internacional: 11 de julio 1991; entrada en vigor para México: 26 de diciembre de 2007; publicación: *DOF*, 26 de octubre de 2007.

²⁴ Protocolo Adicional 12, del 4 de noviembre de 2000; en vigor el 1o. de abril de 2005; Protocolo Adicional 13, adoptado el 3 de mayo de 2002, en vigor desde el 1o. de julio de 2003.

²⁵ Adoptados por el Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985, y 40/46 del 13 de diciembre de 1985.

²⁶ Aprobadas por el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

²⁷ Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

²⁸ Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979.

²⁹ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

³⁰ Consejo Económico Social, Resolución 1989/65, del 24 de mayo de 1989.

³¹ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985.

³² Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.

Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión³³, Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos,³⁴ Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos,³⁵ y el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.³⁶

Las resoluciones antes citadas fueron formuladas como instrumentos para lograr la debida aplicación e incorporación de las normas internacionales de derechos humanos relativas al derecho fundamental del acceso a la justicia. Algunas de ellas, a pesar de detallar el contenido del derecho, utilizan conceptos de difícil implementación por cuanto adolecen de falta de precisión. Así, por ejemplo, la norma que establece el deber del Estado de garantizar que la causa sea oída equitativamente en un plazo razonable por tribunal independiente incorpora conceptos que requieren la determinación de su significado para plasmarlos en la legislación interna y lograr con ello una debida aplicación del tratado en materia de derechos humanos.

Con base en los tratados, resoluciones, reglas y códigos de conducta antes señalados, el derecho internacional de los derechos humanos determina como contenido sustantivo mínimo del derecho de acceso a la justicia, el siguiente:

- acceso a la jurisdicción;
- a un juez competente, imparcial y predeterminado por ley;
- a la tutela judicial efectiva;
- a un juicio justo;
- a la igualdad ante la ley y los tribunales de justicia;
- a la no discriminación por motivos de raza, nacionalidad, condición social, sexo, ideología política o religión;
- a la presunción de inocencia;

³³ Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

³⁴ Adoptadas por el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico Social en sus resoluciones 663 (XXIV), del 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), del 13 de mayo de 1977.

³⁵ Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su Resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990.

³⁶ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979.

- irretroactividad de la ley penal;
- responsabilidad penal individual;
- derecho a la defensa y asistencia letrada;
- a comunicarse con su defensor en forma confidencial, sin demora y sin censura;
- disponer del tiempo necesario y de los medios adecuados para su defensa;
- a ser informado de manera inmediata y comprensible de sus derechos;
- a conocer los motivos de la detención y la autoridad que lo ordena;
- a ser juzgado dentro de un plazo razonable;
- a no ser juzgado dos veces por un mismo delito;
- a no ser encarcelado por el incumplimiento de deudas o de obligaciones contractuales;
- a no ser obligado a declarar ni a confesarse culpable;
- a un intérprete o traductor;
- a la protección contra todo tipo de detención ilegal;
- al hábeas corpus o al amparo;
- a un recurso efectivo ante tribunales superiores competentes, independientes e imparciales;
- a que en el proceso penal se asegure que la libertad será reconocida y respetada por regla general, y la prisión preventiva constituya una medida de excepción;
- a la no aplicación de la pena de muerte;
- indemnización por error judicial.
- prohibición y protección efectiva contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- prohibición y protección efectiva contra las desapariciones forzadas e involuntarias;
- prohibición y protección efectiva contra las ejecuciones sumarias o arbitrarias, y
- en caso de detención en el extranjero a la notificación consular inmediata.

Además, debe considerarse que cada uno de los derechos que están obligados a garantizar los Estados a toda persona que forman parte del derecho de acceso a la justicia puede ser definido por diversas resolu-

ciones de organismos internacionales o sentencias de tribunales internacionales. Un ejemplo, en ese sentido, lo ubicamos en varias sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derecho Humanos que aluden al derecho fundamental de acceso a la justicia. En una de ellas puntualiza la Corte:

...la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto en la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ellos pueden ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión, o cuando, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.³⁷

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de los casos Colozza y Rubinat, de 1985, precisa:

En una hipótesis como la descrita precedentemente no se podía concebir una defensa efectiva sin que el acusado personalmente hubiera podido entrevistarse previamente con su abogado. Igualmente no se podía admitir que los derechos de la defensa hayan sido respetados si el acusado no hubiera tenido la posibilidad de estar presente en la audiencia.³⁸

³⁷ Opinión consultiva 11/90. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la Convención Americana de Derechos Humanos).

³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jurisprudencia 1984-1987*, Madrid, Publicada por las Cortes Generales, sentencia casos Colozza y Rubinat, del 12 de febrero de 1985, p. 293, párr. 117.

2. *El derecho de acceso a la justicia y el derecho procesal internacional*

Para la determinación del contenido del derecho de acceso a la justicia debe acudir también a las normas del derecho procesal internacional. En dichos procesos debe garantizarse de igual forma el derecho de acceso a la justicia. En los procesos incoados por la comisión de crímenes de guerra o de *lesa humanidad* se establecieron normas de procedimiento procedentes tanto del derecho del *common law* como del derecho civil francés, que sigue una tradición inquisitorial.³⁹

Lo anterior, en opinión Gregory S. Gordon,⁴⁰ sacrificó una mejora de los procesos, en razón de que algunas de las normas procesales del derecho francés desprotegen a las personas, y ubica como un claro ejemplo en ese sentido la falta de contacto directo del individuo con el juez en el proceso.⁴¹ Al analizar dicho autor los derechos de los procesados en los juicios de Nuremberg, menciona los siguientes: “la explicación de su derecho a un proceso, recepción de una notificación donde se expliquen los cargos, un traductor durante el proceso si es necesario, a conducir su defensa, tener un abogado que le asista, presentar evidencia y un examen cruzado de los testigos”.⁴²

La afirmación de Gordon debe matizarse, ya que el adoptar normas de la familia romano-germánica en los procesos de jurisdicción universal no significó un perjuicio; por el contrario, se enriquecieron dichos procesos, si se considera que gracias al derecho francés se adoptaron principios fundamentales en materia penal, como la presunción de inocencia.⁴³

Por su parte, Antonio Cassese⁴⁴ señala que la perspectiva angloamericana está más enfocada a proteger los derechos del acusado de manera efectiva que asegurar la realización de determinadas formalidades para cubrir el requisito del debido proceso legal. Con relación a la afirmación de Cassese, cabe aclarar que el *common law* se preocupa más por las

³⁹ Gordon, Gregory, “Toward an International Criminal Procedure, Due Process Aspirations and Limitations”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 45, núm. 3, 2007, p. 642.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 645.

⁴² *Ibidem*, p. 649.

⁴³ René, David, *op. cit.*, nota 11, pp. 51 y ss.

⁴⁴ Cassese, Antonio, “International Criminal Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 30, 2003, p. 383.

formalidades de los procesos que por los derechos fundamentales de la persona.⁴⁵

En los tribunales *ad hoc* constituidos por el Consejo de Seguridad para juzgar a los criminales de lesa humanidad de Ruanda⁴⁶ y ex Yugoslavia,⁴⁷ se regularon como derechos de los procesados, el de presunción de inocencia, revisión de la evidencia documental, contacto directo con los fiscales, presencia del acusado durante las audiencias para el desahogo de las pruebas, la realización de una instancia prejudicial previa al proceso ante un juez entre los fiscales, el acusado y su abogado, el número de testigos que el fiscal puede llamar durante el proceso, y el tiempo de que dispondrá el fiscal para presentar la evidencia.

De manera precisa, se señalan los siguientes derechos del acusado en las Reglas del Procedimiento y Desahogo de las Pruebas de los Tribunales de Ruanda y Ex Yugoslavia:

- a) Ser informado de manera pronta y con detalle, en un idioma que el acusado entienda, de la naturaleza de la causa y los cargos que se formulan en su contra.
- b) Tener tiempo adecuado y facilidades para preparar su defensa y comunicarse con su abogado de su elección.
- c) Ser juzgado sin ninguna demora y en su presencia.
- d) A defenderse él mismo en persona o a través de la asistencia legal de un abogado de su elección, y recibir la asistencia jurídica gratuita si carece de recursos para pagar un abogado.
- e) A examinar a los testigos que se presenten a declarar en su contra y a presentar testigos y examinar a los que se presenten a declarar a su favor en las mismas condiciones, y
- f) Tener un intérprete cuando no conozca la lengua del tribunal.

⁴⁵ René, David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., nota 11, pp. 280 y ss.

⁴⁶ Statute of the International Tribunal for Prosecution of Persons Responsible for Genocide and others Violations of Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and others such Violations Committed in the Territory of Neighboring States, Between 1 January 1994 and 31 December 1994, Security Council Resolution. 955, United Nations Doc. S/Res/955 (nov. 6, 1994).

⁴⁷ Statute of the International Tribunal for Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Security Council, Res. 827, United Nations, Doc. S/Res/827 (May 25, 1993).

3. La eficacia material del derecho de acceso a la justicia

En los sistemas jurídicos de la familia romano-germánica, el derecho de acceso a la justicia es esencialmente formal; en cambio, en los sistemas jurídicos pertenecientes a la familia del *common law*, el derecho es elaborado por los jueces, y busca, a través del *equity*, soluciones justas a los conflictos. Dicha diferencia ha marcado una evolución diferente de los sistemas de administración e impartición de justicia en los países pertenecientes a ambas familias jurídicas.⁴⁸

La eficacia del derecho significa, en palabras de Germán Bidart Campos, “la legitimación del titular del derecho para que se reconozca su disfrute y su ejercicio, para disponer paralela y simultáneamente de vías idóneas a través de las cuales hacer valer su derecho, defenderlo, lograr su reconocimiento impedido o postergado y reparar su violación”.⁴⁹ Con base en dicha conceptualización puede definirse la eficacia del derecho al acceso a la justicia, como el reconocimiento o la legitimación de las personas nacionales o extranjeras para acudir a los tribunales para hacer valer, defender, impedir o reparar la violación de sus derechos.

Se realizaron diversas investigaciones para determinar la eficacia del derecho de acceso a la justicia.⁵⁰ En una de dichas investigaciones, Mauro Cappelletti y Bryant llegan a la conclusión de que el acceso a la justicia cada vez es más aceptado como un derecho social básico, que se ve obstaculizado por los siguientes factores:

- a) El costo de los litigios y en los juicios de menor cuantía que los abogados no deseen llevar dichas causas.
- b) La duración de los procesos y los retrasos injustificados.
- c) Las asimetrías entre las partes, lo cual origina en algunas ocasiones que una de ellas disfrute de ventajas. Así, por ejemplo, las personas y organizaciones que poseen recursos financieros considerables o relativamente altos pueden utilizarlos para litigar, y tienen ventajas obvias en la defensa de sus reclamaciones.

⁴⁸ René, David, *op. cit.*, nota 11, p. 16.

⁴⁹ Bidart Campos, Germán, “Sobre derechos humanos, obligaciones y otros temas afines”, *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, t. 1, México, UNAM, 1990, p. 25.

⁵⁰ Cappelletti, Mauro y Bryant, Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 13.

- d) La falta de conocimiento legal básico no sólo para cuestionar, sino para comprender que se puede impugnar.
- e) El reclamo de intereses difusos o colectivos, como los relativos al medio ambiente y los derechos de los consumidores, normalmente resultan procesos muy complicados para los abogados, por lo que resultan poco atractivos, en razón de los escasos beneficios económicos que les llegan a generar.
- f) La carga excesiva de asuntos en los tribunales, la falta de capacitación de los jueces.⁵¹

Además, Cappelletti y Bryant puntualizan que “estos obstáculos no pueden simplemente eliminarse uno por uno, están interrelacionados”.⁵² Las medidas para lograr mejorar el acceso efectivo a la justicia las identifican en las siguientes acciones: ayuda legal para los pobres, representación de los intereses difusos, reformas o promulgación de nuevas leyes para la creación de nuevos mecanismos para hacer ejecutables las sentencias, modificación de los tribunales o creación de nuevos, incorporación de los mecanismos alternos de solución de controversias y de los medios e instituciones que logren una justicia efectiva.⁵³ Estos autores definen al derecho de acceso a la justicia efectiva como aquel que

...es planeado para servir a la gente común, tanto actores como demandados, debe caracterizarse por ser barato, tener poco papeleo y ser rápido, con jueces activos que empleen expertos legales y técnicos. Debe tener además la capacidad de resolver disputas que incluyan relaciones complejas y continuas. Estas características ofrecen las posibilidades de atraer a la gente y capacitarla para hacer valer sus derechos eficazmente contra sus adversarios más experimentados y poderosos.⁵⁴

Como movimiento intelectual, el acceso a la justicia ha expresado una potente reacción contra la postura dogmático-formalista, que pretendía identificar el fenómeno jurídico exclusivamente en el complejo de las normas, esencialmente de derivación estatal de un determinado país. Este dogmatismo jurídico no sólo ha conducido a una simplificación irreal del

⁵¹ *Idem.*

⁵² Cappelletti, Mauro y Bryant, Garth, *op. cit.*, nota 50, p. 22.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Ibidem*, p. 61.

derecho, reducido precisamente a su aspecto normativo, olvidando así los otros elementos, no menos esenciales: sujetos, instituciones, procedimientos, sino que ha llevado también a una simplificación de las tareas y responsabilidades del jurista, juez, abogado o académico. Según dicha posición, deberían limitarse a un mero conocimiento y a la aplicación aséptica, pasiva y mecánica de las normas en la vida práctica, en la enseñanza y en el análisis científico.⁵⁵

Este movimiento en esencia es contrario al dogmatismo-formalista, critica al formalismo del positivismo y propone objetivos más diferenciados y más fieles para la solución de los conflictos de la sociedad; además de no considerar al derecho como un sistema separado, autónomo, autosuficiente, sino como un ordenamiento social complejo que no puede aislarse de la economía, la política o la ética.⁵⁶ Por esta razón, precisa René David que la conciencia que tenemos de la continuidad del derecho con independencia de los cambios que se producen en las normas, “pone en relieve que la existencia del derecho, se debe a algo más que normas válidas en un país y en una época determinados”.⁵⁷

II. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y ALGUNAS CONSIDERACIONES DE DERECHO

1. *Evolución del concepto de acceso a la justicia en el derecho constitucional*

El origen histórico del derecho de acceso a la justicia lo ubicamos en el *due process of law*, el cual se incorporó en las enmiendas V y XV de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787.⁵⁸

El siguiente aporte significativo con relación a los derechos humanos y el acceso a la justicia lo ubicamos en la Revolución francesa con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Como destaca

⁵⁵ Bidart Campos, Germán, “Sobre derechos humanos, obligaciones y otros temas afines”, *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, t. 1, México, UNAM, p. 75.

⁵⁶ Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 1993, pp. 81 y ss.

⁵⁷ René, David, *op. cit.*, nota 11, p. 11.

⁵⁸ *The Constitution of the United States*, trad. por Rubén Minutti Zanatta y María del Rocío González Alcántara Lammoglia, México, Porrúa, 2004.

Durverger, dicha Revolución aportó a la civilización humana el concepto de igualdad jurídica, además de abolir los privilegios.⁵⁹ En su obra de derecho constitucional comparado, Vergottini puntualiza que la Declaración influyó de manera decisiva en diversas Constituciones y declaraciones; entre otras menciona las dos declaraciones del periodo revolucionario ruso (1917 y 1918), la Constitución francesa de 1791, que conserva la forma monárquica de gobierno, y que inspiró a la primera Constitución española (llamada de Cádiz) de 1812. La Constitución de Noruega de 1814, la Constitución de México de 1917 y la alemana de 1919.⁶⁰

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano comienza enfatizando en su artículo 1o. “que los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos”, agregando que las distinciones sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común. Establece en el artículo 6o., párrafos 3 y 4: “Ella debe ser la misma para todos, sea que proteja, sea que castigue. Todos los ciudadanos son iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, plazas y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que las de sus talentos y virtudes”. Y en el artículo 13 señala que “para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración una contribución es indispensable: ella debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos, en razón de sus facultades”.⁶¹

En el siglo XIX, con los importantes cambios en materia económica y social, aparecieron las doctrinas socialistas, lo cual colocó en tela de juicio al Estado liberal de derecho. Como señala Burdeau, quizá hubiera podido sostenerse a finales del siglo XIX “que el liberalismo estaba a punto de reunirse en el Panteón de las ideologías muertas junto con otras creencias a las cuales se habían adherido los hombres en la medida [en] que las consideraban una razón para vivir, pero la vida les había enseñado que sólo traían decepciones”.⁶²

⁵⁹ Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y de derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1970, p. 92.

⁶⁰ De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, 2a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1985, p. 205.

⁶¹ Jellinek, Jorge, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada, Madrid, Victoriano Suárez, 1908, p. 76.

⁶² Burdeau, Georges, *El liberalismo político*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979, p. 12.

A principios del siglo XX se inicia una transformación sin duda trascendental del Estado liberal del derecho: aparecen los llamados derechos sociales, lo cual obligó a revisar el concepto de igualdad jurídica. En este proceso debe recordarse la Constitución de México de 1917, la alemana de Weimar 1919 (en este último caso más que por las disposiciones de la misma por el desarrollo jurisprudencial que originó) y la Constitución de España de 1931.⁶³ Los cambios fueron profundos, ya que se consideró que tanto los derechos sociales como los individuales tienen su fundamento en la persona, pero que los derechos individuales tuvieron su origen en un ser abstracto, mientras los sociales, en el hombre “situado” y condicionado por el ambiente en que vive.⁶⁴

Dicho proceso fue tan profundo, que ameritó cambios sustanciales, que se reflejan en la Ley Fundamental de Bonn de 1946, en la Constitución de Italia del mismo año en y la Constitución española de 1978, entre otras. El artículo 3o. de la Constitución de Italia, de 1946, en su inciso 1, señala que “Todos los ciudadanos son iguales en dignidad social y son iguales ante la ley; sin distinciones de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opinión política, de condición personal o social”. Agrega: “Es competencia de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desenvolvimiento de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”. Queda así expresada en un texto constitucional lo que se ha denominado una igualdad material en contraposición con la formal, formulada en el siglo XIX.⁶⁵

La Constitución de España de 1978, en su artículo 9.2, establece: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean valores reales y efectivos; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.⁶⁶ Se reconoce una nue-

⁶³ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2005, p. 33.

⁶⁴ Burdeau, Georges, *op. cit.*, nota 12, p. 161.

⁶⁵ De Vergottini, Giuseppe, *Diritto costituzionale*, 2a. ed., Italia, Cedam, 2000, p. 308.

⁶⁶ Sánchez González, Santiago, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. 1, Madrid, Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, 1996.

va realidad, en la cual se advierte que no todos los hombres viven libres e iguales en derechos, y que existen diversos obstáculos que impiden la vigencia efectiva de estos derechos, con lo cual se requiere que el Estado asuma la obligación de alcanzar dicho objetivo. Dentro de los valores que propugna dicha Constitución se encuentra el de garantizar de manera efectiva el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, además de su tutela jurisdiccional.

Debe destacarse que no es suficiente para la existencia del derecho de acceso a la justicia, con la mera formulación de las normas jurídicas que aludan a dicho derecho, sino que es necesario que las mismas normas tengan una razonable aplicación y efectividad práctica. Cassinelli agrega que es necesario que se establezcan procedimientos que tiendan a asegurar la efectividad de la regla; es decir, medios de garantía de que los actos del poder público no se excederán de los cauces jurídicos.^{67.}

A similares conclusiones, pero con razonamientos diversos, llegó la Suprema Corte de los Estados Unidos, bajo la presidencia del juez Warren, quien desarrolló la concepción de *equal protection*, que postulaba no sólo la abstención del Estado frente a las libertades, sino la obligación estatal de proporcionar un *quantum* identificable, que establece una serie de obligaciones positivas para permitir el ejercicio de las libertades y de los derechos humanos de manera efectiva.⁶⁸

El acceso a la justicia en las Constituciones que postulan un estado de derecho social moderno se transformó así de un derecho de protección judicial formal del quejoso a litigar o defender una reclamación, en un derecho accesible para todos, que requiere de una acción afirmativa del Estado, ya que el disfrute de los derechos carece de sentido si no existen los mecanismos para su goce efectivo. De tal suerte que el acceso efectivo a la justicia se puede considerar como el requisito más básico —el derecho humano más fundamental— en un sistema igualitario moderno que pretenda garantizar, y no solamente proclamar, los derechos de todos.

⁶⁷ Cassinelli Muñoz, Horacio, *Derecho público*, vol. I, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 1995, p. 36.

⁶⁸ Elison, Larry y Snyder, Fritz, *The Montana State Constitution*, Greenwood Press, 1975, pp. 34 y ss.

2. *Algunas consideraciones de derecho comparado con particular referencia a España y México*

El derecho de acceso a la justicia ha sido objeto de un amplio desarrollo en el derecho constitucional a raíz de las obligaciones adquiridas por los Estados en materia de derechos humanos.⁶⁹ Por ejemplo, la Constitución de Perú reconoce las garantías del debido proceso, que protegen los derechos fundamentales, como la vida, la integridad y la libertad, y prohíbe la incomunicación de las personas detenidas, salvo como medio indispensable para el esclarecimiento de un delito, prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, y puntualiza que las declaraciones obtenidas por violencia carecen de valor.⁷⁰

La Constitución de Venezuela reconoce que la libertad personal es inviolable, y que, en consecuencia, ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida *in fraganti*. Dispone, en ese sentido:

Artículo 44 de la Constitución de Venezuela:

Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o abogada o persona de su confianza, y éstos o éstas a su vez, tienen el derecho a ser informados o informadas del lugar donde se encuentra la persona detenida, a ser notificados o notificadas inmediatamente de los motivos de la detención y a que dejen constancia escrita en el expediente sobre el estado físico y psíquico de la persona detenida, ya sea por sí mismos o con el auxilio de especialistas. La autoridad competente llevará un registro público de toda detención realizada que comprenda la identidad de la persona detenida, lugar, hora, condiciones y funcionarios que la practicaron. Respecto a la detención de extranjeros o extranjeras se observará además, la notificación consular prevista en los tratados internacionales en la materia.⁷¹

⁶⁹ Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law-History, Politics and Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 32 y ss.

⁷⁰ Meléndez, Florentín, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia, estudio constitucional comparado*, México, Konrad Adenauer Stiftung-Porrúa, 2004, p. 41.

⁷¹ López Guerra, Luis y Aguiar, Luis *et al.*, *Las Constituciones de Iberoamérica*, Madrid, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1998, p. 1060.

Además, dicha Constitución hace referencia en su artículo 26, al derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos. Reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, y señala que el Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

En la Constitución de Colombia se establece el derecho de toda persona, de acceder a la administración de justicia, que constituye la garantía procesal fundamental. Se señala además que la prueba obtenida con violación al debido proceso es nula de pleno derecho, y que en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia militar.⁷²

Por su parte, la Constitución de Paraguay señala que el Estado garantizará a todos los habitantes de la República la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impedirían.⁷³

La Constitución de Nicaragua reconoce el carácter público del proceso penal, y establece que el acceso de la prensa y el público a los procesos podrá, en general, ser limitado por consideraciones de moral y orden público. Además, el ofendido será considerado como parte en los juicios, desde el inicio de los mismos juicios y en todas las instancias.⁷⁴

De igual forma, la Constitución de Guatemala puntualiza el derecho fundamental a la defensa y su carácter inviolable. Dicha Constitución establece que “nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido”.⁷⁵

Llama la atención que la regulación del derecho de acceso a la justicia en las Constituciones de los países de América Latina no incluya el derecho de asistencia jurídica gratuita, a pesar de las obligaciones establecidas para dichos Estados en la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, cuya vigencia inició el 18 de junio de 1978, situación que da origen

⁷² *Ibidem*, p. 200.

⁷³ *Ibidem*, pp. 821 y 822.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 728.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 542.

a que el goce de ese derecho fundamental no se garantice de igual forma a todos, discriminación que se suma a otras y que padecen millones de personas por ser pobres, indígenas, campesinos o inmigrantes, como indica Boaventura de Sousa:

Estudios revelan que la distancia de los ciudadanos en relación con la administración de justicia es tanto mayor mientras más bajo estrato social al que pertenecen y que esa distancia tiene como causa no sólo factores económicos, sino también factores sociales y culturales, aunque unos y otros puedan estar más o menos remotamente relacionados con las desigualdades económicas. En primer lugar, los ciudadanos de menores recursos tienden a conocer muy poco sus derechos y, en consecuencia, a tener más dificultades para reconocer un problema que los afecta como un problema jurídico. Pueden ignorar los derechos en juego o ignorar las posibilidades de arreglo jurídico... Los datos muestran que los individuos de las clases bajas dudan mucho más que los otros en recurrir a los tribunales, incluso cuando reconocen que están frente a un problema legal.⁷⁶

La Ley Fundamental para la República Federal Alemana⁷⁷ regula el derecho de acceso a la justicia en los artículos 103 y 104, y lo define como el derecho de todas las personas de ser oídas legalmente en los tribunales, a no ser castigadas si la pena por el delito no fue prevista con anterioridad y condenado por el mismo acto más que una vez, en virtud de la aplicación de leyes penales generales. Precisa el artículo 104:

1. La libertad personal sólo se podrá limitar en virtud de una ley formal y con observancia de las formalidades prescritas por ella. Ningún detenido podrá ser maltratado física ni moralmente.
2. Solo un juez podrá pronunciarse sobre la procedencia y continuación de una privación de libertad sin mandamiento judicial; se deberá obtener sin demora un auto de un juez. La policía no podrá por su propia autoridad mantener detenido a nadie más

⁷⁶ Sousa Santos, Boaventura, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1998, pp. 204 y 205.

⁷⁷ Schwabe, Jürgen (compilación de sentencias), Anzola Gil, Marcela (traducción), Woischnik Jan (prólogo), *Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, anexo 1, Ley Fundamental para la República Federal Alemana, del 23 de mayo de 1949, pp. 448 y 449.

- allá de la expiración del día siguiente al de la detención. La reglamentación de este precepto se hará por ley.
3. Toda persona detenida previamente por sospecha de acción punible deberá ser llevada ante juez al día siguiente, a más tardar, de la detención, y el juez deberá comunicar al detenido los motivos de su detención, interrogarle y darle oportunidad para que formule objeciones. El juez deberá asimismo y sin demora, dictar auto razonado y escrito de prisión, o disponer de la puesta en libertad.
 4. De toda resolución judicial sobre privación de libertad o continuación de la misma deberá dar cuenta sin demora a un familiar del detenido o a una persona de la confianza de éste.

La sentencia del Tribunal Constitucional alemán, del 14 de marzo de 1972, al referirse a los derechos regulados en el artículo 104 constitucional y, en específico, al derecho de acceso a la justicia de los detenidos, puntualiza:

Las intervenciones de los derechos fundamentales de los prisioneros, carentes de soporte legal, se deben aceptar todavía por un cierto período de carácter provisional, hasta que el legislador tenga oportunidad de expedir una ley de ejecución de las sanciones penales acorde con la concepción actual de derechos fundamentales y que contemple criterios estrictos sobre la circunstancia de la intervención. Ese plazo, sin embargo, se debe limitar en el futuro. Un criterio material a considerar aquí sería hasta el final del actual período legislativo. Hasta otoño de 1973 se puede continuar aceptando el estado de cosas hasta ahora existente, y que no corresponde con las actuales concepciones constitucionales.⁷⁸

Resulta fácil apreciar, en el caso de Alemania, que a pesar de que el texto constitucional no desarrolla con detalle el derecho de acceso a la justicia, el Tribunal Constitucional Federal alemán realiza una labor de interpretación acorde con el respeto de ese derecho, al puntualizar la necesidad de limitar los periodos de detención, ya que de no ser así se puede llegar a situaciones en las cuales los detenidos sin haber cometido ningún delito permanecen privados de la libertad durante meses.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 15.

La Constitución española de 1978 regula en su artículo 24 el derecho a la tutela judicial efectiva, en los siguientes términos:

24.1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

24.2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público o sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

El Tribunal Constitucional ha interpretado en múltiples ocasiones el derecho a la tutela judicial efectiva, tanto en lo relativo al contenido del derecho como al alcance de éste. De esta forma, la conocida sentencia del Tribunal Constitucional, del 30 de septiembre de 1985, señala, con relación al ámbito de validez personal de la disposición, lo siguiente:

Los términos “todas las personas” resultan suficientemente claros para determinar que los sujetos amparados por el derecho de tutela judicial efectiva abarca por igual al nacional como al extranjero no sólo por la dicción literal del citado artículo (todas las personas) sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo según exige el artículo 10.2 de la Constitución Española de conformidad con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de Noviembre de 1950.⁷⁹

En lo relativo al alcance del derecho, el Tribunal Constitucional español señaló, en su también conocida sentencia del 14 de julio de 1981:

No sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también dichas personas tienen derecho a “obtener la tutela efectiva” de dichos Tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. La tutela efecti-

⁷⁹ STC 99/1985, fecha de aprobación: 30/9/1985; publicación: *BOE*-19851105, registro 14/1985.

va supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión fundada en Derecho, ya sea favorable o adversa.⁸⁰

De dichas interpretaciones se deduce que todas las personas, nacionales o extranjeras, tienen derecho no sólo al acceso a los tribunales de manera formal, sino a una garantía efectiva, que conlleva a asegurar, según sea el caso, a que no se origine un estado de indefensión. Además, precisan diversas sentencias del Tribunal Constitucional, que se requiere para que proceda el amparo, por violación del derecho contemplado en el artículo 24 de la CE, que se produzca un efectivo y real menoscabo o daño, como consecuencia directa de la acción u omisión de los órganos jurisdiccionales, por cuanto el amparo no es una vía orientada a corregir cualquier infracción procesal, el amparo opera exclusivamente cuando se produce efectivamente una lesión por la violación del derecho fundamental.⁸¹

En el caso de México, el derecho de acceso a la justicia se regula básicamente en el artículo 17 de la Constitución, recientemente reformado, en cuya parte medular se señala:

Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirlas en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.⁸²

Resulta lamentable que la reforma publicada en junio en 2008 haya legalizado en la Constitución la violación del derecho de acceso a la justicia, entre otros, a pesar de que México ratificó el PIDCP y la CADH hace más de 27 años, y adquirió la obligación de ajustar su Constitución y su legislación para hacer efectivos los derechos humanos regulados en

⁸⁰ STC, 24/1981, fecha de aprobación: 14/7/1981; publicación: *BOE* 1980720, registro 6/1981.

⁸¹ Díaz Picaso, Luis María, *El sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2005, pp. 429-431.

⁸² Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *DOF* del 18 de junio de 2008.

los mismos. Hasta la fecha no se regula la obligación del Estado mexicano de garantizar asistencia jurídica gratuita cuando la persona carece de recursos, o de indemnizar a las víctimas en caso de error judicial.

III. CONSIDERACIÓN JURÍDICA DEL INMIGRANTE EN SITUACIÓN IRREGULAR Y SU APROXIMACIÓN

1. *Refugiado, desplazado y asilado versus inmigrante en situación irregular*

Dentro del universo de los inmigrantes que desean ingresar a un Estado, y que de inicio carecen de legal estancia en un país, ubicamos a los refugiados, asilados e inmigrantes en situación irregular. Para la determinación del régimen legal que les es aplicable en cada caso resulta fundamental diferenciar a cada uno de ellos, ya que con base en dicha distinción se determina la protección que les corresponde y las obligaciones internacionales del Estado.

2. *Conceptualización de refugiado y su particular consideración respecto a África, América y la Unión Europea*

La Convención de Ginebra de 1951 define al refugiado como

Toda persona que como resultado de los acontecimientos ocurridos en Europa antes del primero de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguido 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.⁸³

⁸³ Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, entró en vigor el 6 de junio de 1960; Estados parte: Alegría, Antigua y Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Azerbaijón, Barbados, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brasil, Chad, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Fiji, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Guatemala, Guinea, Honduras, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Kiribati, República de Corea, Latvia, Lesotho, Liberia, Libia Árabe de Cachemira, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, la República Formal de Yugoslavia, México, Holanda, Noruega, Filipinas, San Vicente y Granadinas, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suazilandia, Suiza, Suecia, Trinidad y Tobago, Túnez, Uganda, Reino Unido, República Federal de

La definición anterior se encontraba sujeta a dos limitaciones: la temporal y la geográfica. Ambas revelan con toda claridad que la Convención de Ginebra fue redactada para resolver el problema de los refugiados en Europa y anterior a 1951. El 1o. de enero de 1951 es una fecha que marcaba el inicio de las actividades del Alto Comisionado para los Refugiados (según Resolución 319 (IV) del 3 de diciembre 1949), y a la vez el fin del periodo de acontecimientos “productores” de refugiados. Según el Estatuto de 1950 y la Convención de 1951, todos los refugiados a proteger por el ACNUR eran aquellas personas que resultaron afectadas como consecuencia de acontecimientos ocurridos antes del 1o. de enero de 1951.⁸⁴

También se estableció la llamada limitación geográfica en la Convención de 1951. Su origen se ubica en los trabajos preparatorios de dicha Convención. El secretario general y el Consejo Económico Social adoptaron la Resolución 248 (IX) (B), por la cual se constituía un comité *ad hoc* compuesto por trece gobiernos, con el fin de que redactaran el texto de una convención para los refugiados y otra para los apátridas.⁸⁵ En la quinta sesión de la Asamblea General se discutió el proyecto del comité *ad hoc*, que propuso que el término “refugiado” se limitara a acontecimientos ocurridos en Europa, y el ECOSOC apoyó tal sugerencia. La Asamblea General borró la referencia a Europa (tanto del Estatuto como de la Convención), con lo cual se modificó el ámbito de validez territorial, al especificar la Convención, que se aplicaría a los refugiados de cualquier parte del mundo, y no sólo de Europa. Debido a una propuesta del representante de Francia y a otra proveniente del observador de la Santa Sede, la conferencia tomó un camino intermedio y dejó que la limitación a Europa quedara como optativa para los países signatarios de la Convención.⁸⁶

Yugoslavia, Zambia y Zimbabwe. México se adhirió el 7 de junio de 2007, aprobado por el Senado el 17 de abril de 2000; entrada en vigor para México: 5 de septiembre de 2000; publicación: *DOF*, 25 de agosto de 2000.

⁸⁴ Jackson, Ivor, “The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: a Universal Basis for Protection”, *International Law of Refugee Law*, Geneva, Oxford University Press, vol. 3, núm. 3, 1991, p. 405.

⁸⁵ Jackson Ivor, *op. cit.*, nota 84, p. 407.

⁸⁶ Ruiz de Santiago Jaime, “El derecho internacional de los refugiados”, *Jurídica*, México, núm. 29, 1999, p. 109.

Las limitaciones geográfica y temporal de la Convención de 1951 se eliminaron en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, cuyo artículo 1o. señala:

1. Los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a aplicar los artículos 2o. a 34 inclusive de la Convención a los Refugiados que por el presente se definen.
2. A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término refugiado denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1o. de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1o. de enero de 1951” y las palabras “... a consecuencia de tales acontecimientos”, que figuran en el párrafo 2, de la sección A, del artículo 1o.
3. El presente Protocolo será aplicado por los Estados Parte en el mismo sin ninguna limitación geográfica; no obstante serán aplicables también en virtud del presente Protocolo las Declaraciones vigentes hechas por Estados que ya sean Partes en la Convención de conformidad con el inciso A, del párrafo 1, de la sección B, del artículo 1o., salvo que se hayan ampliado conforme al párrafo 2, de la sección B, del artículo 1o.⁸⁷

El concepto de refugiado se amplió en la década de la descolonización en África, y surgieron numerosos nuevos Estados, cuyas fronteras fueron establecidas más o menos de manera arbitraria. El proceso de independencia trajo consigo flujos masivos de refugiados. Durante esa época se adoptó en Addis Abeba el 10 de septiembre de 1969, la Convención de la Organización de la Unidad Africana, por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, la cual entró en

⁸⁷ Artículo 1o. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951; entrada en vigor: 13 de diciembre de 1975; Estados parte: Armenia, Australia, Austria, Azerbaijón, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Chad, Costa Rica, República de Chechenia, Dinamarca, República Dominicana, Francia, Alemania, Guatemala, Irlanda, Israel, Kiribati, Latvia, Libia Árabe de Cachemira, Holanda, Nigeria, Noruega, Eslovaquia, Suiza, Suecia, Túnez, Reino Unido, Uruguay. México se adhirió el 7 de junio de 2000; aprobó el Senado el 17 de abril de 2000; entrada en vigor para México: 7 de junio de 2000; publicación: *DOF*, 25 de agosto de 2000.

vigor el 20 de junio de 1974. Dicho instrumento internacional reconoce que deben abordarse los problemas de los refugiados de manera esencialmente humanitaria para encontrarles solución.⁸⁸

La nueva ampliación del término de “refugiado” reproduce la definición clásica, y en el segundo párrafo señala

...que a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.⁸⁹

En América Latina los problemas de violencia se intensificaron en la década de los setenta en América central. Esta región se convirtió en una inmensa hoguera que produjo flujos masivos de refugiados. Entonces nuevamente se vio la necesidad de ampliar la definición clásica de refugiado. Para llevar a cabo dicha ampliación se convocó, en noviembre de 1984, al Coloquio sobre Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios. En dicho coloquio se adoptó la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, que amplía la definición de refugiados, y gracias a la cual recibieron protección internacional refugiados en América central y luego en el resto de América Latina.⁹⁰

La Declaración de Cartagena, de noviembre de 1984, en su conclusión tercera señala:

...que en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área de Centroamérica, se hace necesario encarar la

⁸⁸ Olanka-Onyango Joe, “The OUA Convention and the Refugee Crisis in Africa: Forty Years After Geneva”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, núm. 3, Geneva, Oxford University Press, 1991, pp. 455 y ss.

⁸⁹ *Protección y asistencia de refugiados en América Latina. Documentos regionales 1981-1999*, t. III, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Alto Comisionado de Derechos Humanos y Universidad Iberoamericana, 2002, Compilación de Instrumentos Jurídicos Internacionales Relativos a Refugiados, Derechos Humanos y Temas Conexos, p. 25.

⁹⁰ Cuéllar, Roberto *et al.*, “Refugee and Related Developments in Latin America: Challenges Ahead”, *Geneva International Journal of Refugee Law*, vol. 3, núm. 3, 1991, pp. 487 y ss.

extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente de la región el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.⁹¹

Dicha definición ampliada de refugiado ha servido para resolver importantes problemas de refugiados en América Latina provenientes en su mayoría de la región salvadoreña, nicaragüense, guatemalteca y colombiana. A la Declaración de Cartagena le sigue el documento Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina (CIREFCA), del 28 de junio de 1994, que alude a las personas que han sido obligadas a abandonar sus hogares o actividades económicas habituales debido a que sus vidas, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada o el conflicto prevaleciente, pero permaneciendo dentro de sus países.⁹²

Del otro lado del Atlántico la definición de refugiado en Europa se ciñó al concepto de la Convención de Ginebra de 1951.⁹³ Este concepto, que nació originariamente en Europa para resolver la crisis humanitaria ocasionada por la Segunda Guerra Mundial, y en los años siguientes a ésta, se amplió, por resultar insuficiente e incapaz para resolver todos los

⁹¹ *Compilación de instrumentos jurídicos regionales relativos a derechos humanos, refugio y asilo*, t. II, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados-Universidad Iberoamericana, 2002, p. 348.

⁹² *Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina*, t. III, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados-Universidad Iberoamericana, 2002, p. 30.

⁹³ *Compilación de instrumentos jurídicos regionales relativos a derechos humanos, refugio y asilo*, cit. nota 91, p. 348.

problemas que surgieron después de la Segunda Guerra Mundial, para lo cual se eliminaron las limitaciones geográfica y temporal de la Convención de 1951,⁹⁴ en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, que se adoptó en la sesión plenaria 1495 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.⁹⁵

Europa adoptó el concepto de refugiado de la Convención de 1951, y lo integra al derecho comunitario europeo, tanto en el ámbito de la cooperación intergubernamental como en el ámbito de la Unión Europea.⁹⁶ De esta forma, en la Declaración de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros de la Comunidad Europea, del 25 de marzo de 1964,⁹⁷ se decidió incorporar al derecho de la Unión Europea la definición de refugiado establecida en la Convención de 1951, que después se amplió con el Protocolo de 1967.⁹⁸

Después de la firma de la Declaración de 1964 se firmó el Acuerdo de Schengen,⁹⁹ entre los países miembros del Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa, acuerdo cuyo contenido se centra en la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. El artículo 17 dispone:

En materia de circulación de personas, las Partes tenderán a suprimir los controles en las fronteras comunes y transferirlos a sus fronteras externas. Con estos fines, se esforzarán previamente por armonizar, en caso necesario, las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones en que se basan los controles, y por tomar medidas complementarias para salvaguardar la seguridad y para impedir

⁹⁴ Branson, Catherine y Dauns, Paulah, “The Notion of State Protection”, *Jurídica* México, núm. 37, 2007, pp. 31 y ss.

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ Moussali, Michel, “Le problème des réfugiés en Europe. Actions et recherche de solutions par les États, les institutions européennes et le Haut Commissariat des Unies pour les Réfugiés”, *International Journal of Refugee Law*, vol. I, núm. 4, Geneva, Oxford Press University, 1989, pp. 529 y ss.

⁹⁷ Convenio Relativo a la Determinación del Estado Responsable del Examen de las Solicitudes de Asilo Presentadas en los Estados Miembros de las Comunidades Europeas, *Compilación de Instrumentos Jurídicos Regionales Relativos a Derechos Humanos, Refugio y Asilo*, cit. nota 91, pp. 299 y ss.

⁹⁸ Moussali, Michel, *op. cit.*, nota 96, pp. 534 y ss.

⁹⁹ Acuerdo de Schengen, relativo a la Supresión de Fronteras, firmado en Schengen en 1985, entre los países del Benelux, la República Federal Alemana y la República francesa.

la inmigración ilegal de nacionales de Estados no miembros de las Comunidad Europeas.¹⁰⁰

En el Acuerdo no aparece alusión alguna sobre el asilo; sin embargo, señala Raúl Trujillo Herrera¹⁰¹ que podría considerarse recogido en el artículo 20, cuando manifiesta que “las Altas Partes contratantes se esforzarán por conseguir la armonización de sus políticas públicas en materia de visados”. El Acuerdo de Schengen carecía de fuerza vinculativa, razón por la cual el 19 de junio de 1990 se firmó la Convención de Aplicación del Acuerdo Schengen.¹⁰² En dicho instrumento se regula ya de manera específica el asilo, en el capítulo VII del título II. El objetivo de dicha Convención —señala José Martín y Pérez de Nanclares—¹⁰³ era asignar la responsabilidad para el examen de las solicitudes de refugio a un Estado miembro de la Unión Europea con el efecto jurídico de considerar válido dicho acto para el resto de la Unión Europea.

Trujillo Herrera aclara que de conformidad con el artículo 142.1 de la citada Convención, el Comité Ejecutivo adoptó la Resolución del 26 de abril de 1994, en la que declara que

la entrada en vigor de la Convención de Dublín de 15 de junio de 1990, firmada por los Estados Miembros de la Comunidad Europea, se traducirá en el hecho de que las disposiciones relativas a la responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo del Capítulo VII, del Título II, de la Convención de Aplicación de 1990 dejarán de ser aplicables y en su lugar se aplicarán las disposiciones de la Convención de Dublín de 15 de junio de 1990.¹⁰⁴

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ Trujillo Herrera, Raúl, *La Unión Europea y el derecho de asilo*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 212.

¹⁰² Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, firmado en Schengen el 19 de julio de 1990, entre el Reino Unido de Bélgica, la República Federal Alemana, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos.

¹⁰³ Martín y Pérez de Nanclares, José, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2002, pp. 36 y ss.

¹⁰⁴ Trujillo Herrera, Raúl, *op. cit.*, nota 101, p. 212.

El Comité Ejecutivo, con la finalidad de compatibilizar el Convenio de Aplicación de Schengen y el de Dublín de 1990,¹⁰⁵ aprobó el Protocolo de Bonn,¹⁰⁶ en el cual se determinan los requisitos de la entrada en vigor de la Convención de Dublín y se estableció como primer requisito la ratificación del Convenio de Dublín, de conformidad con las normas constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea, para permitir la entrada en vigor del mismo lo antes posible.

Además del citado requisito, señala Pandraud,¹⁰⁷ se requirió, en el Acta de Bonn, el establecer controles efectivos en las fronteras, lograr la armonización en el ámbito nacional de las solicitudes de asilo, la puesta en marcha del Sistema de Información de Schengen, la reorganización de los controles de los aeropuertos abiertos al tráfico internacional y la implementación de nuevas prácticas de lucha contra el tráfico de drogas. El cumplimiento de las condiciones exigidas para la entrada en vigor de la Convención de Dublín se demoró, por lo cual no entró en vigor hasta el 26 de marzo de 1995.¹⁰⁸ A partir de entonces se empezaron a reformar las Constituciones de los miembros de la Unión Europea, comenzando por Alemania y Francia.

El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastrich el 7 de febrero de 1992, reformado por el Tratado de Ámsterdam del 2 de octubre de

¹⁰⁵ Convenio de Dublín, adoptado en la Reunión del Consejo de Europa, en la ciudad de Dublín, el 25 y 26 de junio de 1990.

¹⁰⁶ Protocolo de Bonn, Doc. SCH/ Com-ex (94) PV1, Anexo 3, del 26 de abril de 1994.

¹⁰⁷ Pandraud, R., *Sur les conditions de mise en oeuvre de la Convention d'application de l'Accord de Schengen*, du 14 juin 1985, París, Assemblée Nationale, Delegation por les Communautés Eupéennes, 14 octubre 1993, núm. 600, p. 8.

¹⁰⁸ Cabe aclarar que algunas disposiciones de la Convención de Dublín se aplicaron provisionalmente antes de la entrada en vigor en 1995 del instrumento firmado en 1990. Dichas disposiciones eran las relativas a la instauración del Comité Ejecutivo y sus competencias. El Comité resolvió que se satisfacían las condiciones para la entrada en vigor de la Convención, mediante Resolución del 22 de noviembre de 1994, y fijó como fecha de entrada en vigor el 26 de marzo de 1995.

España ratificó la Convención de Aplicación de Schengen mediante instrumento del 30 de julio de 1993 (*BOE* del 5 de abril de 1994). A la entrada en vigor del instrumento se aplicó en Bélgica, España, Francia, Holanda, Luxemburgo, Portugal y la República Federal de Alemania. Situación particular se presentó en los casos de Islandia y Noruega, a los que el Comité, el 19 de abril de 1996, les otorgó el estatus de asociados, lo cual implicó que la Convención se aplicó a dichos países, aunque no participación formalmente en la toma de decisiones.

1992, integra el paquete completo de Schengen (el Acuerdo, la Convención de Dublín, los acuerdos con los Estados miembros y las normas adaptadas en virtud de los mismos), mediante un Protocolo,¹⁰⁹ para integrar dicha normativa al marco institucional de la Unión Europea.

La Convención de aplicación del Acuerdo Schengen no define el significado del término “asilo”; sin embargo, en el artículo 135 del Convenio de Dublín de manera específica se señala que “Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán sin perjuicio de las disposiciones de la Convención de Ginebra de 28 de julio 1951, relativa al Estatuto sobre Refugiados modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967”.

En opinión de Escobar Hernández, con la normativa adoptada por la Unión Europea se otorga “al extranjero un derecho subjetivo a obtener una protección territorial permanente en caso de estimarse procedente la solicitud”.¹¹⁰ En realidad, al adoptarse el régimen de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967, no sólo se otorga a la persona que solicita refugio, el derecho a obtener protección territorial. Los instrumentos internacionales adoptados por los países miembros de la Unión Europea e incorporados al derecho comunitario obligan a los miembros de la Unión, a otorgar la calidad de refugiado, a las personas que califican conforme a la definición de dichos instrumentos, y los obliga también a garantizar la protección que establecen dichos tratados.

Con base en los antecedentes mencionados, cabe concluir que en la Unión Europea se adopta el régimen de refugio regulado en la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967, y que a pesar de que en la normativa europea se utiliza el término de “asilo” debe entenderse que se refiere a la figura jurídica del refugio.

¹⁰⁹ Protocolo, Anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Ámsterdam 1997). Mangas Martín, Araceli (comp.), *Tratado de la Unión Europea. Tratados constitutivos de las comunidades europeas y otros actos básicos de derecho comunitario*, 12a. ed., Madrid, Tecnos, 2006, pp. 324 y ss.

¹¹⁰ Escobar Hernández, Consuelo, “Asilo y refugio en España”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, núm. 4, Alto Comisionado de Naciones Unidas, Ginebra, Oxford University Press, 1991, p. 59.

3. Especial referencia a la situación de trata de mujeres en su consideración jurídica como refugiadas

Vinculado con el tema de la conceptualización de los refugiados, cabe destacar la situación de las víctimas de trata de personas, las cuales son calificadas incorrectamente como inmigrantes ilegales, y son devueltas a su lugar de origen, a pesar de que se ubican dentro de la definición de refugiados, y por tanto deben recibir la protección que señalan los instrumentos internacionales aplicables. Califican como refugiados, por cuanto en el país de origen no se les ofrece una protección efectiva en contra de los tratantes, y se ven obligados a huir de su país, por razón de su género, o condición de menor. Tanto el caso de mujeres o niños integran grupos vulnerables, reuniendo así los requisitos señalados en la Convención de 1951.¹¹¹

En la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer, celebrada en Nairobi, del 15 al 26 de julio de 1985,¹¹² se observó que las mujeres y las niñas refugiadas constituían la mayoría de la población de refugiados del mundo, y que muchas de ellas se enfrentan a problemas que las convierte en uno de los grupos más vulnerables, ya que con frecuencia están expuestas a violencia física, abusos sexuales y discriminación.¹¹³ Por la persistencia de dicha problemática, el Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, en su decimosexta sesión, adoptó el documento *La Mujer Refugiada y la Perspectiva de Género. Un Acercamiento*, el 3 de septiembre de 1999, en el cual se determinan las directrices para los órganos administrativos de los Estados, en la conducción de los procesos de admisión de mujeres y niñas, con la finalidad

¹¹¹ Greatbatch, Jacqueline, “The Gender Difference: Feminist Critiques of Refugee Discourse”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, number 4, Geneve, Oxford University Press, 1989, pp. 518 y ss.

¹¹² Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR 1975-2000, t. IV, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados-Universidad Iberoamericana, 2002, p. 104.

¹¹³ Calzada, Ana V., “Trata de personas, especialmente mujeres y niños”, *Jurídica*, México, núm. 37, 2007, p. 25.

de que se garantice una debida calificación de su situación, y otorgar refugio cuando proceda.¹¹⁴

La definición de trata no estuvo clara hasta que se unificó el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas Especialmente Mujeres y Niños, del 15 de noviembre de 2000, a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada también en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.¹¹⁵ Se establece en el Protocolo la diferencia entre *trafficking* y tráfico (*smuggling*). En la trata, los seres humanos se convierten en mercancías. Pertenecen a otro individuo, o a organizaciones criminales, y son explotados para extraer beneficios para sus propietarios. El tráfico de personas es un servicio ilegal, parecido a un contrato para realizar un viaje, que se extingue una vez que la persona llega a su lugar de destino y paga el servicio prestado.¹¹⁶

¹¹⁴ Doc. No. EC/49/SC/CRP/.22, 3 de septiembre de 1999, en *Refugee Survey Quarterly*, UNHCR EXCOM 1999, Strengthening Partnership to Ensure Protection and Security, vol. 18, Number 4, Oxford University Press, Centre for Documentation and Research Geneva, 1999, pp. 189 y ss.

¹¹⁵ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, adicional a la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, adoptada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000; aprobación del Senado: 22 de octubre de 2002; ratificación de México: 4 de marzo de 2002; entrada en vigor internacional: 25 de diciembre de 2003; entrada en vigor para México: 25 de diciembre de 2003; publicación: *DOF*, 10 de abril de 2003.

¹¹⁶ Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, aprobada por el Senado el 22 de octubre de 2002; ratificación de México: 4 de marzo de 2003; entrada en vigor internacional: 29 de septiembre de 2003; entrada en vigor para México: 29 de septiembre de 2003; publicación: *DOF*, 11 de abril de 2003. Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, adoptada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, aprobada por el Senado 22 de octubre de 2002; ratificación de México: 4 de marzo de 2003; entrada en vigor internacional: 25 de diciembre de 2003; entrada en vigor para México: 25 de diciembre de 2003; publicación: *DOF*, 10 de abril de 2003; y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, adoptada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000; aprobada por el Senado el 22 de octubre de 2002; ratificación de México: 4 de marzo de 2003; entrada en vigor internacional: 28 de enero de 2004; entrada en vigor para México: 28 de enero de 2004; publicación: *DOF*, 10 de abril de 2003.

En el caso de las víctimas de trata, su miedo es el de sufrir represalias si huyen o si son devueltas a su país. Estas represalias pueden ir desde la vuelta a las redes de trata, nuevas violaciones, el asesinato de ellas o de algún familiar. En muchos casos las víctimas no gozan de la protección del Estado, ya que las mismas autoridades son parte de las redes de trata y colaboran con ellas o, al menos, las toleran.¹¹⁷

El ACNUR ha puntualizado en sus Directrices sobre la Persecución por Motivos de Género de 1995, en vigor, en 2003,¹¹⁸ los casos en que las víctimas de trata que han sufrido o temen persecución por razón de su género pueden calificar como refugiadas.¹¹⁹ Emitió dichas Directrices, porque el tema de las víctimas de trata y su posible protección internacional a través del refugio sigue siendo poco conocido. La mayoría de los profesionales que tienen contacto con las víctimas no vinculan la trata y el refugio.¹²⁰ Otros, para evitar complicaciones, prefieren elegir una ruta menos difícil a través de permisos de residencia por colaboración con las autoridades, programas de testigos u otras alternativas por la vía de extranjería.

Por las razones expuestas, el artículo 14 del Protocolo establece una cláusula de salvaguardia para preservar el derecho a solicitar asilo y los derechos de los refugiados. Señala dicha disposición:

1. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuan-

¹¹⁷ Revista *Refugiados*, núm. 126, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR-ACNUR), Madrid, 2005, p. VI.

¹¹⁸ Guidelines of Refugee Women (1995), en vigor en 2003, EC/GC/02/25, 25 of April of 2002.

¹¹⁹ Global Consultations on International Protection, Refugee Women, EC/GC/02/8, 25 of April of 2002, Global Consultations on International Protection, Refugee Children, EC/GC/02/9, 25 of April of 2002, "Protection Policy in the making: Third Track of the Global Consultations", *Refugee Survey Quarterly*, vol. 22, number 2/3 2003, UNHCR, Geneva, Oxford University Press, 2003, pp. 256 y ss.

¹²⁰ Global Consultations on International Protection, Refugee Women, EC/GC/02/8, 25 of April of 2002, Global Consultations on International Protection, Refugee Children, EC/GC/02/9, 25 of April of 2002, "Protection Policy in the making: Third Track of the Global Consultations", *Refugee Survey Quarterly*, vol. 22, number 2/3 2003, UNHCR, Geneva, Oxford University Press, 2003, p. 276.

do sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos.

2. Las medidas previstas en el presente Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser víctimas de la trata de personas. La interpretación y aplicación de esas medidas estarán en consonancia con los principios de no discriminación internacionalmente reconocidos.¹²¹

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y de Niños, adoptado en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, viene a subsanar una laguna del derecho internacional, ya que es el primer instrumento internacional que aborda todos los aspectos de la trata de personas. Este Protocolo entró en vigor en diciembre de 2003. Define a la trata de personas como

la captación, el transporte, la acogida o la recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación abarca la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.¹²²

Alude a la protección de las víctimas de la trata de personas el artículo 6o., en el cual se obliga a los Estados parte a aplicar medidas tendientes a proteger la privacidad e identidad de las víctimas, preservando la confidencialidad en las actuaciones judiciales, previendo medidas específi-

¹²¹ Artículo 2o., Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, adicional a la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, adoptada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, aprobada por el Senado el 22 de octubre de 2002; ratificación de México: 4 de marzo de 2003; entrada en vigor internacional: 25 de diciembre de 2003; entrada en vigor para México: 25 de diciembre de 2003; publicación: *DOF*, 10 de abril de 2003.

¹²² Artículo 3o. del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada, adoptada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, *DOF*, 10 de abril de 2003.

cas para proporcionarles, cuando proceda, información sobre los procedimientos judiciales y administrativos pertinentes, así como asistencia en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes, sin menoscabo de los derechos de la defensa, y sin descuidar las medidas necesarias para su recuperación física, psicológica y social, incluso cooperando con organizaciones no gubernamentales la sociedad civil, para que obtengan alojamiento adecuado, reciban asesoramiento e información respecto a sus derechos, asistencia médica, psicológica y material, oportunidades de empleo educación y capacitación.¹²³

Asimismo, se sugiere a los Estados parte, considerar la posibilidad de adoptar medidas legislativas apropiadas que permitan a las víctimas, permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda, o repatriarlas cuando sean sus connacionales, o, si no lo son, permitirles ingreso y tránsito seguro por su territorio.¹²⁴ Por su parte, el artículo 9o. alude al tema de la cooperación en campañas de información y difusión, así como en iniciativas sociales y económicas, con miras a prevenir y combatir la trata de personas, ya sea con organismos no gubernamentales o sectores pertinentes de la sociedad civil, o bien la cooperación bilateral o multilateral con miras a mitigar factores, como la pobreza y el subdesarrollo.¹²⁵

En consultas globales realizadas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, las organizaciones no gubernamentales presentaron una declaración, en la que puntualizan que a pesar de la implementación de las directrices para garantizar una debida protección de las mujeres y niñas que solicitan refugio, todavía existen obstáculos que impiden una debida recepción de dichas mujeres y niñas, además de

¹²³ Artículo 6o. del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, adicional a la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, adoptada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, *DOF*, 10 de abril de 2003.

¹²⁴ Artículo 8o. Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, adicional a la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, adoptada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, *DOF*, 10 de abril de 2003.

¹²⁵ Artículo 9o., Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, adicional a la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, adoptada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, *DOF*, 10 de abril de 2003.

ser inadecuado el procedimiento de monitoreo y vigilancia para dar seguimiento el debido cumplimiento de las mismas.¹²⁶

4. *Desplazados internacionales versus desplazados internos*

Señala Geissler Nils¹²⁷ que desde 1980 emergió el fenómeno del desplazamiento de personas, y que de conformidad con varias fuentes, entre 30 a 35 millones de personas se han visto forzadas a abandonar sus hogares o lugares habituales de residencia a causa de conflictos armados, movimientos revolucionarios internos o violación masiva de derechos humanos. De tal suerte que el número de desplazados internos en 1995 era mayor que el número de refugiados.¹²⁸

Por un largo periodo se careció de una definición universal codificada de desplazados internos, a pesar de los considerables esfuerzos que se desarrollaron. La primera ocasión que ACNUR tuvo contacto con un fenómeno migratorio de desplazamiento fue en 1972. En esa ocasión no se definieron a los desplazados internos. Sin embargo, se reconoció que se requería de una clarificación terminológica, tanto para determinar el régimen internacional aplicable a los mismos como para determinar si en esos casos el ACNUR gozaba del mandato de las Naciones Unidas para protegerlos. Ayudaron a dibujar la definición de desplazado interno las dos ampliaciones al término de “refugiado”, plasmadas respectivamente en la Convención de la Unidad Africana de 1969 y en la Declaración de Cartagena de 1984.

A raíz de la ampliación del concepto de refugiado, los desplazados internacionales obtuvieron la protección del ACNUR, y el término de “desplazados internacionales” se dejó de utilizar, ya que la protección

¹²⁶ Global Consultations on International Protection, NGO Statement on Refugee Women (22-24 May 2002), “Protection Policy in the making: Third Track of the Global Consultations”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 22, number 2/3 2003, UNHCR, Geneva, Oxford University Press, 2003, pp. 442-448.

¹²⁷ Geissler, Nils, “The International Protection of Internally Displaced Persons”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, núm. 3, Geneva, Oxford University Press, 1999, p. 451.

¹²⁸ Internally Displaced Persons, Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis Deng, United Nations Doc. E/CN.4/1995/50 (1995), párr. 126.

del ACNUR para esas personas se aseguró, al quedar subsumido dicho concepto en el concepto de refugio.¹²⁹

Definen como desplazados internos los “Principios y Criterios de 1989”, como aquellas

personas que han sido obligadas a abandonar sus hogares o actividades económicas habituales debido a que sus vidas, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada o el conflicto prevaleciente, pero permaneciendo dentro de sus países. La necesidad de protección que caracteriza a este grupo constituye un criterio objetivo de identificación, independientemente de las causas que motivaron su desarraigo.¹³⁰

Jaime Ruiz de Santiago, en relación con los desplazados internos, señala que “es necesario recordar que estas personas han dejado frecuentemente sus poblaciones de origen por las mismas causas que los refugiados: persecución, violencia, violación masiva de derechos humanos, y que solo se suelen distinguir de estos —de los refugiados— a causa de no haber dejado su país de origen”.¹³¹

De esta forma, los desplazados se han visto obligados a abandonar su casa, por muchas de las mismas razones que los refugiados, pero no han cruzado ninguna frontera internacional. A menudo perseguidos o atacados por sus propios gobiernos, con frecuencia se encuentran en una situación más desesperada que los refugiados.¹³² Actualmente se calcula que debido a diversos conflictos, hay 1.4 millones de desplazados internos en Uganda, al menos 1.5 millones en la República Democrática del

¹²⁹ Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas, San José, 1994, Protección y Asistencia a Refugiados de América Latina. Documentos Regionales 1981-1999, t. III, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados-Universidad Iberoamericana, 2002, p. 117.

¹³⁰ Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina, adoptada en la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), ciudad de Guatemala, 1989, Protección y Asistencia a Refugiados de América Latina. Documentos Regionales 1981-1999, t. III, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados-Universidad Iberoamericana, 2002, p. 191.

¹³¹ Ruiz de Santiago, Jaime, *Las migraciones forzadas*, México, Indosoc, p. 13.

¹³² Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas, San José, 1994, *cit.*, nota 129, p. 117.

Congo y 6 millones en Sudán. Sin embargo, sólo 30,000 desplazados desde Uganda han llegado a ser refugiados, mientras que las cifras para la República Democrática del Congo y Sudán son 469,000 y 703,000, respectivamente.¹³³

Cabe mencionar que en el caso de los refugiados, el ACNUR tiene un mandato específico; en cambio, en el caso de los desplazados carece de éste, y sólo puede encargarse de éstos cuando así lo determine la Asamblea General de Naciones Unidas dentro de los medios de los cuales dispone.¹³⁴ Así, por ejemplo, en la resolución de la Asamblea General de la 70a. sesión plenaria, del 12 de diciembre de 1997, se resuelve:

1. *Encomia* al representante del Secretario General por las actividades realizadas hasta la fecha, pese a los limitados recursos puestos a su disposición, y por la función catalizadora que sigue desempeñando para aumentar el nivel de sensibilización respecto de la difícil situación de los desplazados internos.

2. *Alienta* al representante del Secretario General a que continúe analizando las causas de los desplazamientos internos, las necesidades de los desplazados, las medidas de prevención y los medios de brindar mayor protección y asistencia a los desplazados internos y encontrar soluciones a los problemas.

3. *Alienta* asimismo al representante del Secretario General a que continúe prestando especial atención en su examen a las necesidades de protección y asistencia de las mujeres y los niños, teniendo en cuenta el objetivo estratégico pertinente que figura en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer.¹³⁵

5. *Los asilados políticos*

En el continente americano se gestó un sistema propio en materia de asilo desde la penúltima década del siglo XIX. Se trata de un sistema

¹³³ *La situación de los refugiados en el mundo. Desplazamientos humanos en el nuevo milenio*, México, ACNUR, 2006, p. 153.

¹³⁴ *Resoluciones de la Asamblea General de la ONU, del Consejo Económico y Social de la ONU y de la Asamblea General de la OEA relativas a la Protección del Refugiado*, t. V, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados-Universidad Iberoamericana, 2002, pp. 625-627.

¹³⁵ *Idem*.

que incluso precede a los esfuerzos de la Organización de las Naciones Unidas, y que codifica prácticas propias de Latinoamérica.¹³⁶ Estos países dieron el impulso primario al asilo como respuesta a las exigencias de la convulsionada historia de las jóvenes repúblicas.¹³⁷ Las normas convencionales vigentes nacieron en la Décima Conferencia Interamericana, del 28 de marzo de 1954; se firmaron dos convenciones, una sobre Asilo Diplomático¹³⁸ y otra sobre Asilo Territorial.¹³⁹

La Convención sobre Asilo Territorial consta de 15 artículos; establece que el otorgamiento del asilo es un derecho que corresponde al Estado en el ejercicio de su soberanía; además, puntualiza que la causa o motivo por el cual resulta procedente otorgar el asilo territorial es la comisión de delitos políticos. Aclara que tanto la calificación del delito como la apreciación de las pruebas corresponden al Estado asilante, independientemente de que las pruebas sean presentadas por el Estado que requiere al asilado.

Por su parte, la Convención de Asilo Diplomático define dicho asilo como aquel que se otorga en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares. Para tales efectos se entiende por legación toda la sede de la misión, la residencia de los jefes de la misión y los locales

¹³⁶ Lescure, Luz y Vizor, Anayansi, *La práctica diplomática*, Guatemala, Piedra Santa, 1994, pp. 69 y ss.

¹³⁷ Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, 3a. ed., México, Oxford University Press, 2003, pp. 519 y ss.

¹³⁸ Convención de Asilo Diplomático adoptada en Caracas, Venezuela, el 28 de marzo de 1954 durante la décima Conferencia Interamericana. Ratificada por Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. La firmaron, pero no ratificaron, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, Honduras y Nicaragua. Haití denunció el Tratado en 1967, pero revocó su denuncia en 1974. Ratificación de México: 6 de febrero de 1957; aprobación del Senado: 20 de diciembre de 1956; entrada en vigor internacional: 29 de diciembre de 1954; entrada en vigor para México: 6 de febrero de 1957; publicación: *DOF*, 5 de abril de 1957.

¹³⁹ Convención sobre Asilo Territorial, adoptada en Caracas, Venezuela, el 28 de marzo de 1954, durante la Décima Conferencia Interamericana. Ratificada por Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití (que la denunció y posteriormente revocó la denuncia), México, Panamá, Uruguay y Venezuela. La firmaron, pero no ratificaron, Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Cuba, Honduras, Nicaragua, Perú y República Dominicana. Ratificación de México: 3 de abril de 1982; aprobación del Senado: 18 de diciembre de 1980; entrada en vigor internacional: 29 de diciembre de 1954; entrada en vigor México: 6 de febrero de 1957; publicación: *DOF*, 5 de abril de 1957.

habilitados por ellos, cuando el número exceda de la capacidad normal de los edificios. Se requiere, para otorgar el asilo diplomático, que la persecución obedezca a la comisión de delitos políticos y que se haya originado una situación de urgencia. La apreciación de la misma corresponde al Estado asilante. Al igual que en asilo territorial, el otorgamiento del asilo es un acto discrecional del Estado en ejercicio de su soberanía, y la calificación de los hechos que motivan la solicitud del asilo corresponde al Estado asilante.¹⁴⁰

Al lado del sistema latinoamericano de asilo emergió otro sistema de asilo en el continente americano, regulado en la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada durante la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969.¹⁴¹ Este régimen jurídico se asemeja al sistema universal de Naciones Unidas, con la salvedad de que su ámbito de aplicación personal se limita a los países miembros de la OEA.

El sistema de Naciones Unidas surgió —señala Francisco Galindo—¹⁴² con la finalidad de extender el régimen de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 a los países de América Latina y de África, conclusión que no compartimos, en razón de que en dichos instrumentos no se establece la obligación del Estado de otorgar asilo; en cambio, bajo el régimen de la Convención de 1951 y del Protocolo 1967 debe otorgarse el refugio si se satisfacen las condiciones señaladas en dichos instrumentos.

El artículo 14 de la Declaración Universal dispone:

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

¹⁴⁰ Gómez Robledo Verduzco, Alonso, “El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional”, *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, México, Porrúa 1984, p. 55.

¹⁴¹ Organización de Estados Americanos, Asamblea General, Resolución del 22 de noviembre de 1969, *Compilación de Instrumentos Jurídicos Regionales Relativos a Derechos Humanos, Refugio y Asilo*, t. II, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas-Universidad Iberoamericana, 2002, *Colección de Instrumentos Jurídicos Internacionales Relativos a Refugiados, Derechos Humanos y Temas Conexos*, p. 21.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 19 y 20.

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 Naciones Unidas.¹⁴³

El artículo 14 de la Declaración Universal alude al derecho de buscar asilo, a la acción de buscarlo y, una vez otorgado por el Estado de manera discrecional, a disfrutar de dicho derecho. De esta forma, el acto de otorgamiento del asilo permanece fuera del ámbito de los derechos que la Declaración Universal reconoce se encuentra regulado por derecho consuetudinario, quedando sujeto su otorgamiento a la decisión soberana del Estado.

El otro instrumento de Naciones Unidas es la Declaración sobre Asilo Territorial, adoptada en la Resolución 2312 (XXII), del 14 de diciembre de 1967, que señala:

1. 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.

2. No podrá invocar el derecho de buscar asilo, o disfrutar de éste, ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar 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 a tales delitos.

3. Corresponderá al Estado que concede el asilo calificar las causas que lo motiven.¹⁴⁴

En este caso, al igual que en la Declaración Universal, se contempla el derecho a buscar asilo; no se establece la obligación de los Estados, de otorgarlo. Resulta evidente que el derecho de buscar asilo contemplado en el artículo 14 de la Declaración Universal y en la Declaración de Asilo Territorial no tiene semejanza alguna con el refugio regulado en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, ya que el refugio parte de

¹⁴³ Artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

¹⁴⁴ Declaración sobre Asilo Territorial, Asamblea General, Resolución 2312 (XXII) del 14 de diciembre de 1967.

la obligación del Estado de acoger al refugiado cuando se satisfacen los requisitos señalados en los instrumentos internacionales mencionados.

Antônio Cançado Trindade señala, al referirse al asilo territorial, que debería adoptarse una definición más comprensiva e integral, porque “desgraciadamente con base a la terminología se desprotege a millones de personas, las calificaciones de asilado, desplazado y refugiado deberían de realizarse partiendo de conceptualizaciones o definiciones equivalentes”.¹⁴⁵

Aunque lo deseable para efectos de protección es equiparar los términos “asilo” y “refugio”, los instrumentos internacionales que regulan ambas figuras jurídicas subsisten, y no los han fusionado, por lo cual cabe distinguir el régimen aplicable a los países de América Latina, al igual que el contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Declaración de Asilo Territorial, los cuales parten de la distinción entre el “asilo” y “refugio”. En el caso del refugio, se necesita satisfacer una serie de requisitos, los cuales se valoran y conducen a la toma de una resolución dentro de un marco legal establecido. En cambio, en el caso del asilo, con base en la costumbre interamericana y normas convencionales regionales aplicables en América Latina constituye un acto discrecional del Estado.¹⁴⁶ Confirma la anterior afirmación el hecho de que los países de América Latina distinguen ambos regímenes, y por tal motivo son parte de las convenciones de Asilo Diplomático y Territorial de 1954,

¹⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y del derecho de los Migrantes Indocumentados, Opinión consultiva OC-18/03, serie A, núm. 18, voto de juez Cançado Trindade, <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

¹⁴⁶ Ortega Terol distingue entre el asilo y el refugio, en razón de que el primero es un acto discrecional, y el segundo, no; además, señala que el primero se otorga a individuos, y, en cambio, el segundo procede en los casos de masas. “Algunas cuestiones acerca del derecho de asilo y refugio (análisis jurisprudencial y perspectivas de desarrollo legislativo)”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 16, 1993, pp. 135 y 157; Francisco Galindo Vélez rechaza la diferencia, en razón del número de personas que solicitan protección; argumenta que el sistema interamericano ha sido desplazado por el sistema de Naciones Unidas, “El asilo en el sistema de Naciones Unidas y en el sistema interamericano”, *cit.*, nota 140, pp. 19 y 20. N. Guimezanes afirma que la no inclusión del asilo en la Convención de Ginebra es fuente de ambigüedades, “Le statut juridique des réfugiés”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, no. 2, année 46, 1994, p. 215; distingue el régimen aplicable al asilo y al refugio, Trujillo Herrera R., *La Unión Europea y el derecho de asilo*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 109 y 110.

así como de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951 y del Protocolo de 1967.¹⁴⁷

En Europa, los términos de “refugio” y “asilo” sí son equivalentes, por cuanto en ambos casos, con independencia del término que se utilice, la regulación internacional a la que se refieren es la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado, de 1951, y el Protocolo del Estatuto de 1967, régimen no discrecional, por cuanto se encuentra acotado a las normas convencionales señaladas.

¹⁴⁷ Convención de Asilo Diplomático, adoptada en Caracas, Estados parte: Venezuela, el 28 de marzo de 1954 durante la Décima Conferencia Interamericana, Estados parte: Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. La firmaron, pero no ratificaron, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, Honduras y Nicaragua. Haití denunció el Tratado en 1967, pero revocó su denuncia en 1974. México ratificó el 6 de febrero de 1957, aprobado por el Senado el 20 de diciembre de 1956; entrada en vigor para México: 6 de febrero de 1957; publicado: *DOF*, 5 de abril de 1957.

Convención sobre Asilo Territorial, adoptada en Caracas; Estados parte: Venezuela, el 28 de marzo de 1954, Durante la Décima Conferencia Interamericana. Ratificada por Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití (que la denunció y posteriormente revocó la denuncia), México, Panamá, Uruguay y Venezuela. La firmaron, pero no la ratificaron, Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Cuba, Honduras, Nicaragua, Perú y República Dominicana. México ratificó el 3 de abril de 1982; aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980; entrada en vigor para México: 3 de abril de 1982; publicado en el *DOF*, 4 de mayo de 1981.

Convenio sobre el Estatuto de Refugiado de 1951, entró en vigor el 6 de junio de 1960; Estados parte: Alegría, Antigua y Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Azerbaiján, Barbados, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brasil, Chad, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Fiji, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Guatemala, Guinea, Honduras, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Kiribati, República de Corea, Latvia, Lesotho, Liberia, Libia Árabe de Cachemira, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, la República Formal de Yugoslavia, México, Holanda, Noruega, Filipinas, San Vicente y Granadinas, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suazilandia, Suiza, Suecia, Trinidad y Tobago, Túnez, Uganda, Reino Unido, República Federal de Yugoslavia, Zambia y Zimbabwe.

Protocolo sobre el Estatuto del Refugiado de 1961; entrada en vigor: 13 de diciembre de 1975; Estados parte: Armenia, Australia, Austria, Azerbaiján, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Chad, Costa Rica, República de Chechenia, Dinamarca, República Dominicana, Francia, Alemania, Guatemala, Irlanda, Israel, Kiribati, Latvia, Libia Árabe de Cachemira, Holanda, Nigeria, Noruega, Eslovaquia, Suiza, Suecia, Túnez, Reino Unido, Uruguay. México se adhirió el 7 de junio de 2000, aprobado por el Senado el 17 de abril de 2000 entrada en vigor para México 5 de septiembre de 2000, publicado en el *DOF*; 25 de agosto de 2000.

6. *Aproximación conceptual de inmigrante en situación irregular*

Si realizamos una aproximación conceptual, observamos que la definición del inmigrante en situación irregular se basa en una definición jurídica doblemente negativa. En primer lugar, la categoría de inmigrante parte de una conceptualización negativa, ya que en la legislación nacional de cada Estado se define a los extranjeros como los no nacionales de un Estado. En segundo lugar, el extranjero inmigrante en situación irregular es también un concepto negativo, por cuanto se define por contraposición al concepto de extranjero en situación legal o regular. De tal suerte que en cada Estado se define al inmigrante en situación irregular, a partir de los requisitos que la legislación de cada Estado determina que debe cumplir un inmigrante regular, y que no satisface el que se encuentra en situación irregular. Así, la definición del inmigrante indocumentado o en situación irregular parte de un doble concepto negativo (no nacional y en situación no legal).

La importancia de la determinación del concepto de refugiado, asilado y desplazado radica en que con base en dichos conceptos se determina el grado de protección y asistencia que reciben del Alto Comisionado de las Naciones Unidas o de algún otro organismo internacional. En el caso de los inmigrantes en situación irregular, no reciben ninguna protección. Por este motivo, se encuentran en un estado de extrema vulnerabilidad. Las razones por las que se desarraigan de sus países con el riesgo de perder su propia vida no obedecen a una persecución religiosa o racial; o a la violación masiva de sus derechos humanos, huyen de la pobreza extrema y miseria en la que viven, o por la falta de empleo, que los obliga a abandonar sus países de origen.