



Facultad
de Derecho

In Jure Anáhuac Mayab

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Universidad Anáhuac Mayab

ISSN: 2007-6045



MÉXICO AÑO 1 PRIMERA ÉPOCA NÚMERO 2 PRIMAVERA 2013

UNIVERSIDAD ANÁHUAC MAYAB

P. Rafael Pardo Hervás, L. C.

RECTOR

Dr. Narciso Acuña González

VICERRECTOR ACADÉMICO

DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

FACULTAD DE DERECHO

Mtro. Absalón Álvarez Escalante

DIRECTOR

Dra. María Guadalupe Sánchez Trujillo

COORDINADORA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES

JURÍDICAS Y PROGRAMAS DE DOCTORADO

CONSEJO EDITORIAL
REVISTA IN JURE ANÁHUAC MAYAB

Héctor José Victoria Maldonado
PRESIDENTE HONORARIO DEL CONSEJO EDITORIAL

Absalón Álvarez Escalante
PRESIDENTE DEL CONSEJO EDITORIAL

María Guadalupe Sánchez Trujillo
DIRECTORA GENERAL

CONSEJEROS EDITORIALES

Andrés Botero Bernal (UdeM, Colombia)
José Antonio Caballero Juárez (CIDE, México)
Ramiro Contreras Acevedo (UdeG, México)
Jorge Alberto González Galván (IIJ-UNAM, México)
María del Pilar Hernández Martínez (IIJ-UNAM, México)
Francisco José Paoli Bolio (IIJ-UNAM, México)
Ruperto Patiño Manffer (UNAM, México)
Luciano Carlos Rezzoagli (IIETE, UNL, Argentina)
José Antonio Núñez Ochoa (IIJyP, UA Norte, México)

Alma de los Ángeles Ríos Ruiz (UNAM, México)

María Guadalupe Sánchez Trujillo (IIJ, UA Mayab, México)

Enrique Uribe Arzate (UAEM, México)

COMITÉ EDITORIAL

María Cristina Burgos Montes de Oca

Gerardo Centeno Canto

Julia Amanda Díaz Aguilar

Genny Alejandra Falcón Gual

Luz María Guzmán Lozano

Omar Pacho y Sánchez

Armando Peraza Guzmán

Dalia Isela Piña Alberto

Jorge Rivero Evia

Marco Antonio Sánchez Vales

In Jure Anáhuac Mayab, Año 1, Núm. 2, Enero – Junio de 2013, es una Publicación semestral editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, Km.15.5 Carr. Mérida- Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, Tel. (999) 942-4800 ext. 535, 01-800-012-0150, <http://www.anahuacmayab.mx>. Editor responsable: Universidad Anáhuac Mayab. Reserva de derechos al uso exclusivo No. 04-2013-011817063200-102 otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. ISSN: 2007-6045. Responsable de la última actualización de este Número, Servicios de Tecnología de la Universidad Anáhuac Mayab, Ing. David Arjona Espinosa, Km.15.5 Carr. Mérida- Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, fecha de última modificación, 15 de Julio de 2013.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad Anáhuac Mayab.

IN JURE ANÁHUAC MAYAB

Revista de la Facultad de Derecho

Universidad Anáhuac Mayab

Estudios Jurídicos: Trabajos académicos inéditos, prácticos o dogmáticos, en formato de artículo, monografía, ensayo.

Crónica Jurídica Anáhuac: Comentarios legislativos, sentencias, resoluciones administrativas, jurisprudencia, tesis aislada, reseña académico-jurídica.

Recensiones: Comentarios académicos o apuntes a libros jurídicos.

Colloquium: Trabajos relevantes de estudiantes de Maestría y Doctorado, preferentemente relacionados con los temas de sus proyectos de investigación.

Normas para la presentación de colaboraciones:

El documento deberá estar en Word, en letra Arial tamaño 11, con espaciado interlineal de 1.5 cm y 2.5 cm de margen en los 4 lados, sin sangría.

Título del trabajo (en mayúsculas a 14 puntos en negritas y centrado), nombre(s) del autor(es), después del título a 10 puntos alineado(s) al margen derecho) con nota al pie de página que muestre la filiación institucional (datos académicos y profesionales y trayectoria académica), dirección electrónica y número de teléfono.

Subtítulos a 12 puntos en negritas y alineados a la izquierda.

Notas a pie de página a 9 puntos, numeradas en forma ascendente, a espacio sencillo y justificadas (apellidos del autor, nombre, título en cursivas (sólo se usará mayúscula inicial y en los nombres propios), número de edición (la primera no debe indicarse), traductor, lugar de la edición (ciudad), editorial, año, colección, volumen o tomo, páginas).

No espacios especiales anteriores o posteriores entre párrafos. Deberá usar mayúsculas y minúsculas.

Resumen y *abstract*: máximo de 200 palabras, en las cuales se muestran, de forma muy breve, los argumentos principales y las tesis desarrolladas, las críticas y los aportes más relevantes. Idioma: Español e Inglés.

Palabras claves: 5 palabras máximo que permitan identificar de forma clara el tema del artículo. Idiomas: Español e Inglés.

La estructura del trabajo deberá dividirse en: Introducción, Desarrollo del tema, metodología, resultados y conclusiones, referencias bibliográficas.

Las figuras o tablas en archivos originales (programas en que fueron elaborados)

Extensión máxima de 30 cuartillas si es un ensayo, artículo o monografía; para estudios legislativos o jurisprudenciales, la extensión máxima será de 15 cuartillas y 5 cuartillas para revisiones. Tratándose de Trabajos relevantes de estudiantes de Maestría y Doctorado, la extensión máxima será de 20 cuartillas.

Todos los trabajos serán sometidos a dictamen doble ciego.

Deberá enviar sus colaboraciones a la dirección: maria.sanchezt@anahuac.mx

ÍNDICE

Presentación. Absalón Álvarez Escalante Pág. 11

Estudios Jurídicos

La discrecionalidad del juez y el parámetro de la multa para el delito de amenazas, el caso de Tabasco. **Pág. 13**

Ramiro Contreras Acevedo

Gabriel Martínez Cornelio

El rediseño de los programas de posgrado en derecho. Especial referencia a la maestría en derecho penal. **Pág. 31**

María Guadalupe Sánchez Trujillo

Sistemas supranacionales de impartición de justicia. **Pág. 53**

Jorge Rivero Evia

Análisis sobre la mano de obra juvenil en los procesos de integración económica. **Pág. 85**

Alma de los Ángeles Ríos Ruiz

Security Council listing procedures and human rights. **Pág. 117**

León Arturo Castellanos Jankiewicz

El modelo social de la discapacidad: hacia una nueva perspectiva basada en los derechos humanos. **Pág. 143**

Jorge Alfonso Victoria Maldonado

Crónica Jurídica Anáhuac

Las Visitas de Verificación Migratoria y su constitucionalidad. **Pág. 160**

Alfonso Manzanilla Esquivel

Colloquium

El control de constitucionalidad y la globalización,
sus repercusiones en el Estado mexicano. **Pág. 173**

Luis Alfonso Méndez Corcuera

Hacia el sistema especializado de justicia para adolescentes
en el Estado de Yucatán. **Pág. 197**

Gabriela Patricia Santinelli Recio

Relación privacidad y transparencia. **Pág. 224**

Víctor Manuel Carral Cortés

PRESENTACIÓN

Absalón ÁLVAREZ ESCALANTE*

Director de la Facultad de Derecho

El inicio del proyecto de una revista jurídica conlleva siempre un doble reto. Por una parte lograr la continuidad de su publicación y adicionalmente, lo que resulta más relevante por ser la piedra angular sobre la cual se construye su valor científico, la calidad de los trabajos que constituyen el contenido de la misma.

Con gran satisfacción presento a la comunidad jurídica el segundo número de nuestra Revista Jurídica Electrónica “IN JURE ANÁHUAC MAYAB”, con seis valiosas aportaciones de destacados juristas nacionales e internacionales sobre temas relacionados con el Derecho Penal, los Derechos Humanos y los Sistemas Supranacionales de Impartición de Justicia; una “Crónica Jurídica” sobre la constitucionalidad de las visitas de verificación migratoria, y dos aportaciones en la sección de “Colloquium”, de egresados y alumnos de nuestros programas de maestría y doctorado.

Estoy seguro de que para los estudiosos del derecho cada una de estas aportaciones será de gran interés y espero que también de mucha utilidad para sus investigaciones.

Han quedado muchas colaboraciones sin poder incluir en este número por el espacio determinado en el formato de su presentación, pero seguimos invitando a todos los académicos e investigadores a seguir enviándonos sus trabajos, ya que desde este momento hemos iniciado la integración de los que serán considerados para el siguiente número que publicaremos en el mes de enero de 2014.

* Maestro en Derecho Corporativo y Candidato a Doctor en Derecho, absalon.alvarez@anahuac.mx

Estudios Jurídicos

LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ Y EL PARÁMETRO DE LA MULTA PARA EL DELITO DE AMENAZAS, EL CASO DE TABASCO.

JUDGE'S DISCRETION AND THE PARAMETERS OF THE PENAL RULE RELATED TO THE CRIME CASE OF THREAT IN TABASCO.

Ramiro CONTRERAS ACEVEDO *

Gabriel MARTÍNEZ CORNELIO **

RESUMEN. En este artículo se reflexiona sobre los efectos de la limitada discrecionalidad que el legislador otorga al juzgador para determinar el monto que, por concepto de multa, debe garantizar la persona procesada¹ para poder acceder a la libertad provisional bajo caución, cuando se trata del delito de amenazas.² La norma establece una sanción pecuniaria que va de doscientos a quinientos días multa. Pero argumentando desde los principios de presunción de inocencia y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática, esa norma violenta los derechos humanos.

* Profesor Investigador titular "C" de la Universidad de Guadalajara. Investigador nacional. Impartió el curso "argumentación jurídica" en el Doctorado en Derecho Judicial del Centro de Especialización Judicial del Poder Judicial de Tabasco. Como requisito de acreditación, se estableció que los alumnos del Doctorado, en este caso, el Mtro. Gabriel Martínez Cornelio, publicaran un artículo donde mostrasen haber adquirido la capacidad argumentativa que la asignatura persigue. Para ampliar el encuadre del presente trabajo, véase el Anexo 1. Cualquier comentario dirigirlo a coradr@hotmail.com

** Maestro en Organización Jurídica del Poder Judicial y Derecho Judicial, por la Universidad Alicante, España; en coordinación con el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de Tabasco. Actualmente, cursante del Doctorado en Derecho Judicial, impartido por el Centro de Especialización Judicial del Poder Judicial de Tabasco. licmartinezgabriel@hotmail.com

¹ Se utiliza el término procesado porque, aun cuando en la reforma constitucional de 2008 se denomina a la persona que es sometida a un proceso penal como imputada, se reduce la estigmatización que la anterior denominación ocasiona, siendo por ello más acorde con el principio de presunción de inocencia. Actualmente, en Tabasco, sólo en uno de sus municipios se aplica el sistema acusatorio adversarial, en cuyo sistema la prisión preventiva está destinada sólo para aquellas conductas consideradas como graves por la constitución. Por ello no es concordante con el planteamiento que se desarrollará en el análisis, donde la libertad provisional bajo caución representa en aquellos delitos no graves, la posibilidad del procesado de obtener la libertad de forma inmediata previo pago de las cantidades que se fijan por el órgano jurisdiccional.

² Artículo 161. A quien intimide a otro con causarle daño en su persona o en sus bienes, o en la persona o bienes de un tercero con quien el amenazado tenga vínculos afectivos de cualquier índole, se le impondrá prisión de tres meses a dos años y de doscientos a quinientos días multa, sin perjuicio de la pena aplicable, si el agente realiza el mal con el que amenaza.

Palabras clave: Administración de justicia, debido proceso legal.

ABSTRACT: In this article we examine the effects of the limited discretion that the legislature grants the judge, to determine the amount ensure tried to gain access to free on bail, when it comes to criminal threats. The standard establishes a fine ranging from two hundred to five hundred days fine. But arguing from the principles of presumption of innocence and proportionality, that are essential in a democratic society, this law violates human right.

Keywords: proportionality, need, presumption of innocence, accessible

I. Introducción.

La libertad provisional bajo caución constituye una medida cautelar, cuyo objetivo es garantizar que el proceso penal no se frustre debido a la sustracción de la persona procesada de la acción de la justicia, prevista como un derecho, tanto en el artículo 20 apartado A, fracción I,³ de la Constitución Mexicana⁴, como en el artículo 223⁵ del Código de Procedimientos Penales en vigor del Estado de Tabasco.

Dicha medida se conforma, dependiendo de las sanciones que comprenda el delito respectivo, por tres rubros: una suma que garantiza la comparecencia al proceso o fianza personal, un monto que garantiza el cumplimiento de la multa que pueda imponerse en sentencia y otro por concepto de la reparación de los daños ocasionados a la víctima.

El objeto del análisis es la multa, puesto que el monto de la misma incide directamente en la libertad personal y el derecho de circulación de la persona procesada, es decir, del sujeto pasivo del proceso, pues su uso dependerá de si el total de dichas sumas es asequible a él.

Por ello, no puede ser fijada en forma taxativa o limitativa, ya que, como toda medida cautelar que incide en la libertad de la persona, tiene como límite la presunción de inocencia, la proporcionalidad y necesidad de la medida.

³ Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: a. del inculcado: I. inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio...

⁴ Antes de la reforma de 2008, relativa al cambio de sistema del Mixto, inquisitivo-acusatorio, al acusatorio – adversarial.

⁵ Inmediatamente que el inculcado lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, salvo que el proceso se siga por delitos graves.

En tal sentido es al Juzgador a quien corresponde establecer la proporcionalidad de los conceptos de caución personal y multa, en base a las circunstancias de ejecución del delito y peculiaridades del procesado, para considerarla accesible.

Sin embargo, el seis de octubre de dos mil doce, se publicó en el Periódico Oficial del Órgano de Difusión del Gobierno de Tabasco; el decreto 214, emitido por el entonces Gobernador Andrés Rafael Granier Melo, por el cual se reformó el artículo 161 del Código Penal de Tabasco, que ahora incluye una sanción pecuniaria que va de doscientos a quinientos días multa, lo cual reduce la discrecionalidad del juzgador para fijar el monto de la caución que por este rubro deba cubrir el procesado.

La experiencia del autor del presente, como Juez de Paz, a quien por concepto de competencia por materia, corresponde conocer del delito de amenazas,⁶ ha permitido constatar que tal parámetro ha ocasionado que las personas detenidas, ya sea por una orden de aprehensión, ya por flagrancia, por el delito de amenazas, permanezcan en prisión preventiva.

Esto debido a la formulación del enunciado jurídico en sentido cerrado,⁷ que impide al juzgador considerar la proporcionalidad de la medida, fuera del parámetro de doscientos a quinientos días multa.

Planteándose de este modo, la disyuntiva entre someterse a la norma por la racionalidad del legislador y los motivos que tuvo para incorporar en agosto de dos mil doce, el citado parámetro por concepto de multa o en vía de interpretación, arreglarse conforme al artículo 22⁸ de la Constitución Mexicana, de acuerdo al caso concreto, en el que parámetro mínimo resulte excesivo.

Para demostrarlo, primero, se efectuará un breve análisis de la libertad bajo caución, como medida cautelar que incide en la libertad de las personas; seguido se realizará el análisis correspondiente a la multa utilizando el modelo argumentativo de Stephen Toulmin.⁹

⁶ Artículo 43 Bis 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Tabasco. Los Jueces de Paz conocerán de la conciliación en toda controversia civil y familiar fuera de juicio, en su competencia, o penal que se persiga por querrela y les sea planteada. Además, de los siguientes asuntos: ...**III.** De los delitos contemplados en el Código Penal vigente en el estado de Tabasco, que a continuación se listan. ...Amenazas, previsto y sancionado en el artículo 161...

⁷ Véase más al respecto en: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho, teoría de los enunciado jurídicos*, España, Ariel, 2004, 2ª ed.

⁸ Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

⁹ Para un acercamiento a la teoría de Stephen Toulmin, puede verse: Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 3ª reimp., UNAM, México, 2007, pp. 81-102.

Se precisa que se efectuará sólo en el contexto de la multa como probable pena pecuniaria, que pudiera imponerse al procesado en sentencia; es decir, cuando aplica a su favor el principio de presunción de inocencia y, no, como una pena impuesta después de haberse concluido que sí se ha cometido un delito; en cuyo caso, la multa opera como una pena que debe sufrir como resultado de un proceso en el cual fue encontrado culpable.

II. La libertad bajo caución, una medida cautelar que incide en la libertad de la persona procesada (aspecto previo).

La libertad provisional bajo caución, es una medida cautelar, pues se da en función de la incoación a un proceso penal y reúne los principios informadores de *instrumentalidad* y *provisionalidad*,¹⁰ toda vez, que es el instrumento que garantiza o previene que el proceso se frustre, debido a la sustracción de la persona procesada de la acción de la justicia durante la tramitación del proceso penal, agotándose en el momento de resolver en definitiva; puesto que el objeto de prevención es lo que constituye el principio de *periculum in mora*, pues la posibilidad de que el procesado se sustraiga de la acción de la justicia, funda el peligro razonable de que el proceso penal no alcance su finalidad, que de conformidad con el artículo 1, del Código Procesal Penal Acusatorio de Tabasco, es “el esclarecimiento de los hechos, para determinar si se ha cometido un delito, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen, para garantizar la justicia en la aplicación del derecho y restaurar la armonía social entre sus protagonistas y con la comunidad”.

Asimismo se cumple con el principio *fumus boni iuris*, pues la posibilidad de no agotar el proceso y establecer que se ha cometido un delito, amenaza la aparente existencia del derecho de la víctima, en su caso, de que le sean reparados los daños causados, lo que basta que sea probable y verosímil.

Dicha medida cautelar, reemplaza la medida provisional de la prisión preventiva;¹¹ es decir, se suple la afectación a la libertad personal por la afectación del patrimonio; dependiendo entonces, de los medios económicos del procesado hacer uso de ella. Por lo tanto, al condicionarse la sustitución de la medida cautelar de prisión preventiva por

¹⁰ Font Serra, Eduardo, *Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva*, Universidad de Navarra, 1974, pp. 142-145.

¹¹ Díaz de León, Marco Antonio, *La libertad provisional bajo caución en México*, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/117/13.pdf>, consultado el 2 de abril de 2013.

libertad bajo caución, al pago de ciertas cantidades monetarias, contiene implícita la probabilidad de que la persona no pueda acceder a ella, incidiendo de este modo en la libertad personal y libre circulación de la persona procesada.

III. Aserción.

La multa que prevé el delito de amenazas podría resultar excesiva, al constreñir al juzgador a utilizar el parámetro de doscientos a quinientos días de salario mínimo vigente para resolver la proporcionalidad de la misma; hecho por el que los jueces tienen la obligación de arreglarse en cada caso, conforme al artículo 22 de la Constitución mexicana, para fijar su cuantía en relación al caudal económico de la persona procesada.

IV. Evidencia.

En los juzgados de Centro Tabasco, después de la publicación de la reforma al artículo 161 del Código Penal en vigor, del seis de octubre de dos mil doce, a febrero de dos mil trece, nueve personas, de nueve consignadas por el delito de amenazas, han permanecido en prisión preventiva, pese a haber solicitado la libertad provisional bajo caución.¹²

Con el fin de conocer las posibilidades de pago de la caución, del número de personas mencionado, se entrevistó a Francisco M. S.,¹³ a quien el agente del Ministerio Público Investigador, consignó detenido, acusado de los delitos de amenazas y lesiones. Al rendir su declaración preparatoria dijo tener cuarenta y cuatro años; ser chofer de taxi, con un ingreso de ciento cincuenta a doscientos pesos diarios, del cual dependen dos personas. En la audiencia el Defensor Público pidió la libertad provisional bajo caución. El monto, por doscientos “días multa” conforme el parámetro mínimo para el delito de amenazas, ascendió a \$12,276.00. Esto se le comunicó al interesado quien, después de decirle que la suma era la mínima establecida por concepto de multa en el Código Penal, refirió:

El que escribió en ese librito está loco. Piensa sacarle las tripas al pueblo de esa manera. Si yo tuviera, para pagar, todo ese dinero, vengo y lo pago pero yo soy chofer. Yo entiendo que dejaron al pueblo embarcado pero cómo me van a cobrar esa multa si ni narcotraficante y secuestrador soy. Solamente el

¹² Encuesta realizada en los 4 Juzgados de Paz de Centro, Tabasco.

¹³ Se obtuvo el consentimiento de la persona para utilizar su nombre y apellidos.

chapo tiene para pagar y seguir delinquiendo, lo bueno que yo no voto por nadie.

V. Contra Tesis.

Con el afán de colocar el análisis en un punto más cercano a lo fáctico, se entrevistaron a dos agentes del Ministerio Público¹⁴ para conocer la postura que adoptarían como representantes sociales dentro del proceso penal, de fijar el Juez por concepto de probable multa, al conceder la libertad bajo caución, una suma inferior al parámetro mínimo de doscientos “días multa”. Resumiendo sus consideraciones de la forma siguiente:

1. Interpondrían recurso de apelación para que los Magistrados revocaran la decisión del Juez, por las razones siguientes:

1.1. Los beneficiarios de la libertad provisional bajo caución son probables delincuentes que se encuentran limitados en sus derechos, tal como lo prevé la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 7,¹⁵ pues la medida se encuentra comprendida en una norma vigente. Por tanto no resulta desproporcional. Por ello el juez tiene que someterse al imperio de la Ley, y si el artículo 161 del Código Penal de Tabasco, es una norma vigente, debe ser acatada por el Juzgador; pues lo contrario sería arbitrario y atentaría contra la seguridad jurídica.

1.2. Que la decisión del Juez iría en contra del interés social, pues se restaría eficacia a la prevención general del delito, conformada por la amenaza de la pena, ejercida a través del *ius puniendi* del Estado, para mantener el orden social.

1.3. Que fomentaría que el delincuente obtuviese la libertad de manera más fácil y que por lo tanto continuara cometiendo delitos, por lo que el fin de los parámetros de la multa, en el delito de amenazas, busca precisamente que la aflicción de la pena, constituida por lo severo de la multa, sea lo que lleve al procesado a reencausar su conducta.

2. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido en la tesis de jurisprudencia 111/2005, del rubro y texto siguiente:

¹⁴ Agentes del Ministerio Público, adscritos a los Juzgados de Paz de Centro, Tabasco.

¹⁵ 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas...

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL JUEZ DEL PROCESO DEBE FIJAR SU MONTO CON BASE EN LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El citado precepto constitucional señala que para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el Juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido, así como la sanción pecuniaria que pueda imponerse al inculpado. En tal virtud, y atento al proceso legislativo que precedió a la reforma del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación de 3 de julio de 1996, se concluye que al momento de fijar el monto de la caución que un indiciado debe exhibir para gozar de la libertad provisional, no siempre debe señalarse la cuantía mínima de la sanción pecuniaria, así como tampoco deberá ser la máxima, sino que la graduación de dicha caución queda al prudente arbitrio del juzgador, quien deberá valorar las circunstancias específicas del inculpado y de la comisión del delito y observar las reglas previstas por el referido dispositivo constitucional, sin que ello implique que el hecho de fijar como caución un monto mayor a la multa mínima que correspondería imponer con motivo de la comisión del delito de que se trate, se prejuzgue sobre la acreditación de la responsabilidad o el grado de culpabilidad del inculpado, sino que se está tratando de proteger tanto a la víctima como a la sociedad, al impedir que el sujeto activo se sustraiga a la acción de la justicia y siga cometiendo hechos delictivos en su perjuicio, independientemente de que será hasta el momento de dictar la sentencia definitiva cuando pueda hacerse un pronunciamiento sobre la culpabilidad del indiciado.¹⁶

Por lo tanto:

2.1. En el caso del delito de amenazas, que prevé como pena, multa que va de doscientos a quinientos días, sí se concede discrecionalidad al Juez para fijar el monto de la caución al otorgarle la norma el parámetro en el que pueda ir de un mínimo a un máximo, como se advierte de la jurisprudencia.

¹⁶ 1a./J. 111/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, T. XXII, Octubre de 2005, P. 437

2.2. El citado criterio, en ningún momento otorga al juez la posibilidad de dejar de observar la norma, sino que sostiene que no está obligado a fijar el mínimo ni el máximo, sino que debe hacerlo dentro del parámetro establecido en la norma, por lo que el juez no puede concluir que se encuentre limitado para determinar la proporcionalidad de la multa, puesto que no se le obliga a fijar el máximo.

VI. Garantía.

El artículo 22, de la Constitución Mexicana, prohíbe: “las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, *la multa excesiva*, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.

En ese sentido el artículo 133 Constitucional, establece: “Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

Por ende el Juez, tiene la obligación de hacer prevalecer la Constitución, frente a disposiciones en contrario que existan en las leyes de los Estados.

En corolario, el parámetro mínimo para la imposición de la multa que prevé el delito de amenazas, resulta contrario al texto constitucional pues no da al juzgador la oportunidad, en cada caso, de atender entre otras las posibilidades de cumplimiento de la persona procesada en relación a su capacidad económica y la gravedad o levedad del delito.

Así lo sostiene, por unanimidad de votos, El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Jurisprudencia P./J. 9/95, cuyo rubro y texto son:

MULTA EXCESIVA. CONCEPTO DE. De la acepción gramatical del vocablo "excesivo", así como de las interpretaciones dadas por la doctrina y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para definir el concepto de multa excesiva, contenido en el artículo 22 constitucional, se pueden obtener los siguientes elementos: a) Una multa es excesiva cuando es desproporcionada a las posibilidades económicas del infractor en relación a la gravedad del ilícito; b) Cuando se propasa, va más adelante de lo lícito y lo razonable; y c) Una multa puede ser excesiva para unos, moderada para otros y leve para muchos. Por lo tanto, para que una multa no sea contraria al texto

constitucional, debe establecerse en la ley que la autoridad facultada para imponerla, tenga posibilidad, en cada caso, de determinar su monto o cuantía, tomando en cuenta la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor, la reincidencia, en su caso, de éste en la comisión del hecho que la motiva, o cualquier otro elemento del que pueda inferirse la gravedad o levedad del hecho infractor, para así determinar individualizadamente la multa que corresponda.¹⁷

Por lo tanto, el parámetro de la multa que se analiza, convierte para unos el derecho a la libertad provisional bajo caución, en un derecho inalcanzable y de mera enunciación, al no negar normativamente su obtención, pero sí fácticamente al establecer en su parámetro mínimo doscientos “días multa”, lo cual no permite al juzgador decidir en cada caso, la proporcionalidad de la misma, en relación a las capacidades económicas del beneficiario y la gravedad de la conducta del procesado.

Tal como lo expresó el señor Francisco M. S., a quien el agente del Ministerio Público Investigador, consignó detenido, acusado de los delitos de amenazas y lesiones, “si yo tuviera para pagar todo ese dinero vengo y lo pago pero yo soy chofer. Yo entiendo que dejaron al pueblo embarcado pero cómo me van a cobrar esa multa si ni narcotraficante ni secuestrador soy. Solamente el chapo tiene para pagar y seguir delinquiendo. Lo bueno que yo no voto por nadie.”

Lo anterior evidencia que el juez se encuentra limitado por la norma ordinaria a imponer el parámetro mínimo de la multa (\$12,276.00), cantidad que en sí misma resulta desproporcional con los ingresos económicos de una persona, cuyo oficio es ser chofer de taxi, con un ingreso de ciento cincuenta a doscientos pesos diarios, de quien dependen económicamente dos personas. Por ende en este caso resulta excesivo el parámetro mínimo de la multa

Por ello, no es sólo el hecho de que una norma se encuentre vigente razón suficiente para su aplicación, sino que es necesario que ésta sea acorde con la Constitución mexicana.

¹⁷ P.J. 9/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo II, Julio de 1995, P.5.

VII. Respaldo.

Hacer prevalecer el artículo 22 de la Constitución mexicana, frente al 161 del Código Penal del Estado de Tabasco, resulta además de una obligación constitucional para el juzgador, una exigencia social.

Puesto que el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), a quien de conformidad con la Ley General de Desarrollo Social, le corresponde establecer los lineamientos y criterios para la definición, identificación y medición de la pobreza;¹⁸ así como para actuar, en su caso, como órgano de consulta y asesoría en materia de evaluación de programas sociales y medición de pobreza con las autoridades estatales y municipales, y concretar acuerdos y convenios con ellas, rindió el informe de pobreza y evaluación de Tabasco, actual hasta 2012.¹⁹

Partiendo de datos del CONEVAL, del 2010, se destaca el incremento o decremento en las áreas medibles que proporcionan los indicadores de pobreza de 2010 a 2012, así como las acciones tomadas para reducir la pobreza; quedando actualizada la información respecto de los rubros que se hayan modificado.²⁰

Así, de acuerdo al estudio realizado en dos mil diez, a nivel nacional, la población en pobreza fue de 52.1 millones de personas, lo que representó el 46.3 por ciento del total de la población. De ésta, la población en pobreza extrema fue de 12.8 millones de personas, lo que equivale al 11.4 por ciento de la población total.²¹

¹⁸Capítulo VI. De la Definición y Medición de la Pobreza. Artículo 36. Los lineamientos y criterios que establezca el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social para la definición, identificación y medición de la pobreza son de aplicación obligatoria para las entidades y dependencias públicas que participen en la ejecución de los programas de desarrollo social, y deberá utilizar la información que genere el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, independientemente de otros datos que se estime conveniente, al menos sobre los siguientes indicadores: **I.** Ingreso corriente per cápita; **II.** Rezago educativo promedio en el hogar; **III.** Acceso a los servicios de salud; **IV.** Acceso a la seguridad social; **V.** Calidad y espacios de la vivienda; **VI.** Acceso a los servicios básicos en la vivienda; **VII.** Acceso a la alimentación, y **VIII.** Grado de cohesión social. **Artículo 37.** Los estudios del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social deberán hacerse con una periodicidad mínima de cada dos años para cada entidad federativa y con información desagregada a nivel municipal cada cinco años, para lo cual deberán hacerse las previsiones presupuestarias correspondientes en el Presupuesto de Egresos de la Federación, para que el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática pueda llevar a cabo los censos, conteos y encuestas correspondientes.

¹⁹ El estudio estuvo a cargo de sus investigadores académicos en funciones durante el ciclo 2010-2014, María del Rosario Cárdenas Elizalde, por la Universidad Autónoma Metropolitana; Fernando Alberto Cortés Cáceres, por El Colegio de México; Agustín Escobar Latapí, por el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Occidente; Salomón NahmadSittón, por el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Pacífico Sur; John Scott Andretta, por el Centro de Investigación y Docencia Económicas; Graciela María Teruel Belismelis, por la Universidad Iberoamericana.

²⁰Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. *Informe de pobreza y evaluación en el estado de Tabasco 2012*. México, D.F. CONEVAL, 2012. Disponible en www.coneval.gob.mx, consultado el 16 de abril de 2013.

²¹*Ibidem*. P. 11. "El total de población en pobreza, equivale a la suma de la población en pobreza extrema y pobreza moderada. De igual forma, el total de la población en situación de pobreza a nivel nacional equivale a la suma de la población en situación de pobreza en las 32 entidades federativas, y el total de la población en pobreza en cada entidad equivale a la suma de la población en pobreza de cada uno de sus municipios".

Tabasco, con respecto de las 32 entidades, ocupó el lugar ocho en porcentaje de población en pobreza²² y en porcentaje de población en pobreza extrema.²³

Por lo tanto, Tabasco, en 2010, se ubicó dentro de las 10 entidades con mayor pobreza en el país.²⁴

En 2010, del total de la población que habitaba en el Estado, el 57.3 por ciento se encontraba en situación de pobreza, es decir, 1,286,179, personas de un total de 2,245,447 tuvieron al menos una carencia social y no tuvieron un ingreso suficiente para satisfacer sus necesidades básicas; el promedio de carencias de esta población fue de 2.7. El 13.6 por ciento del total de la población del estado se encontraba en situación de pobreza extrema, lo que significa que 305,433 personas tuvieron tres o más carencias sociales y no tuvieron un ingreso suficiente para adquirir una canasta alimentaria; el promedio de carencias de esta población fue de 3.7. De lo anterior se deriva que el porcentaje de población en situación de pobreza moderada fuera de 43.7 por ciento, es decir, 980,746 personas, quienes tuvieron en promedio 2.4 carencias. Para 2010 el porcentaje de población vulnerable por carencia social fue de 27.6, lo que equivale a 620,102 personas, las cuales aun cuando tuvieron un ingreso superior al necesario para cubrir sus necesidades presentaron una o más carencias sociales; 4.0 por ciento fue la población vulnerable por ingreso, lo que equivale a 89,859 personas que no tuvieron carencias sociales pero cuyo ingreso fue inferior o igual al ingreso necesario para cubrir sus necesidades básicas. Por último, el porcentaje de población no pobre y no vulnerable fue de 11.1 por ciento, es decir, 249,307 personas.²⁵

Es decir, el 57.3 por ciento de la población se hallaba en pobreza: 1,286,179, personas de un total de 2,245,447, no tenían ingresos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas, y, el 43.7, se encontraba en pobreza moderada.²⁶

²²*Ibidem*. P. 5. “**Pobreza**. Una persona se encuentra en situación de pobreza cuando tiene al menos una carencia social (en los seis indicadores de rezago educativo, acceso a servicios de salud, acceso a la seguridad social, calidad y espacios de la vivienda, servicios básicos en la vivienda y acceso a la alimentación) y su ingreso es insuficiente para adquirir los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades alimentarias y no alimentarias”.

²³*Idem*. “**Pobreza extrema**. Una persona se encuentra en situación de pobreza extrema cuando tiene tres o más carencias, de seis posibles, dentro del Índice de Privación Social y que, además, se encuentra por debajo de la línea de bienestar mínimo. Las personas en esta situación disponen de un ingreso tan bajo que, aun si lo dedicase por completo a la adquisición de alimentos, no podría adquirir los nutrientes necesarios para tener una vida sana”.

²⁴ Parámetro respecto del cual el lugar uno, lo ocupa la Entidad Federativa con mayor número de habitantes en pobreza.

²⁵*Ibidem*. P. 12.

²⁶*Ibidem*, p.6. “Es aquella persona que siendo pobre, no es pobre extrema. La incidencia de pobreza moderada se obtiene al calcular la diferencia entre la incidencia de la población en pobreza menos la de la población en pobreza extrema”.

Y sólo el 11.1 por ciento, representa la población no pobre y no vulnerable. Esta situación hasta el tercer semestre de dos mil doce, no había disminuido como lo indica el CONEVAL, al analizar el Índice de la Tendencia Laboral de la Pobreza (ITLP), la cual muestra trimestralmente los cambios en la proporción de personas que no pueden adquirir la canasta alimentaria con su ingreso laboral.

Hay que precisar, como lo afirma el CONEVAL: que el ITLP no constituye una medición de pobreza, porque no comprende todas las fuentes de ingreso ni todas las dimensiones establecidas en la Ley General de Desarrollo Social, ni en la metodología para la medición de la pobreza del CONEVAL; que la fuente de información para la estimación del ITLP es la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, la cual analizan “porque el trabajo es la principal fuente de ingreso para la gran mayoría de los hogares mexicanos y por su disponibilidad trimestral”.²⁷

En tal sentido, el periodo que comprende del segundo trimestre de 2011 al segundo trimestre de 2012, la proporción de personas en el estado, que no pueden adquirir la canasta alimentaria con el ingreso de su trabajo aumentó.

VIII. Conclusión.

No obstante las consideraciones de los agentes del Ministerio Público se debe precisar que los sujetos pasivos del proceso también son personas y forman parte de la sociedad y por lo tanto, son objeto de protección constitucional, esto es, que no por el sólo hecho de recibir la denominación de procesados o probables, se justifica la limitación al derecho de obtener la libertad bajo caución, pues lo anterior atenta contra el principio de presunción de inocencia, previsto en el artículo 20 apartado B de la Constitución Mexicana: “I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

Igualmente, en el numeral 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Lo que ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos así:

- c) Presunción de inocencia. En cuanto a la alegada afectación por parte de la Corte del principio de presunción de inocencia, este Tribunal ha señalado que este principio constituye un fundamento de las garantías judiciales que implica

²⁷*Ibidem*. P. 30.

que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa, y que exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Asimismo, la Corte ha establecido que este principio es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. En este sentido, la presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable.²⁸

Entonces, aun cuando es aceptable la reglamentación para la obtención de la libertad provisional bajo caución, ésta no puede reflejar la opinión de que el procesado sea culpable. Esto sucede siempre, es decir, que la multa, que deba garantizar la persona, resulta excesiva. Lo anterior, derivado de la limitación que representa la norma para determinar la proporcionalidad en relación con las posibilidades económicas del procesado.

Esto es válido si tomamos en consideración que, la *ratio legis* del derecho a alcanzar la libertad provisional la constituye el reconocimiento del hecho de que, si bien una persona presuntivamente incurrió en el delito que se le imputa, su impacto en el núcleo social, no justifica su permanencia o estancia dentro de algún Centro de Detención, puesto que si bien la comisión de todo delito ocasiona una alteración en el núcleo social y atenta contra la sociedad, ello depende de la clase de delito de que se trate lo que, ineludiblemente, se traduce en la cuantía de la pena que el legislador fija como sanción, que eventualmente se impondrá al responsable.²⁹

Por lo tanto, en un Estado, en el cual sólo el 11.1 por ciento de la población, es no pobre y no vulnerable, incluir como parámetro mínimo doscientos “días multa”, puede derivar inalcanzable para un gran número de tabasqueños.

Por ello, resulta imperativo analizar en cada caso, la proporcionalidad de la multa, puesto que “las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia de 15 de mayo de 2011, (*Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*).

²⁹[TA]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Agosto de 2000; Pág. 367.

por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”.³⁰

Por ello, siempre que se limiten derechos humanos, es imprescindible pasar tal limitación por la técnica de proporcionalidad.

El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.³¹

Así pues, con fundamento en el artículo 133, de la Constitución mexicana, en los casos que el juez determine que el parámetro mínimo por concepto de multa, previsto en el Código Penal del Estado de Tabasco, no es proporcional con la capacidad económica de la persona procesada, tiene la obligación de arreglarse conforme al artículo 22, de la citada Carta Magna y establecer la proporcionalidad de la misma.

Fuentes consultadas.

Libros

ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 3ª reimp., UNAM, México, 2007.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho, teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª Edic., España, Ariel, 2004.

CARBONELL, Miguel, “Introducción al principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales” en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

³⁰Cfr. *Caso Tibi*, supra nota 2, párr. 106; *Caso Ricardo Canese*, supra nota 2, párr. 129; y *Caso Suárez Rosero*, supra nota 2, párr. 77.

³¹Carbonell, Miguel, “Introducción El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales” en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 11.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *La libertad provisional bajo caución en México*, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/117/13.pdf>

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (coord.), *El Control Difuso de Convencionalidad, Dialogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Jueces Nacionales*, México, Fundap, 2012.

FONT SERRA Eduardo, *Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva*, Universidad de Navarra, 1974.

GÓMEZ, Juan Carlos, *Análisis de las demandas y el acompañamiento escritural de orden argumentativo en estudiantes de grado undécimo. Estudio de caso en cuatro colegios públicos de la localidad de Bosa en Bogotá y propuesta de acompañamiento escritural*, Tesis de grado para optar al título de Magíster en Educación, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Medicina, Maestría en Educación, Comunicación y Educación, Bogotá, D.C., 2010.

Páginas web

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Informe de pobreza y evaluación en el estado de Tabasco 2012*. México, D.F. CONEVAL, 2012. Disponible en www.coneval.gob.mx

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (buscador de jurisprudencias) disponible en <http://www.corteidh.or.cr/buscadores.cfm>

Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencias y tesis (ius) disponible en <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>

Legislación estatal, federal e internacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Código de Procedimientos Penales del Gobierno de Tabasco.

Código Penal del Gobierno de Tabasco.

Ley General de Desarrollo Social.

Anexo 1

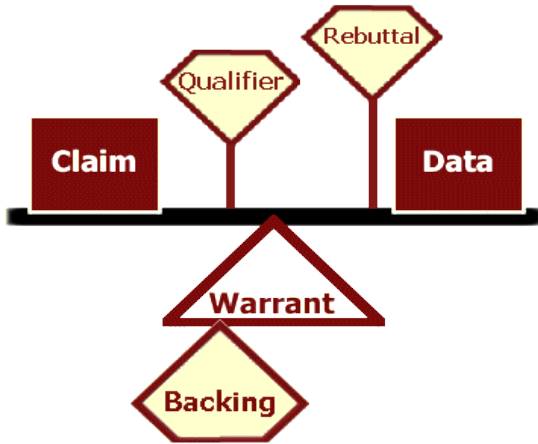
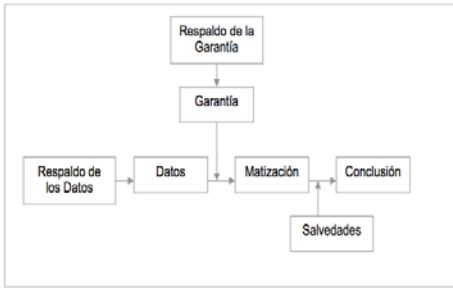
La delimitación espacio temporal de este escrito es la siguiente: se trata de un ejercicio para que el estudiante de doctorado pruebe haber adquirido claridad conceptual en alguno de los modelos teóricos que se abordan en la asignatura “argumentación jurídica” del programa académico. No se trata, por ello, ni de exponer los diferentes modelos de argumentación jurídica que existen, ni de explicar exhaustivamente el modelo de Toulmin. El objetivo es mostrar, con un caso concreto, que se domina un modelo y se argumenta conforme a él.

El modelo de Toulmin concibe la argumentación como un proceso que admite desprender conclusiones a partir de ciertas premisas y que involucra un movimiento comunicativo interactivo entre personas y cuyo sustrato es la naturaleza dialógica del hombre.

Se sostiene que la argumentación está asociada a actos verbales de carácter epistémicos, intencionados a la generación y producción de ideas (conocimientos) o en consensos. La argumentación implica dominio en la construcción de razonamientos.

En las resoluciones judiciales se aplica lo que, desde los escritos de Aristóteles se señalaba: la existencia de una lógica argumentativa, de naturaleza inductiva, en los discursos sociales, distinta a la silogística y tasada hoy en función de valores como coherencia y adecuación. “Una línea de argumentación inductiva permite inferir, a partir de una evidencia particular con el fin de derivar unas conclusiones.”³² Es lo que Aristóteles en su Retórica denominó entimema. En cualquier buscador de internet se encuentran los esquemas que en seguida se señalan. De ahí que este trabajo supone que quien domina la teoría de la argumentación aplicada en el campo jurídico, domina esquema esquemas como el siguiente:

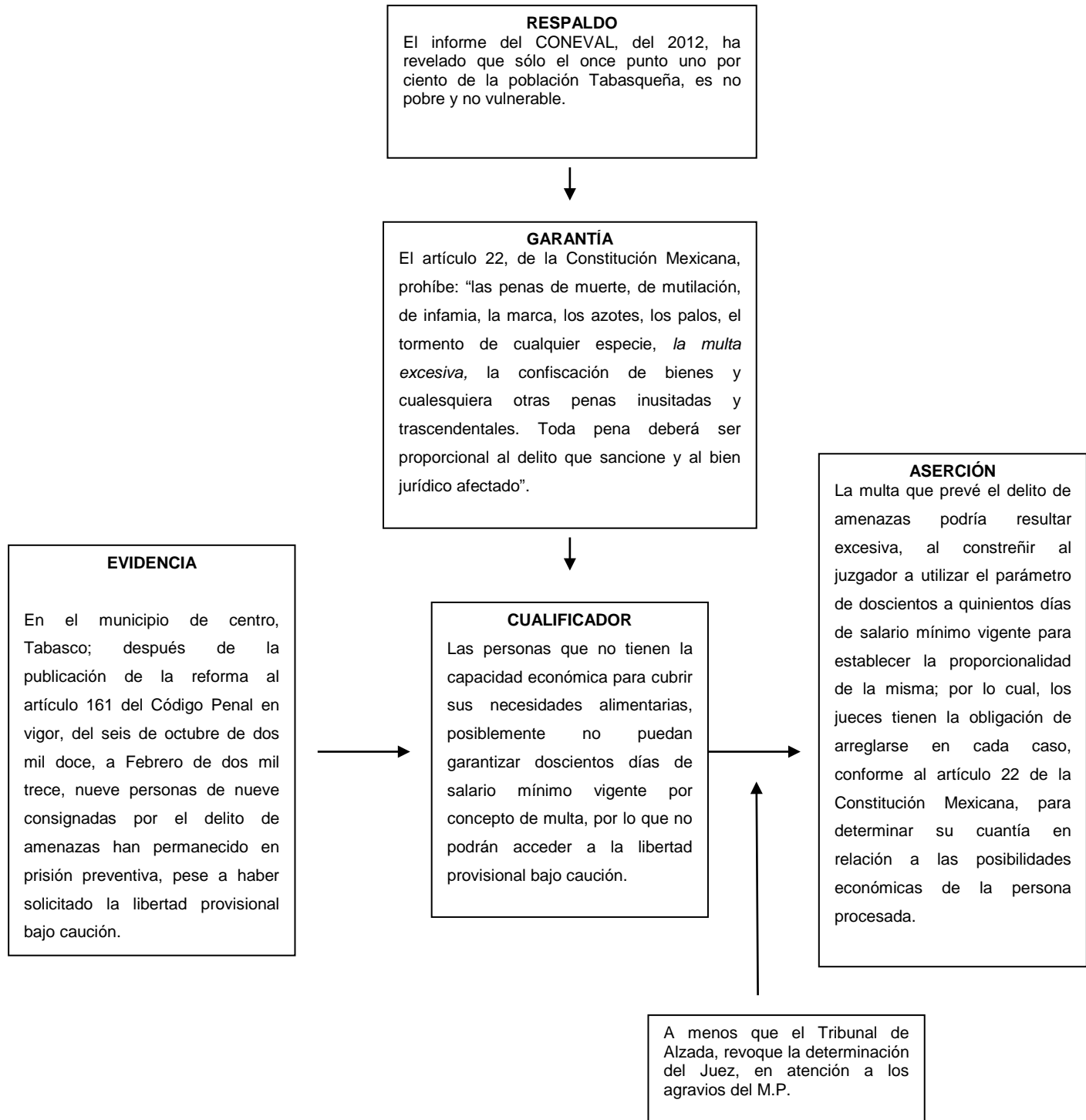
³² Gómez, Juan Carlos, *Análisis de las demandas y el acompañamiento escritural de orden argumentativo en estudiantes de grado undécimo. Estudio de caso en cuatro colegios públicos de la localidad de Bosa en Bogotá y propuesta de acompañamiento escritural*, Tesis de grado para optar al título de Magíster en Educación, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Medicina, Maestría en Educación, Comunicación y Educación, Bogotá, D.C., 2010, p. 31.



CLAIM	Es la pretensión del que argumenta
DATA	Es en lo que se basa para sostener la pretensión

WARRANT	Con lo que justifica su pretensión
BACKING	en lo que se apoya
QUALIFIERS	Matizaciones
REBUTTALS	Posibles salvedades u objeciones a atender

Anexo 2: Aplicación al caso, conforme el esquema de Toulmin.



EL REDISEÑO DE LOS PROGRAMAS DE POSGRADO EN DERECHO. ESPECIAL REFERENCIA A LA MAESTRÍA EN DERECHO PENAL.

THE REDESIGN OF LAW GRADUATE PROGRAMS. SPECIAL REFERENCE TO THE MASTER'S DEGREE IN CRIMINAL LAW.

María Guadalupe SÁNCHEZ TRUJILLO*

RESUMEN. Gracias a la Reforma Penal de 2008 se ha dado una creciente oferta de posgrados, particularmente de maestrías en derecho penal denominadas profesionalizantes. El cambio de paradigma en la impartición de justicia, el pasar del sistema inquisitorial al sistema acusatorio, es un parteaguas para la formación de los profesionales en derecho penal y en derecho procesal penal que requiere un sistema de justicia democrático, constitucional y promotor de los derechos humanos.

Si bien es cierto que se cuenta con políticas públicas que hablan de cómo debe darse la impartición de justicia en el Sistema Penal Acusatorio, también es verdad el hecho de que poco se ha avanzado en el rediseño de las políticas educativas que impactan a los posgrados en derecho penal y derecho procesal penal y que tienen como objetivo formar los administradores e impartidores de justicia penal que reclama el nuevo sistema. Es decir, no se trabaja en una transversalidad entre ambos tipos de políticas públicas.

Las preguntas que guían esta investigación son: ¿qué tipo de abogados forman los programas académicos de las maestrías en derecho penal y derecho procesal penal? ¿Cómo se debe diseñar un programa de posgrado para maestros en derecho penal y derecho procesal penal, dada la multiplicidad (y casi la disparidad) de “capacidades” que existen entre los diferentes perfiles que solicita la administración e impartición de justicia de naturaleza penal, tanto en el sistema inquisitivo como en el sistema acusatorio?

* Doctora en Derecho. Profesora investigadora, titular del Seminario de Investigación Jurídica del Doctorado en Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, maria.sanchezt@anahuac.mx

Palabras clave: política educativa, calidad educativa, posgrado en derecho, políticas públicas

ABSTRACT. Since 2008, the Penal Reform in Mexico has prompted a growing range of professional master's programs, particularly in criminal law and criminal procedural law. The change of paradigm in the administration of justice in Mexico -the replacement of the inquisitorial system with the adversarial system- is a watershed for professional training in criminal law and criminal procedural law that requires a democratic, constitutional and human rights based judicial system.

While it is true that there are public policies that address the administration of justice in the adversarial system, there has been little progress in redesigning educational policies regarding graduate programs in criminal law and criminal procedural law that aim to train criminal lawyers, judges and personnel in the new system. In other words, there is a lack of work in mainstreaming both kinds of policies.

The purpose of this paper is to answer the following questions: What kinds of lawyers are trained in the graduate programs in criminal law and criminal procedure law? How should these graduate programs be designed, given the multiplicity (and almost disparity) of "skills" of the different professional profiles required by the administration of justice in criminal law and criminal procedure law, both in the inquisitorial system and the adversarial system?

Keywords: educational policy, educational quality, law graduate programs, public policy

I. Introducción.

La educación es en sí misma un derecho de las personas y una obligación en dos vías, es decir, obligación para la persona y para el Estado; por lo que su concreción y puesta al alcance de todos es tarea compartida.

Las sociedades, a pesar de los problemas económicos y de la falta de oportunidades para acceder a una mejor vida, aún le dan importancia a la educación formal. Se considera que el individuo tendrá mejores posibilidades de desarrollo si cuenta con varios títulos universitarios (licenciatura y posgrados). Por lo que, dedicar gran parte de la vida a obtener y mejorar ciertas competencias especializadas, enfocadas a trabajos y actividades laborales que se requiere cubrir en la comunidad, todavía significa garantizarse un lugar en el progreso económico, social y político de México.

Cada uno de los niveles educativos representa un reto y una oportunidad de avance personal y social; por eso la educación básica debe desarrollar en la persona, las competencias mínimas para enfrentar los retos que constituyen los estudios de grado y posgrado, además de capacitarlo para poder desempeñar trabajos de perfil técnico o elemental.

Se ha dicho que la baja calidad de la educación en México es el resultado de las desigualdades económicas, la falta de infraestructura escolar adecuada, la corrupción y la inequidad dentro del sistema educativo nacional.³³ Entonces ¿la calidad educativa es alcanzable si se posee igualdad económica, infraestructura escolar adecuada, además de transparencia, equidad y un buen manejo del sistema educativo nacional?

II. ¿Qué es “calidad educativa”?

Aunque se acepta que la educación es “un proceso permanente que facilita el aprendizaje, el desarrollo de competencias, la experiencia y la incorporación plena de los valores, afectos y de sus potencialidades, tanto individuales como sociales”³⁴, no se atina a decir qué es educación de calidad.

Hablar de “calidad educativa”, aún en sentido amplio, es incursionar en uno de los temas más difíciles de acordar. Las diferentes definiciones que sobre “calidad educativa” existen, enlistan diferentes elementos de naturaleza cualitativa y de naturaleza cuantitativa de lo que debe entenderse por aquella.

La Oficina Regional de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe (OREALC/UNESCO) define la calidad educativa en un enfoque de derechos humanos, por lo que tiene que cumplir con cinco dimensiones: equidad, relevancia, pertinencia, eficacia y eficiencia. Calidad educativa es “un medio para que el ser humano se desarrolle plenamente como tal, ya que gracias a ella crece y se fortalece como persona y como especie que contribuye al desarrollo de la sociedad, transmitiendo y compartiendo sus valores y su cultura.”³⁵

Calidad educativa es un concepto subjetivo que puede tener tantas dimensiones como intereses involucrados³⁶ coincidan en ella, dependiendo de qué se quiera alcanzar.

³³ *¿Qué pasa con la calidad de la educación en México? Diagnóstico y propuestas desde la sociedad civil*, Coalición ciudadana por la educación, <http://porlaeducacion.com/archivos/educacion.pdf> 30/05/2013

³⁴ *Reflexiones en torno a la evaluación de la calidad educativa en América Latina y el Caribe*, UNESCO-LLECE, Chile, p. 7, <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001776/177648s.pdf> 30/05/2013

³⁵ *Ibidem*, p. 6 y 7.

³⁶ Personales, grupales o institucionales.

La ideología (curricular) de la eficiencia social (vinculada a la corriente llamada “tecnología educativa”) entiende calidad de la educación como eficiencia, y eficiencia como rendimiento escolar. A partir de la instauración de una política educativa de corte neoliberal se buscan justificaciones “académicas” que permitan fundamentar la restricción del ingreso a la educación. Estas justificaciones crean nuevos fetiches pedagógicos que se caracterizan por su debilidad conceptual, tal es el caso de términos como “calidad de la educación”.³⁷

La calidad educativa, en cualquiera de los niveles educativos, es la suma de un conjunto de estándares fijado por el Estado, el sector educativo, organismos internacionales y otros, con el fin de alcanzar ciertas metas a corto, mediano y largo plazo.

“Una educación de calidad es aquella que logra que los alumnos realmente aprendan lo que se supone deben aprender –aquello que está establecido en los planes y programas curriculares-, al cabo de determinados ciclos o niveles.”³⁸

Aun así, la “calidad educativa” es el resultado de un contexto político, social y económico sectorizado o relativizado; en la medida que ese valor se comparta entre los que toman las decisiones en el sistema educativo, será la medida de la calidad que se busca alcanzar en ciertos órdenes. Y esto también, se da en la calidad educativa en los posgrados.

III. ¿Cómo se determina lo que es calidad educativa en los posgrados?

La precisión de lo que es calidad educativa deriva de un conjunto de factores internos y externos, de naturaleza económica, política y social.

En 1998 se celebró la Conferencia Mundial sobre la Educación Superior. La educación superior en el siglo XXI: Visión y acción (auspiciada por la Organización de las Naciones Unidas para Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO-). El resultado de este evento fue una Declaración con el mismo nombre³⁹, en donde se estableció la misión

³⁷ Aguerro, Inés, *La calidad de la educación: Ejes para su definición y evaluación*, <http://www.oei.es/calidad2/aguerrondo.htm> 02/06/2013

³⁸ Yzaguirre Peralta, Laura Elena, “Calidad Educativa e ISO 9001-2000 en México”, *REICE –Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, vol. 3, No. 1, 2005, pp. 421-431. http://www.ice.deusto.es/RINACE/reice/Vol3n1_e/Yzaguirre.pdf 02/06/2013

³⁹ http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration_spa.htm 02/06/2013

y las funciones de la educación superior: 1) Educar, formar y realizar investigaciones⁴⁰; 2) Función ética, autonomía, responsabilidad y prospectiva⁴¹; 3) Igualdad de acceso a la educación; 4) Fortalecimiento de la participación y promoción de acceso de las mujeres en la educación superior; 5) Promoción del saber a través de la investigación en los ámbitos de la ciencia, el arte y las humanidades y la difusión de sus resultados, promoviendo la innovación, la interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad; 6) Orientación a largo plazo fundada en la pertinencia de la educación superior; 7) Reforzar la cooperación con el mundo del trabajo y el análisis y la previsión de las necesidades de la sociedad; 8) La diversificación de los modelos de educación superior como medio para reforzar la igualdad de oportunidades; 9) Métodos educativos innovadores: pensamiento crítico y creatividad; 10) Docentes y estudiantes, principales protagonistas de la educación superior; 11) Evaluación de la calidad de la enseñanza superior en una concepción pluridimensional: enseñanza, programas académicos, investigación, becas, personal, estudiantes, instalaciones, equipamiento, servicios a la comunidad; 12) Potencial y los desafíos de la tecnología; 13) Refuerzo de la gestión y el financiamiento de la educación superior; 14) Financiación de la educación superior como servicio público; 15) Puesta en común de los conocimientos teóricos y prácticas entre los países y continentes; 16) Evitar la “fuga de cerebros”; 17) Asociaciones y alianzas entre las partes interesadas en la educación superior.

El Banco Mundial publicó en 2001, el libro “México: una agenda integral de desarrollo para la nueva era”.⁴² En ese estudio hizo algunas recomendaciones urgentes en materia educativa: a) programas de descentralización con apoyo a las entidades federativas; b) focalización sobre los pobres, poblaciones aisladas e indígenas; c) educación a distancia; d) becas; e) mejoramiento del PROGRESA⁴³ y los programas compensatorios; f) reforma curricular y métodos de enseñanza centrados en el

⁴⁰ Educando diplomados altamente calificados y ciudadanos responsables; construyendo un espacio abierto para la formación superior que propicie el aprendizaje permanente; promover, generar y difundir conocimientos por medio de la investigación; ayudando a comprender, interpretar, preservar, reforzar, fomentar y difundir las culturas nacionales y regionales, internacionales e históricas, fortaleciendo los valores de la sociedad.

⁴¹ Las Universidades, el personal y los estudiantes deberán: realizar sus actividades conforme a la ética y al rigor científico e intelectual; libertad de opinión sobre los problemas éticos, culturales y sociales; utilizar su prestigio moral para defender y difundir valores universales como la paz, la justicia, la libertad, la igualdad y la solidaridad; ejercer la libertad de cátedra y autonomía, con responsabilidad social; contribuir a la solución de los problemas que aquejan a la sociedad mundial.

⁴² Puede verse el informe completo en idioma inglés en http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/08/19/000160016_20040819150027/Rendered/PDF/29801000182131491417.pdf 30/05/2013.

⁴³ Programa de Educación, Salud y Alimentación (establecido en 1997).

aprendizaje; g) reforzamiento de la participación social; h) modelo de educación bilingüe; i) estudios sobre costo-efectividad; j) incremento del tiempo escolar; k) revisión del marco regulatorio de la educación privada; l) mecanismos alternativos para el financiamiento de la educación superior; m) reforzamiento de las capacidades de planeación, gestión y gobierno; n) promoción de mecanismos de acreditación.

Para 2007 el Banco Mundial publicó el estudio *México 2006-2012: Creando las Bases para el Crecimiento Equitativo*⁴⁴, donde apunta una serie de políticas públicas que nuestro país debía implementar para crecer equitativamente; en materia educativa sugiere:

- 1) Ampliación de la cobertura y la calidad de la educación para todos los mexicanos, para acelerar la acumulación de capital humano;
- 2) Acceso equitativo a la educación de calidad. “Miles de mexicanos se gradúan cada año de excelentes universidades, dentro y fuera del país. Pero al mismo tiempo, los niveles educativos promedio están considerablemente rezagados con respecto a los de los países con mejor desempeño del mundo”⁴⁵;
- 3) Descentralización educativa real;
- 4) Asignación del gasto educativo a los Estados, proporcional al número de estudiantes;
- 5) Autonomía local para el manejo del gasto educativo;
- 6) Reformas legislativas que impulsen la construcción de políticas educativas articuladas;
- 7) Incentivos para un uso más eficaz de las transferencias fiscales para la educación por medio de reformas a nivel plantel escolar y
- 8) Rendición de cuentas a nivel escuela.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) también ha realizado estudios sobre México y ha emitido una serie de recomendaciones de hacia dónde debe dirigirse la política educativa del país: 1) Una estrategia nacional de investigación; 2) Impulso a la infraestructura y a la capacidad de la investigación; 3) Fortalecimiento de la utilización de la investigación y del desarrollo educativo⁴⁶; 4) Énfasis en la calidad educativa; 5) Autonomía universitaria; 6) Reducir la deserción del alumnado y 7) Asegurar la equidad en el acceso a la educación.⁴⁷

⁴⁴ *Creando las Bases para el Crecimiento Equitativo: Resumen Ejecutivo, México 2006-2012*, Banco Mundial, México, 2007, p. 11. Véase en http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2007/09/24/000020439_20070924122856/Rendered/PDF/P0948670Spanish0executive0summary0Public.pdf 07/06/2013

⁴⁵ *Ídem*.

⁴⁶ *Revisión Nacional de Investigación y Desarrollo Educativo. Reporte de los Examinadores Sobre México*, OECD-CERI, 2004. <http://www.oecd.org/dataoecd/42/23/32496490.pdf> 07/06/2013

⁴⁷ Rubio Oca, Julio, Coordinador, *La Política Educativa y la Educación Superior en México. 1995-2006: un balance*, SEP-FCE, México, 2006, p. 59.

La UNESCO, el Banco Mundial y la OCDE han sido factores importantes del proceso de globalización económica, y las políticas educativas que sugieren, van dirigidas a hacer más competitivos a los sectores sociales en el intercambio de productos y servicios.

Internamente, son los gobiernos (federal y estatal), con la participación de organizaciones civiles, Consejos Universitarios y empresarios, los que determinan y construyen las políticas educativas.

Particularmente, en el área de posgrado, es el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), el encargado de establecer las políticas nacionales en ciencia y tecnología. El CONACYT y la Secretaría de Educación Pública (SEP), constituyeron el Programa Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC) en 2007 (su antecedente fue el Padrón de Programas de Posgrado de Excelencia creado en 1991). Este programa tiene como objetivo “fomentar la mejora continua y el aseguramiento de la calidad del posgrado nacional, que dé sustento al incremento de las capacidades científicas, tecnológicas, sociales, humanísticas, y de innovación del país”.⁴⁸

El 28 de noviembre de 2001 se funda formalmente el Consejo Mexicano de Estudios de Posgrados (COMEPO)⁴⁹, gracias a la iniciativa de universidades públicas y privadas que, preocupadas por la calidad educativa del posgrado mexicano, coincidieron en constituir un grupo de pares que establecieran parámetros e indicadores que ayudaran a concretar un posgrado nacional competitivo internacionalmente. Entre los objetivos del COMEPO se encuentra: “Promover la homologación de criterios para la evaluación de los programas de posgrado que, atendiendo las particularidades institucionales, permita constituir un marco de referencia para los programas de evaluación de los organismos gubernamentales y financiadores.”

Al respecto ya se han generado trabajos que buscan cumplir con este objetivo. Así, en el año 2003, la Comisión de Evaluación del COMEPO concretó la Estrategia Nacional de Autoevaluación, que constituye un primer modelo para la autoevaluación de los programas de posgrado, “diseñado para conjugar análisis cualitativos y cuantitativos sobre cuatro componentes básicos de un programa académico, a saber: el contexto, la estructura, el proceso y los resultados, con el fin de obtener información y juicios

⁴⁸ http://www.conacyt.gob.mx/Becas/Calidad/Paginas/Becas_ProgramasPosgradosNacionalesCalidad.aspx 21/04/2013

⁴⁹ En el año 2000, durante el XIV Congreso Nacional de Posgrado, se tomó la decisión de fundarlo. Ruiz, Rosaura, “El Consejo Mexicano de Estudios de Posgrado (Comepo). El desarrollo del posgrado en México”, *Omnia*. http://www.posgrado.unam.mx/publicaciones/ant_omnia/Esp_15/20.pdf 28/04/2013

significativos que permitan tomar decisiones sobre cambios o ajustes tendientes a mejorar el programa”; junto con él se presentó el Plan de Desarrollo del Posgrado Nacional (PDPN).⁵⁰ La Visión que se manifiesta en el Plan es

Contar con un sistema nacional de posgrado en el 2013, con proyección internacional que permita a los egresados de los diferentes niveles (especialidad, maestría y doctorado) dar respuesta a las necesidades cambiantes del entorno regional y nacional, así como ser competitivos en el ámbito mundial en el quehacer científico, humanístico, tecnológico y productivo, con la finalidad de consolidar el crecimiento del país con equidad, calidad y pertinencia.

La Misión del Plan de Desarrollo del Posgrado Nacional se define de la siguiente manera:

El posgrado nacional tiene como misión formar profesionistas, especialistas, científicos, humanistas, tecnólogos y profesores - investigadores, competentes internacionalmente y capaces de generar, aplicar e innovar conocimientos actuales, académicamente pertinentes y socialmente relevantes en las distintas áreas y enfoques disciplinarios, inter y transdisciplinarios, a través de programas educativos en los niveles de especialidad, maestría y doctorado, de interés local, regional, nacional e internacional, que permitan el desarrollo humano, económico y social del país.

Haciéndose especial referencia a que los principios rectores del PDPN serían la equidad, la calidad, la gestión y la pertinencia.

Los trabajos posteriores a favor del posgrado nacional, dieron como resultado: los Talleres de análisis de las propuestas de visión y de objetivos estratégicos del posgrado, la Visión del posgrado mexicano en el año 2004, los Objetivos estratégicos del posgrado mexicano en el año 2014 y el Modelo integral de evaluación del posgrado nacional. Guía para la evaluación de programas de posgrado.⁵¹ Este Modelo contempla tres niveles de medición del posgrado:

a) Mega “Se refiere al contexto internacional y nacional del posgrado y a las políticas globales sobre el desarrollo de este nivel educativo; el énfasis de la evaluación en este nivel se centra en el análisis de los planteamientos de la política educativa

⁵⁰ Plan de Desarrollo del Posgrado Nacional, 2003. En <http://www.comepo.org.mx/images/pdf/plandedesarrollodelposgradonacional.pdf> 29/05/2013.

⁵¹ Sánchez, Mariana, *Modelo Integral de Evaluación del Posgrado Nacional. Guía para la Evaluación de Programas de Posgrado*. México, UIA, 2007, pág. 9. En <http://www.comepo.org.mx/images/pdf/Modelo.pdf> 19/05/2013

nacional y regional para este nivel educativo y de los resultados de sus correspondientes planes de acción.”⁵²

b) Macro: “Se refiere al análisis de la visión del posgrado en cada IES⁵³ y su papel en el cumplimiento de la misión y de los objetivos de desarrollo institucional, los resultados de las acciones realizadas por la institución para el desarrollo y fortalecimiento de la oferta de posgrado, la imagen general del posgrado institucional que se percibe fuera de dicha institución.”⁵⁴

c) Micro. “Se enfoca al análisis del funcionamiento y resultados de los programas de posgrado, considerando sus propósitos generales, sus insumos, procesos, resultados e impacto.”⁵⁵

Actualmente, es el Conacyt el que se encarga del Programa Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC), el cual clasifica a los Posgrados a partir de dos categorías: a) El Padrón Nacional de Posgrado (PNP), con dos niveles: 1. Programas de competencia internacional y 2. Programas consolidados; b) Programa de Fomento a la Calidad (PFC), con dos niveles: 1. Programas en consolidación y 2. Programas de reciente creación.⁵⁶

IV. La calidad educativa en el posgrado en Derecho.

Desde que surgieron los posgrados en Derecho en México, la calidad de aquellos dependió de los docentes. En primer lugar, porque los profesores de posgrado eran abogados de gran prestigio profesional y porque no existían mecanismos para evaluar la calidad educativa en aquellos.

A partir de 1929 y por mucho tiempo, la Escuela Nacional de Jurisprudencia, hoy Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), otorgaba el grado de Doctor en Derecho con sólo dos requisitos: tener título de licenciado y “ser o haber sido funcionario de alto nivel o profesor en determinadas categorías”.⁵⁷ No había grado intermedio entre la licenciatura y el doctorado.

A mediados de la década de 1930, los estudios de derecho se ven reforzados con la llegada de un conjunto de juristas españoles. En 1940, se funda el Instituto de Derecho

⁵² *Ídem.*

⁵³ Institución de educación superior.

⁵⁴ *Ídem.*

⁵⁵ *Ídem.*

⁵⁶ http://www.conacyt.gob.mx/Becas/calidad/Paginas/Becas_ProgramasPosgradosNacionalesCalidad.aspx 25/05/2013

⁵⁷ <http://www.posgrado.unam.mx/normatividad/historia.php> 12/05/2013.

Comparado que en 1969 se desincorpora de la Facultad de Derecho y recibe el nombre de Instituto de Investigaciones Jurídicas. El 7 de octubre de 1949 el Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México, aprueba el Estatuto del Doctorado en Derecho y el 10 de abril de 1950, se inician clases.⁵⁸ En el año de 1969, se transformó el Programa de Posgrado para incorporar un semestre propedéutico, después se estudiaba un año de especialización; para optar por el grado de maestría, debía continuarse con los estudios durante otro año y por último, un año más para el doctorado. Cada nivel, era requisito indispensable para el subsecuente. Este sistema estuvo vigente hasta principios de la década de 1990.⁵⁹

Es importante volver al Estatuto del Doctorado en Derecho (EDD), para señalar que en él se establecieron como requisitos de ingreso al programa doctoral [*constituyen los indicadores de calidad de ingreso al posgrado*]: 1) tener el grado de licenciatura, 2) saber latín, 3) un idioma extranjero, 4) una práctica profesional mínima de tres años. Durante el desarrollo de los estudios, se daba otro conjunto de indicadores [*de calidad para la permanencia*]: 5) El sistema era escolarizado por dos años. Además, el alumno cursaba: 6) un seminario para construir la tesis doctoral. Una vez concluida la investigación, se revisaban los *indicadores de calidad educativa en el egreso*: 7) el estudiante se presentaba ante un jurado de cinco profesores, para defender su tesis.⁶⁰

Poco a poco, se fueron generando otro tipo de indicadores que aportaban más elementos para cuantificar la calidad educativa del posgrado en Derecho (especialidad, maestría y doctorado).

En la actualidad, la generalidad de los posgrados en Derecho, establecen como requisitos (indicadores) para ingresar al posgrado:

Indicadores de calidad educativa de ingreso al posgrado: 1) contar con el grado de licenciatura si se trata de estudiar la maestría o bien, tener el título de maestro si se quiere cursar el doctorado; 2) un promedio mínimo; 3) carta de exposición de motivos; 4) examen de admisión o examen de conocimientos generales o CENEVAL EXANI III⁶¹; 5) entrevista académica. Son requisitos que se aplican por lo general, sólo para acceder a

⁵⁸ Becerra, Manuel, *Posgrado e Investigación*, IIJ-UNAM, México, 2010, p. 17.

⁵⁹ Ávila Ortiz, Raúl, "Licenciatura y posgrado de derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México: una reinterpretación de la permanencia y cambio de sus planes y programas de estudio desde la época colonial hasta nuestros días en el marco de una propuesta de periodización de la historia política de México", *Derecho y Cultura*, Número 14-15 Mayo-Diciembre, UNAM-AMEDyC, México, 2004, pp. 3-33.

⁶⁰ Becerra, Manuel, *Op. Cit.*, p. 18.

⁶¹ Examen Nacional de Ingreso al Posgrado.

los estudios doctorales: 6) proyecto de investigación revisado y autorizado por el Comité y 7) cartas de recomendación de doctores o investigadores nacionales.

En México, en el periodo de 1989-1990 la matrícula de posgrado (en general) fue de 45,900. De los cuales, según la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES) cursaban alguna maestría en Derecho 4,567 personas.⁶² Dato que es posible que no se acerque a la realidad pero que nos ilustra al respecto. Una década después (1999-2000) la matrícula de posgrado ya era de 118,200 alumnos.⁶³ Para 2002, en México cursaban algún posgrado en derecho (en universidades públicas y privadas) 9, 797 alumnos, divididos de la siguiente manera: la especialidad la cursaban 2,790; en la maestría había 6,559 y en el doctorado 448.⁶⁴ Aunque para el año 2006 las instituciones de educación superior afirmaban que “sólo 0.1% de la población mexicana estudia una especialización, una maestría o un doctorado”,⁶⁵ se ha observado el aumento en las solicitudes de incorporación a los posgrados.

Los programas de doctorado en derecho, tienen como objetivo la formación de investigadores, de ahí que el requisito indispensable para la obtención del grado, sea la tesis doctoral. En el caso de las maestrías, los programas pueden ser de dos tipos: orientados a la investigación o bien, con orientación a la profesionalización (llamados “profesionalizantes”). Estos últimos han tenido una gran demanda, considerada por: 1) cambio de paradigma para acreditar el grado correspondiente. Ya no es necesario demostrar habilidades para la investigación formal y sobre todo para generar conocimiento nuevo. En las maestrías de naturaleza profesionalizantes, se busca ampliar conocimientos y habilidades (ahora competencias), en relación a cierto sector de la práctica profesional; 2) en algunos temas en particular, la novedad, la oportunidad de reorientar la actividad profesional o bien, como en el caso de las maestrías en derecho penal y derecho procesal penal, el cambio de paradigma en la impartición de justicia penal. No se olvide que estamos transitando de un sistema penal inquisitivo a un sistema penal acusatorio, lo que impulsa a los operadores jurídicos a capacitarse para continuar participando en la administración e impartición de justicia penal. Este tema lo veremos más adelante.

⁶² Anuario Estadístico 1999, México, ANUIES, 2000.

⁶³ Ruiz, Rosaura, Medina, Sara Rosa, *et al.*, *Posgrado: Actualidad y Perspectivas*, *Revista de la Educación Superior en Línea*, Núm. 124. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2010/CDUniversidades/pdf/DC18.pdf> 24/05/2013.

⁶⁴ Anuario Estadístico 2002, México, ANUIES, 2003.

⁶⁵ CESOP, *Temas en la agenda nacional, en Ciencia y Tecnología*. 2006. En <http://www.diputados.gob.mx/cesop/> 23/05/2013.

V. ¿Cómo se acuerda lo que es calidad educativa en los posgrados en Derecho?

Los programas de posgrado en Derecho, calificados como parte del Programa Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC), son: 2 de Especialidad, 8 de maestría y 6 de doctorado.⁶⁶

Dentro de los requisitos/indicadores que establece el CONACYT para evaluar un programa de posgrado y determinar si puede o no ser reconocido como PNPC, están: a) Selección rigorista de los estudiantes; b) Suficiencia de la planta académica; c) Núcleo académico básico; d) Nivel de estudios de la planta académica; e) Características del núcleo académico básico; f) Planta académica formada en otras instituciones; g) Líneas de investigación o de trabajo asociadas al Programa; h) Seguimiento de egresados (existencia de estudios o registros); i) Término para la obtención del grado; j) Porcentaje de graduados; k) Productividad profesional o de investigación; l) Tipo de productos del trabajo profesional o de investigación; m) Participación de alumnos del programa en proyectos de orientación profesional o de investigación; n) convenios con organizaciones o instituciones de educación superior y o) proyectos con la participación de estudiantes con impacto (financiamiento) regional y nacional.

Adviértase que la medición de la calidad educativa en los posgrados de derecho es vertical. Ciertamente los indicadores que se manejan actualmente ayudan a aclarar el panorama, pero muchas veces la calidad educativa en los posgrados de derecho va a estar sujeta a factores externos o periféricos, que son determinantes para alcanzar a aquella. Por ejemplo, el abandono de los cursos por parte de los estudiantes, debido a su carga de trabajo o por cambio de situación laboral. O bien, una controversia aún no resuelta y que es relevante para el tema que se aborda: a los posgrados de derecho se les evalúa igual que a los posgrados de medicina, economía, psicología, etc.

Los estándares han de ser replanteados para poder armonizar los resultados esperados en calidad educativa, con la competencia profesional que demuestren los egresados de los posgrados de derecho, en las tareas laborales. Es fundamental que se tome en cuenta si los estudiantes publican y en dónde lo hacen, si son citados sus trabajos, si presentan ponencias, si son conferencistas, así como la calidad de los eventos en que participan. Constituir de este modo la calidad educativa en los posgrados de

⁶⁶ Véase la lista de Programas Vigentes 2012 en http://www.conacyt.gob.mx/FormacionCapitalHumano/Documents/PNPC/Listado_PNPC_2012.pdf 30/05/2013.

derecho, puede mostrar un cariz diferente de las oportunidades que se tienen para que verdaderamente, se alcance una calidad educativa eficaz para el desarrollo de la ciencia jurídica.

VI. El Caso de las Maestrías en Derecho Penal.

Los posgrados en Derecho Penal, desde sus inicios, han sido altamente solicitados. Como ya se dijo, en la actualidad con el cambio a un nuevo sistema de justicia penal acusatorio y adversarial, son mayormente pretendidos por los operadores jurídicos, por considerarlos el medio idóneo para capacitarse en él. Al respecto se argumenta:

A) La formación de los maestros en derecho penal no es algo sencillo, porque generalmente, a las personas a quienes puede interesarle esta área, se desarrollan o piensan desarrollarse en esta rama que requiere profesionalizarse como Ministerio Público, Juez en materia penal o defensores, etc., no exige que los aspirantes realmente posean las competencias que cada rol necesita, o que al menos se tenga mayor conocimiento y profundidad que los estudios básicos. En esas actividades todos poseen una licenciatura en derecho, pero el trabajo de jueces, secretarios de juzgado, ministerios públicos, abogados litigantes, etc., pide una preparación académica, que sobrepasa a la licenciatura misma. Las competencias que cada uno debe dominar, son indispensables para que a su vez, los otros puedan poner en juego de manera exitosa sus competencias.

Por mucho tiempo (alrededor de 200 años), gracias al sistema penal inquisitivo mixto, que ha imperado en esta materia, en el que predominaba la escritura, el requerimiento en cuanto a la instrucción académica en el profesional del derecho, fue menos demandante pues las decisiones se tomaban con el tiempo suficiente para analizar los actos escritos que en materia probatoria tenían la pretensión de considerarse como contenedores de la verdad. También había casos (en pueblos y ciudades pequeñas), en que era suficiente que los administradores e impartidores de justicia supieran rezar las normas jurídicas y algunas fórmulas (frases) siempre presentes en los procedimientos pero que no necesariamente significaba que sabían argumentar y presentar posiciones orales. Esto es el resultado de una formación jurídica notoriamente arraigada en donde se privilegió el apego al texto de ley y la práctica del derecho escrito. Hoy, con el procedimiento acusatorio en el que prevalece el principio de oralidad, la exigencia hacia los operadores de justicia penal es mayúscula porque las decisiones son tomadas con la prontitud que demanda este principio, lo que desde luego requiere mayor preparación.

También aparecen prácticas novedosas que pretende el nuevo sistema y que obliga a una mayor profundidad en el quehacer de los encargados de la investigación, pues ahora la materia probatoria tendrá imperativos que en el sistema anterior no tenía; por ejemplo, las evidencias que se recaban en la fase de investigación, no tienen pleno valor probatorio *per se*, sino que para ello deberán desahogarse en la fase del juicio y ser analizadas y valoradas por el tribunal del juicio oral, lo que precisa que tales evidencias deban acopiarse con todo cuidado, respetando la ley y los derechos humanos. Esto *grosso modo*.

A partir de 2008 esto ha estado cambiando y para 2016, todas las entidades federativas tendrán que promover, por mandato de la norma Constitucional, la práctica de Medios Alternos de Solución de Controversias y de juicios orales. Para cumplir con esta obligación, los Poderes Judiciales locales han estado implementando acciones tendientes al cumplimiento de la normatividad vigente.

B) Este cambio de paradigma obedece en mayor medida a indicaciones externas. El acceso, la administración y la impartición de justicia penal en México, ha sido una constante preocupación entre las organizaciones internacionales. Constantes estudios y visitas de trabajo, durante muchas décadas dieron como resultado, algunos documentos que sirven de base para la Reforma Penal Mexicana: a) Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (desde 1955 a la fecha, se han celebrado 10 congresos);⁶⁷ b) Agenda de Desarrollo para México del Banco Mundial; c) Libro Blanco de la Reforma Judicial en México. Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente sobre el Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano; d) Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea; e) Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Proyecto de Seguimiento de las Reformas Judiciales en América Latina y Reporte de la Justicia (2008-2009); f) Acuerdo al que concurren los tres Poderes de la Unión para dar cumplimiento al mandato constitucional para instalar la instancia de coordinación prevista en el artículo Noveno Transitorio del Decreto de reforma constitucional publicado el 18 de junio de 2008. Dentro de ese mismo Decreto, se establece la creación del Consejo de Coordinación para la implementación del sistema de justicia penal, que será la instancia de coordinación integrada por representantes de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, además del

⁶⁷ *Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal 1955-2010. 55 años de logros*. UNODC, 2010, http://www.unis.unvienna.org/pdf/2010-Crime_Congress/Spanish_Poster_Book.pdf 03/06/2013.

sector académico y la sociedad civil, así como de las Conferencias Nacionales de Seguridad Pública, Procuración de Justicia y de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, la cual contará con una Secretaría Técnica (SETEC) que coadyuvará y apoyará a las autoridades federales y a las locales, cuando estas últimas así lo soliciten.⁶⁸

C) Por otro lado, se encuentran los esfuerzos del sector educativo para organizar, estructurar y formalizar los estudios de posgrado.

En el ámbito internacional, por ejemplo, fundamentado en la Declaración de Bolonia de 1999, surge en 2003 el Consorcio Europeo de Acreditación de la Educación Superior (CECA), es una agrupación de 14 organizaciones nacionales de acreditación de 10 países⁶⁹ que da el mutuo reconocimiento de las decisiones de acreditación y garantía de calidad.

El trabajo conjunto ha dado como resultado importantes documentos que ilustran el avance europeo: Código de Buenas Prácticas (2004), Principios para la selección de expertos (2005), Declaración conjunta relativa al reconocimiento automático de títulos (2005), Principios para el trámite de acreditación con respecto a los programas conjuntos (2007), Principios referentes a los resultados del aprendizaje en los procedimientos de acreditación (2009) y Recomendaciones para el reconocimiento mutuo de las evaluaciones institucionales (2009).

Todos estos trabajos buscan concretar el Espacio Europeo de Educación Superior, apuntalado en cuatro principios: calidad, movilidad, diversidad, competitividad.

En Estados Unidos se tienen alrededor de ochenta organismos acreditadores, divididos en: regionales, por sector y por programa.⁷⁰ Particularmente, es a la Asociación de Escuelas y Universidades del Sur de Estados Unidos (Southern Association of Colleges and Schools, SACS), a la que han acudido varias Universidades mexicanas establecidas en el norte del país.

De entre los esfuerzos realizados para generar un sistema eficaz de posgrado en México, como ya se dijo, sobresalen dos: El Programa Nacional de Posgrados de Calidad y el Consejo Mexicano de Estudios de Posgrados.

⁶⁸ Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008. http://www.pjetam.gob.mx/legislacion/Diario_Oficial/DIARIO%20OFICIAL%20DEL%2018%20DE%20JUNIO.pdf 29/05/2013.

⁶⁹ Austria, Dinamarca, Francia, Alemania, Polonia, Eslovenia, España, Suiza, Países Bajos y Flandes.

⁷⁰ Véase Eaton, Judith S., "Consejo de acreditación de la educación superior, la acreditación y el reconocimiento en Estados Unidos", *La educación superior en el mundo 2007*, en http://upcommons.upc.edu/revistes/bitstream/2099/7537/1/17_278-281.pdf 29/05/2013.

Las fortalezas de las Instituciones de Educación Superior (IES) son en buena medida sus educandos y maestros, pero también lo constituyen los avales que significan las acreditaciones de organismos integrados por pares. Por ejemplo, en el Estado de Yucatán, están acreditadas por la Federación de Instituciones Mexicanas Particulares de Educación Superior (FIMPES), la Universidad Anáhuac Mayab y la Universidad Marista de Mérida.

Están afiliadas a la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES): Universidad Autónoma de Yucatán, Universidad Anáhuac Mayab⁷¹, Universidad del Valle de México Campus Mérida, Universidad Latino, Universidad Marista de Mérida, Universidad Mesoamericana de San Agustín, Universidad Modelo. Se encuentran asociadas a COMEPO la Universidad Anáhuac Mayab y la Universidad Autónoma de Yucatán.

En el año 2000 se crea el Consejo Nacional para la Acreditación de la Educación Superior en Derecho (CONFEDE). Para mayo de 2013 en el estado de Yucatán, sólo pertenecen a CONFEDE: Universidad Autónoma de Yucatán, Universidad Anáhuac Mayab y Universidad Marista de Mérida. Sin embargo, esas no son todas las instituciones de educación superior establecidas en el Estado de Yucatán.

Ahora bien, están ofreciendo algún posgrado en el área de derecho penal: Universidad Autónoma de Yucatán: Maestría en Derecho con opción a Derecho Penal; Universidad Modelo: Maestría en Derecho Penal y Amparo; Universidad Mesoamericana de San Agustín: Maestría en Derecho Penal y Criminalística; Centro Universitario Felipe Carrillo Puerto: Maestría en Derecho Penal y Criminología; Universidad del Valle de México: Maestría en Ciencias Penales; Universidad del Sur: Maestría en Ciencias Penales.⁷² Es decir, Yucatán cuenta con 6 programas de maestría en derecho penal y ninguno de ellos es PNPC.

La preocupación sobre qué está pasando con los estudios de maestría en derecho ya ha sido manifestada: “Existe la marcada tendencia de que los estudiantes, al terminar sus estudios de Licenciatura en Derecho, continúen su formación profesional con estudios de posgrado. Lo interesante es saber a qué se debe, cuál es la razón”.⁷³ En ese mismo sentido, Manuel Becerra comenta la obra de Luis Fernando Pérez Hurtado “La futura

⁷¹ Red de Universidades Anáhuac.

⁷² Universidades establecidas en el Estado de Yucatán.

⁷³ Becerra, Manuel, *Posgrado e Investigación*, IJ-UNAM, México, 2010, p. 45.

generación de abogados mexicanos”, particularmente, sobre algunas entrevistas que aplicó a un grupo de alumnos:

...hay una clara idea de que es necesario una especialización, en un medio tan competido como el de los abogados, con una oferta de profesionistas tan saturado; después, porque hay la sensación de que no se aprendió lo suficiente en la licenciatura... también se puede pensar que ante el desempleo tan marcado, es bueno seguir estudiando para continuar con la calificación y lograr una beca que signifique ingresos, algo así como autoemplearse estudiando; o bien se tiene la idea de que los estudios de posgrado mejoran el currículum para lograr ascensos laborales; y por último, están los estudiantes, que serían los menos, que tienen una vocación por el estudio y la investigación jurídica y que pretenden hacer una carrera académica.⁷⁴

Los estudios de posgrado, en la mayoría de las veces, ya no obedecen a la continuación de instrucción en materia jurídica. Muchos profesionistas estudian la maestría porque esperan que sea un recurso que les “dé puntos” para mejorar su situación económica e inclusive, un mejor trabajo. Irónicamente, menosprecian la labor del maestro de derecho, es decir, del profesionista que imparte clases de derecho. Por lo que:

...se hace necesario un estudio que permita analizar el esquema de docencia-investigación al interior de las llamadas profesiones de derecho; pero sobre todo visualizar al derecho como un sistema interactivo entre sociedad y normas; y a la vez, entender a las diversas profesiones jurídicas y sus saberes como parte del mismo sistema integral que se inicia en la licenciatura y que no se agota al concluir los estudios formales.⁷⁵

Por otra parte, el Gobierno Federal Mexicano presentó el Programa Nacional de Capacitación que fue avalado por el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal el 18 de marzo de 2010.

Según el Programa Nacional de Capacitación, busca enfocarse a una actividad sistemática y planificada, cuyo objetivo es proporcionar al personal adscrito a las Instituciones de Seguridad Pública, Procuración y Administración de Justicia, Defensores Públicos y Privados, Académicos y Universitarios de las distintas Entidades Federativas del País, las herramientas, habilidades, actitudes y destrezas imprescindibles para

⁷⁴ Becerra, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 45-46

⁷⁵ Platas, Arnaldo, “Posgrado en Derecho (una aproximación teórico-analítica)”. En Valencia, Salvador (Coord.), *Educación, ciencia y cultura*. México: IIJ-UNAM, 2002, p. 210.

afrontar de la mejor manera las Reformas Constitucionales a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123; reformas que producen un cambio radical en la estructura del proceso penal en México, teniendo un impacto profundo en la reconfiguración institucional de las Policías, el Ministerio Público, las Defensorías y el Órgano Jurisdiccional.

La gran tarea presupone la adecuación del Sistema Procesal Penal Mexicano al modelo Acusatorio, en todas las legislaciones locales. Además de las modificaciones que requieren las instituciones de Seguridad Pública, así como los operadores del sistema.

En el Estado de Yucatán, comenzó el ajuste el 15 de noviembre de 2011 con la aplicación del sistema oral en 35 municipios, continuó en septiembre de 2012 con la integración de otros municipios más y en septiembre de 2013 estará siendo utilizado en todo el estado.

De ahí, como ya se comentó, el gran auge de los programas de maestría en derecho penal y derecho procesal penal de naturaleza profesionalizantes, si bien son una gran área de oportunidad para el desarrollo profesional de los mexicanos, también lo es el riesgo de diluir la instrucción en los posgrados.

El problema que no hay que perder de vista aquí, está constituido por dos elementos: por un lado, la calidad educativa de los programas de maestría en derecho penal y derecho procesal penal, como parte indispensable de los mismos y por otro lado, la posibilidad de olvidar el objetivo de los estudios de maestría: la formación de docentes y juristas altamente calificados en áreas específicas del derecho. Esto forzosamente impacta en la manera en que se administra e imparte justicia penal y puede poner al Sistema de Justicia en entredicho frente a la sociedad mexicana y ante el resto del mundo.

Por eso los programas de estudio de las diversas Maestrías en Derecho Penal que actualmente se ofrecen en el Estado de Yucatán, deben estar ya transitando de la fundamentación en los paradigmas del Sistema Penal Inquisitivo a los paradigmas del Sistema Penal Acusatorio. Este cambio de modelo no es un asunto sencillo, pues los procesos penales que todavía se están resolviendo conforme al Sistema Penal Inquisitivo, no se concluirán en el corto plazo. Además, en la entidad se ha comenzado a conocer y solucionar causas penales acorde al nuevo Sistema Penal Acusatorio, lo que

obligatoriamente ha de constituir el nuevo fundamento para los planes y programas de maestrías que buscan formar maestros en derecho penal y en derecho procesal penal.

La Reforma Penal de 2008, precisa un nuevo perfil académico para los operadores jurídicos (administrador e impartidor de justicia, de abogados postulantes, mediadores, conciliadores, árbitros judiciales, etc.). Es decir, de los programas de maestría en derecho penal y derecho procesal penal, tienen que egresar los juristas expertos en el nuevo sistema de justicia penal, con competencias totalmente diferentes a las que se buscaba desarrollar hasta un poco más de la mitad de la primera década del siglo XXI.

Este cambio de paradigma se ha querido atender con capacitaciones sobre la marcha y en ocasiones con cursos breves y multitudinarios. La complejidad de la educación en materia del Sistema Penal Acusatorio, requiere de una planeación cuidadosa e informada sobre los objetivos que se quieren alcanzar, los contenidos a abordar, las metodologías a emplear, las competencias a desarrollar, etc., para que al final se logre obtener abogados especializados en el Sistema Penal Acusatorio.

VII. Conclusiones.

En la enseñanza del derecho se ha mantenido por mucho tiempo “[...] la idea de una docencia como transmisión de conocimientos, donde el modelo se construía a partir de la pragmática del docente, dejando de lado la labor de construcción del saber o incorporar nuevas piezas en la articulación del conocimiento.”⁷⁶ Sin embargo, el cambio de paradigma en las instituciones sociales, requiere que también se cambie en la enseñanza.

Se determinó dejar atrás una impartición de justicia basada en un paradigma inquisitivo, en donde todo mundo es culpable hasta que se demuestre lo contrario; para pasar a un paradigma acusatorio, en donde los operadores (participantes) están comprometidos a ser competentes en: oralidad, argumentación, negociación, conciliación, manejo de emociones, gestión, etc., para que emerja la justicia. Se necesita entonces, construir un modelo educativo para la preparación del maestro en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, con base a la siguiente fórmula:

⁷⁶ Platas, Arnaldo, “Posgrado en Derecho (una aproximación teórico-analítica)”, en S. Valencia (Coord.), *Educación, ciencia y cultura*. México: IJ-UNAM, 2002. p. 217.

$$\text{EBC} = \frac{\text{P} + \text{C}}{\text{C}} \quad \text{Educación Basada en Competencia} = \frac{\text{Pertinencia} + \text{Coherencia}}{\text{Calidad}}$$

La *integralidad* de la formación en competencias que debe tener la maestría en derecho penal, es imprescindible para garantizar que los programas de maestría en derecho penal y derecho procesal penal, cumplan con parámetros de calidad que sustenten a un foro yucateco y peninsular experto y preparado, es decir, pertinente con las exigencias del Sistema de Justicia Penal Acusatorio y competente en lo global.

Por ende, la evaluación objetiva de una maestría en derecho penal y/o derecho procesal penal, habrá de apuntar particularmente a cuatro rubros: pertinencia, calidad, autoevaluación, eficiencia terminal, con el fin de construir criterios de evaluación para la mejora constante de los posgrados en Derecho.

Referencias.

AGUERRONDO, Inés. *La calidad de la educación: Ejes para su definición y evaluación*, <http://www.oei.es/calidad2/aguerrondo.htm>

ANUARIO ESTADÍSTICO 1999, México, ANUIES, 2000.

ANUARIO ESTADÍSTICO 2002, México, ANUIES, 2003.

ÁVILA ORTIZ, Raúl, "Licenciatura y posgrado de derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México: una reinterpretación de la permanencia y cambio de sus planes y programas de estudio desde la época colonial hasta nuestros días en el marco de una propuesta de periodización de la historia política de México", *Derecho y Cultura*, Número 14-15 Mayo-Diciembre, UNAM-AMEDyC, México, 2004, pp. 3-33.

BECERRA, Manuel, *Posgrado e Investigación*, IIJ-UNAM, México, 2010.

CONGRESOS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL 1955-2010. 55 años de logros. UNODC, 2010, http://www.unis.unvienna.org/pdf/2010-Crime_Congress/Spanish_Poster_Book.pdf

CREANDO LAS BASES PARA EL CRECIMIENTO EQUITATIVO: RESUMEN EJECUTIVO, MÉXICO 2006-2012, Banco Mundial. (2007). México. http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2007/09/24/000020439_20070924122856/Rendered/PDF/P0948670Spanish0executive0summary0Public.pdf

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN de 18 de junio de 2008.
http://www.pjetam.gob.mx/legislacion/Diario_Oficial/DIARIO%20OFICIAL%20DEL%2018%20DE%20JUNIO.pdf

EATON, Judith S., “Consejo de acreditación de la educación superior, la acreditación y el reconocimiento en Estados Unidos”, *La educación superior en el mundo 2007*, en http://upcommons.upc.edu/revistes/bitstream/2099/7537/1/17_278-281.pdf

ESTRATEGIA NACIONAL DE AUTOEVALUACIÓN. En <http://www.comepo.org.mx/index.php/documentos-comepo>

MARCO DE REFERENCIA PARA LA EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO DE PROGRAMAS DE POSGRADO EN LA MODALIDAD NO-ESCOLARIZADA (A Distancia), 2011. México: CONACyT. http://www.conacyt.gob.mx/Becas/Calidad/Convocatorias_2011/Marco_Referencia_No-Escolarizada.pdf

PLAN DE DESARROLLO DEL POSGRADO NACIONAL. <http://www.comepo.org.mx/index.php/documentos-comepo>

PLATAS, Arnaldo. “Posgrado en Derecho (una aproximación teórico-analítica)”, en S. Valencia (Coord.), *Educación, ciencia y cultura*. México: IJ-UNAM, 2002.

PROGRAMA NACIONAL DE POSGRADOS DE CALIDAD. Programas Vigentes (2012). http://www.conacyt.gob.mx/FormacionCapitalHumano/Documents/PNPC/Listado_PNPC_2012.pdf

¿QUÉ PASA CON LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN EN MÉXICO? Diagnóstico y propuestas desde la sociedad civil, Coalición ciudadana por la educación, <http://porlaeducacion.com/archivos/educacion.pdf>

REFLEXIONES EN TORNO A LA EVALUACIÓN DE LA CALIDAD EDUCATIVA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, 2008. UNESCO-LLECE, Chile. <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001776/177648s.pdf>

REVISIÓN NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO EDUCATIVO. Reporte de los Examinadores Sobre México, 2004. OECD-CERI. <http://www.oecd.org/dataoecd/42/23/32496490.pdf>

RUBIO OCA, Julio, Coordinador, *La Política Educativa y la Educación Superior en México. 1995-2006: un balance*, SEP-FCE, México, 2006.

RUIZ, Rosaura, "El Consejo Mexicano de Estudios de Posgrado (Comepo). El desarrollo del posgrado en México", *Omnia*.
http://www.posgrado.unam.mx/publicaciones/ant_omnia/Esp_15/20.pdf

RUIZ, Rosaura, MEDINA, S., *et al. Posgrado: Actualidad y Perspectivas, Revista de la Educación Superior en Línea*, Núm. 124.
http://www.anuies.mx/servicios/p_anuies/publicaciones/revsup/res124/txt6.htm

SÁNCHEZ, Mariana, *Modelo Integral de Evaluación del Posgrado Nacional. Guía para la Evaluación de Programas de Posgrado*. México, UIA, 2007. En
<http://www.comepo.org.mx/images/pdf/Modelo.pdf>

TEMAS EN LA AGENDA NACIONAL, EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA. CESOP, 2006. En
<http://www.diputados.gob.mx/cesop/>

YZAGUIRRE, Laura Elena, "Calidad Educativa e ISO 9001-2000 en México", *REICE – Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, vol. 3, No. 1, 2005. En
http://www.ice.deusto.es/RINACE/reice/Vol3n1_e/Yzaguirre.pdf

http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSCContentServer/WDSP/IB/2004/08/19/000160016_20040819150027/Rendered/PDF/29801000182131491417.pdf

http://www.conacyt.gob.mx/Becas/calidad/Paginas/Becas_ProgramasPosgradosNacionalesCalidad.aspx

http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration_spa.htm

<http://www.posgrado.unam.mx/normatividad/historia.php>

SISTEMAS SUPRANACIONALES DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA.

SUPRANATIONAL SYSTEMS OF ADMINISTRATION OF JUSTICE.

Jorge RIVERO EVIA*

RESUMEN. La globalización y el proceso de constitucionalización de los derechos humanos, imponen hoy día la necesidad de explorar el quehacer de ciertos órganos jurisdiccionales que se encuentran más allá de las fronteras de los estados nacionales, así como indagar respecto de su jurisprudencia, que de una u otra manera vincula u orienta en la toma de decisiones a los poderes judiciales estatales.

Palabras clave: Justicia supranacional, Globalización, Tribunal Internacional, Derechos Humanos, Naciones Unidas, Jurisprudencia, Derecho internacional.

ABSTRACT. Nowadays, globalization and the process of constitutionalization of human rights impose the need to explore the practices of certain jurisdictional entities beyond the traditional borders of nation-states. Also, there is an urgency to question their jurisprudence, which -in one way or another- is linked to or sets the course of decisions from state-level judicial powers.

Keywords: Supranational Justice, Globalization, International Court, Human Rights, United Nations, Jurisprudence, International Law

* Doctor en Derecho por la Universidad Anáhuac-Mayab. Magistrado Cuarto del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán. jriverev@yahoo.com

I. Introducción. La Justicia supranacional.⁷⁷

El Estado mundial que, como consecuencia del imperativo jurídico y político universal está encomendado a la humanidad en sentido jurídico-moral, ha de ser instaurado sistemáticamente como una república mundial complementaria, subsidiaria y además federal. Dentro de ella estamos llamados a ser ciudadanos del mundo⁷⁸. En dicha república, claramente se puede advertir la división de poderes, antes bien, amalgamadas las funciones ejecutiva, legislativa y judicial en el seno de un solo órgano: la Organización de las Naciones Unidas, la cual pretende, desde su carta constitutiva, erigirse como la Institución que cumpla con el ideal comunitario del reinado de la paz entre los individuos.

A la par, los Estados nacionales articulan entre ellos pactos regionales, en los que se comprometen a la verificación de ciertas conductas, a fin de alcanzar objetivos comunes. Y en sede soberana estadual, los países del orbe elaboran su normatividad de forma autónoma e independiente, sin embargo, no puede soslayarse la conexión que guardan con la comunidad internacional, cuenta habida de la globalización, que vista desde la óptica de la filosofía política, se erige como el lema de la generación que nos corresponde vivir⁷⁹.

La globalización no se puede restringir a una paz a gran escala regional, sino que la paz habrá de ser establecida a nivel mundial. Las bases teóricas de un *ius gentium pacis*⁸⁰, fueron construidas desde hace casi un siglo, bajo la premisa de que temas como la seguridad interna, la previsión de la existencia, el bienestar económico o la protección

⁷⁷ El presente trabajo solamente incluye la consideración de órganos internacionales en funciones netamente jurisdiccionales. No se desconoce la existencia de otros procedimientos para la solución de controversias en sede internacional, ante la diversidad normativa entre los diversos Estados, y la falta de un solo órgano jurídico supranacional que resuelva los conflictos de leyes en el espacio. como lo son, por ejemplo, los que se substancian ante la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, la Organización Mundial de Comercio (OMC), la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas en materia de Inversiones (CIADI), el sistema de reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL), o el sistema de paneles que establece el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Véase: Serrano Migallón, Fernando. El Capítulo XX. Disposiciones Institucionales y procedimientos para la solución de controversias. En: Witker, Jorge (Coordinador). El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas, Tomo II. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1993, páginas 274-275. .

⁷⁸ Höffe, Otfried. *Derecho intercultural*. Gedisa, Barcelona, 2008, página 247.

⁷⁹ "... También los temas de la filosofía política tienen su época adecuada. Para la democracia marcada por los derechos humanos y la división de poderes, la democracia liberal, su kairós lo ofreció la época de las guerras civiles confesionales y el absolutismo que las siguió. Más tarde, la época de la industrialización y de la urbanización urgíó a una ampliación del carácter social del Estado. A su vez, su marcha triunfal de nuevo un desafío adicional a la protección del medio ambiente. Y las dos últimas guerras mundiales vendrán luego a exigir un ordenamiento de la paz mundial. Ahora, el lema más reciente es la globalización..." Höffe, Otfried, *Op. cit.*, página 219.

⁸⁰ Véase: Mirkine-Guetzévitch, Boris. *Derecho Constitucional Internacional*. Reus, Colección Clásicos del Derecho, Madrid, 2008, páginas 467-483. .

del medio ambiente, son tareas que exceden los límites de los Estados, quienes son – dado el concepto de “complementariedad” de esa república mundial- los responsables primarios de otorgar a los individuos la garantía inmediata del derecho, empero, cuando ese afianzamiento no se brinda o resulta insuficiente, surgirá el sistema *supranacional*, a fin corregir ese déficit.

Entonces, es posible que en el tráfico jurídico cotidiano, acontezcan fricciones entre los diversos operadores del sistema (tanto individuos como órganos de derecho público), y por ende, es menester la implementación de medios civilizados de solución de los conflictos.

En ese orden de ideas, el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas⁸¹, incluye entre los medios pacíficos de solución de controversias, el denominado *arreglo judicial*, como figura autónoma diferenciada del arbitraje.

Se trata de un medio de solución de naturaleza jurídica, caracterizado por la intervención de órganos compuestos por jueces plenamente independientes de las partes en la controversia, que ejercen sus competencias, normalmente de forma permanente, a través de un procedimiento judicial de carácter contradictorio y que resuelve la diferencia que les es sometida mediante sentencias que tienen siempre carácter obligatorio para las partes en litigio⁸².

Dicho medio de solución de controversias, se asemeja en buena medida al mecanismo básico de solución de diferendos empleado en los ordenamientos jurídicos estatales, que no es otro que el acceso a la justicia a través de un recurso judicial efectivo.

Ello refleja varias consecuencias en el Derecho Internacional, dado que:

- a) Permite introducir en el ámbito internacional, el criterio de objetivación y de alejamiento de las partes en la solución de las controversias, al tiempo que atribuye un papel esencial a la Comunidad Internacional, en cuyo nombre siempre actúa el Tribunal Internacional correspondiente. Según Escobar

⁸¹ 1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. <http://www.un.org/es/documents/charter/chapter6.shtml>. Recuperado el 23 de marzo de 2013.

⁸² Escobar Hernández, Concepción. “Procedimientos de aplicación de normas internacionales (III): Medios de arreglo de carácter jurisdiccional (I); Cuestiones generales y Tribunales especializados”. En: Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos, Madrid, Decimotava edición, 2013, página 965.

Hernández, ello “... contribuye a *minorar la incidencia del relativismo jurídico característico de nuestro ordenamiento...*”⁸³.

- b) Favorece la eliminación progresiva de criterios políticos en el proceso de composición de conflictos, potenciando la juridificación y la presencia del principio del imperio del Derecho en las relaciones internacionales.
- c) Incrementa la confianza de los sujetos en el sistema jurídico, en general, y en los procedimientos de solución de controversias, en particular.
- d) Autoriza dar el salto desde el estrecho modelo de solución pacífica de controversias hacia la dimensión del arreglo judicial, como una herramienta amplia que garantiza la correcta implementación de Derecho Internacional en beneficio de cualquier sujeto de este ordenamiento y de la Comunidad Internacional.

Empero, dicha componenda judicial presenta claras diferencias con los sistemas judiciales estatales, tanto por lo que se refiere a la estructura de la propia jurisdicción internacional, a la forma de atribución competencial, a la naturaleza de las sentencias dictadas por los órganos judiciales y al peso y lugar que corresponde al arreglo judicial en el sistema global de aplicación del derecho Internacional.

Se destaca que los tribunales supranacionales presentan una gran autonomía entre sí y no se insertan en un sistema único y jerarquizado en términos jurisdiccionales que permita un vínculo formalizado entre ellos.

Asimismo, su competencia no es automática, sino que tras su creación precisan de declaraciones expresas de voluntad de los Estados por las que se le reconocen la competencia de resolver litigios en los que dicho Estado sea parte⁸⁴.

Finalmente sus sentencias –salvo raras excepciones- son meramente declarativas y carecen de efecto ejecutivo, por lo que el destinatario de aquéllas goza de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de elegir la forma en que dará cumplimiento.

Tales caracteres se han traducido históricamente en el hecho de que el arreglo judicial ocupa un lugar residual en el sistema jurídico-internacional, si se le compara con el resto de mecanismos de solución de controversias que se han establecido en ese ordenamiento.

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Pacta sunt servanda*

Aunque esta afirmación debe modularse a la luz de la importante evolución que se viene produciendo en las últimas décadas, sigue siendo cierta en buena medida, lo que obliga a reflexionar sobre la necesidad de impulsar y definir adecuadamente el sistema jurisdiccional supranacional, que parte de la idea consistente en que el derecho debe adecuarse al carácter progresivamente multinacional, con tendencia universal de los principios fundamentales de la realidad contemporánea⁸⁵.

II. Evolución histórica de la justicia supranacional.

El surgimiento de tribunales supranacionales permanentes como medio de solución de controversias es un fenómeno característico del siglo XX, que se ha ido expandiendo de forma lenta pero sólida a lo largo del mismo, siempre a la par de las Organizaciones Internacionales en la Sociedad internacional.

Las primeras manifestaciones de ese proceso se producen en el marco regional americano.

El 20 de diciembre de 1907, las Repúblicas de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica firmaron un Tratado de Paz y Amistad en Washington. En las convenciones de este tratado se crea la *Corte de Justicia Centroamericana*, para el arbitraje obligatorio en los conflictos político-sociales de esos países. Por un período de diez años Costa Rica sería la sede de esta institución, con asiento en Cartago y luego en San José⁸⁶.

Como antecedente el proceso formador de la entidad nos remite a la aparición de una idea orientada a la paz y a la solidaridad internacional. Hacia 1840, se habla del proyecto de los ingleses y los americanos que consiste en establecer "*A Congress of Nations*", en 1870 se plantea el proyecto de la Unión Interparlamentaria, y en 1873 la Cámara de los Comunes acepta la celebración de tratados de arbitraje comercial. A raíz

⁸⁵ Es quizás Hitters el primero que comenzó a hablar en América Latina del concepto de "control judicial supranacional", inspirado en un artículo de Mauro Cappelletti (*Giustizia costituzionale sopranazionale*). Véase: Hitters, Juan Carlos. "Derecho Procesal Transnacional y Control Judicial Supranacional". En: *Anuario Jurídico XV*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1998, página 171.

⁸⁶ En relación a la Justicia Internacional, hay que tomar en cuenta además que el Primer Tribunal de la historia moderna fue la Corte de Justicia Centroamericana, creada en los Pactos de Washington de 1907, que operó incluso antes de la Corte Permanente de Justicia Internacional generada en 1920 con el Tratado de Versalles al establecerse la Sociedad o Liga de las Naciones, con esta Corte de Justicia Centroamericana no solamente se contribuyó al ideal de Justicia Internacional sino que además sirve dignamente a los más altos intereses de los pueblos de la región. Véase: Villalta Vizcarra, Ana Elizabeth. *La contribución de América al Derecho Internacional*. <http://www.oas.org/dil/esp/59-94%20Villalta%20def.pdf>. Recuperado el 26 de marzo de 2013.

de estos, surgen otros debates y aparece la idea de una cooperación parlamentaria en favor de la paz y del arbitraje internacional.

A fines del siglo XIX y principios del siglo XX, con las Conferencias de la Haya, se implementan comisiones internacionales de investigación para conocer las diferencias entre dos estados, y que a la vez, estos puedan acudir a un tribunal que se encargue de fijar los hechos del conflicto.

El nacimiento de la Corte de Justicia Centroamericana se sustenta en el Artículo 1º del Tratado General de Paz y Amistad, firmado en Washington el 20 de diciembre de 1907. Su naturaleza es la de un Tribunal Permanente de Justicia Internacional, con potestad para juzgar y resolver, a petición de parte, todos los asuntos comprendidos en su Ley; además, de tener a su cargo el sostenimiento, la administración e intereses de la oficina de su despacho conforme a esta Ley⁸⁷.

El Tribunal se compuso de cinco magistrados y dos suplentes, nombrados uno por cada república centroamericana. Estos debían reunir las mismas condiciones exigidas en el país que representan para ser magistrados de la Corte Suprema de Justicia, designados por los Poderes Legislativos durante cinco años y sólo podían ser removidos en caso de inhabilitación, muerte o renuncia. Se juramentaban ante el Congreso que los elegía; además tenían el rango de Agentes Diplomáticos e igual categoría que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Cada año, el 25 de mayo, la Corte de Justicia Centroamericana elegía por votación un directorio compuesto de un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario con recargo de la Tesorería.

Sin embargo, el principal impulso para la instauración de una jurisdicción internacional de alcance general, se produce tras la Primera Guerra Mundial⁸⁸, al contemplarse en el Pacto de la Sociedad de las Naciones la existencia de un *Tribunal permanente de Justicia Internacional*, que vio la luz en 1920, una vez que la Asamblea General aprobó el proyecto de Estatuto, elaborado por un Comité de Expertos. Dicho Tribunal tuvo su sede en La Haya, que desde entonces se convirtió en la *capital judicial*

⁸⁷ Véase: www.archivonacional.go.cr/.../corte%20justicia_centroamericana.doc. Recuperado el 26 de marzo de 2013.

⁸⁸ De hecho, el primer intento para fincar una responsabilidad individual en el ámbito internacional, aparece en el Tratado de Paz de Versalles de 28 de junio de 1919 (que puso fin a la Primera Guerra Mundial). En efecto, para el enjuiciamiento del Káiser, debía establecerse un tribunal penal internacional. En el Tratado se dispuso además, la facultad de los aliados para enjuiciar ante sus propios tribunales militares a los acusados de haber cometido actos contrarios a las leyes y a las costumbres de la guerra; con el objeto de posibilitar lo anterior, el pacto obligaba al gobierno alemán a extraditar a criminales de guerra y a prestar asistencia judicial. No obstante, tal modelo sancionador no pasó a ser más que una anécdota, pues no llegó jamás a implementarse. Véase: Rivero Evia, Jorge. El acceso de las víctimas a la justicia de la Corte Penal Internacional. Porrúa, México, 2012, página 13.

*del mundo*⁸⁹. Su actividad se vio truncada por la Segunda Guerra Mundial y dejó de existir formalmente el 18 de abril de 1946. Empero, inspiró lo que ahora es la Corte Internacional de Justicia, cuyo fundamento se encuentra en los artículos 7 y 92 de la Carta de las Naciones Unidas⁹⁰.

La Corte Internacional de Justicia forma parte, por tanto, de la estructura orgánica de la Organización de las Naciones Unidas y su Estatuto es técnicamente un anexo de la Carta de San Francisco, lo que obliga a todos los Estados que deseen incorporarse a dicha Organización a ratificar o adherirse asimismo a ese Estatuto.

Ello conduce a reforzar la estabilidad y garantizar la aceptación internacional de la Corte Internacional de Justicia, que reúne en sí la doble característica de ser el órgano judicial por excelencia de la más importante Organización internacional y ser el órgano judicial básico de la Comunidad internacional globalmente considerada, en la medida en que su jurisdicción no solamente está abierta a los países miembros, sino a cualquier Estado de la Comunidad internacional, siendo posible que las naciones sometan a ese ente jurisdiccional toda variedad de litigios relativos a la aplicación o interpretación del Derecho internacional, estén o no vinculados a la ONU.

Se dice que las distintas fases por las que ha pasado la Corte Internacional de Justicia están directamente relacionadas con el posicionamiento de los Estados frente al fenómeno de la jurisdicción internacional, que fue percibida durante casi todo el siglo XX como un mecanismo residual y extraordinario de solución de controversias. Ello explica, según Escobar Hernández⁹¹ que los Tribunales internacionales nacidos tras la Segunda Guerra Mundial puedan contarse con los dedos de la mano y que además, hayan reducido su ámbito a materias muy particulares, como lo es la protección de los derechos humanos⁹², de un lado, y la aplicación del Derecho específico normativizado por Organizaciones regionales de integración.

⁸⁹ Escobar Hernández, Concepción, *op. cit.*, página 967.

⁹⁰ Artículo 7.1. *Se establecen como órganos principales de las Naciones Unidas: - una Asamblea General; un Consejo de Seguridad; un Consejo Económico y Social; un Consejo de Administración Fiduciaria; una Corte Internacional de Justicia; una Secretaría.* (...) Artículo 92.- *La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta.*

⁹¹ *Loc. Cit.*

⁹² Los derechos humanos encarnan valores o bienes jurídicos globalmente similares a los que, a nivel interno, protegen los derechos fundamentales. La denominación “derechos humanos” no designa una realidad sustancialmente distinta de la que implica la expresión “derechos fundamentales”: se está siempre en el terreno de aquellos derechos que se atribuyen a todos los seres humanos, por el mero hecho de serlo. Véase: Díez Picazo, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Navarra, Thomson Civitas, 2008, página 167.

Ahora bien, por limitado que haya sido en número el surgimiento de Tribunales supranacionales, sea en sede global o regional, la doctrina plantea una preocupación latente, ante ese fenómeno expansivo, consistente en que la superación de la dimensión meramente interestatal de la jurisdicción pondría en peligro la unidad del Derecho internacional. Por ejemplo, Díez-Picazo⁹³, observa que el derecho internacional de los derechos humanos es derecho convencional, pues tiene su origen en tratados internacionales, en tanto que el derecho internacional general, tiene su origen consuetudinario y rige para todos los Estados, incluso sin su consentimiento, sin contener normas relativas al respeto de los derechos humanos.

No consideramos fundada dicha objeción, en primer lugar, toda vez que tal fenómeno (interpretación de normas internacionales por diversos órganos) se verificó con anterioridad con la figura del arbitraje y no por ello se fragmentó el Derecho internacional⁹⁴; y en segundo orden, sí es posible que a través de la jurisprudencia internacional (la *praxis* de los Tribunales internacionales) se identifiquen derechos humanos en normas *ius cogens* (consuetudinarias, imperativas de derecho internacional), como es el caso del acceso a la justicia y el debido proceso⁹⁵.

Lo anterior, lejos de dividir la interpretación de normas internacionales, consolida un auténtico *corpus iuris*⁹⁶. En efecto, como muestra, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus inicios ha establecido la costumbre de citar y utilizar no únicamente convenciones no regionales sobre derechos humanos, sino también jurisprudencia de tribunales internacionales y de órganos internacionales de supervisión para informar la interpretación de la Convención Americana. Dentro de este orden de ideas, merece mención especial la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si bien es cierto que esa jurisprudencia no es vinculante para

⁹³ *Ibidem*, página 169.

⁹⁴ Escobar Hernández, Concepción, *Op. cit.*, página 968.

⁹⁵ Véase: Quispe Remón, Florabel. *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

⁹⁶ En efecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que ese tribunal puede utilizar otros tratados internacionales de derechos humanos, como parte de un "*corpus iuris internacional*", con el fin de fijar el alcance y contenido de la Convención Americana (Caso Villagrán Morales, párrafo 194). En otros casos, la misma Corte ha utilizado disposiciones internacionales no vinculantes como el Protocolo de Naciones Unidas para la Investigación Legal de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias, denominado "Protocolo de Minnesota", para determinar el alcance de la obligación del Estado de realizar una investigación seria, imparcial y efectiva (Caso Castillo Petruzzi, párrafo 139).

dicha Corte Interamericana, no menos veraz resulta que se erige en una fuente importante de interpretación⁹⁷.

Hoy día podemos afirmar que en la actualidad la jurisdicción supranacional es una realidad innegable, que ha avanzado de forma significativa no sólo por el proceso de creación de nuevos tribunales, sino también por la superación de las dimensiones netamente interestatal de esta jurisdicción tras la incorporación en su seno de nuevos tribunales penales que van dirigidos a garantizar que también los individuos respeten la obligaciones derivadas del Derecho Internacional, lo que implicó un auténtico cambio de paradigma en el Derecho Internacional Público.

El paradigma clásico del Derecho internacional, reconoce esencialmente sólo a los Estados como portadores de derechos y deberes propios, durante el tiempo de paz y guerra, lo cual estuvo vigente durante mucho tiempo, y fue allí mismo donde se generaron las reglas para la protección de las personas individuales, por ejemplo, mediante disposiciones para la tutela de los prisioneros de guerra y de las poblaciones civiles durante las ocupaciones militares⁹⁸.

Ello fue motivado, primordialmente, por la doctrina voluntarista del derecho, que desarrolló una teoría de las relaciones internacionales, según la cual, por derecho entre naciones solamente podían considerarse los actos surgidos de transacciones o, en el extremo, pactos que no sólo reflejasen el momentáneo equilibrio de poder entre las partes comprometidas sino que también incluyesen una amenaza de sanción apoyada en última instancia en la guerra⁹⁹.

En efecto, el derecho internacional clásico se basó en un escenario amalgamado por una comunidad internacional en la que predominaba una estructura interestatal. En tal sentido, el derecho internacional clásico poseía una finalidad principalmente de tipo relacional y competencial; es decir la regulación de los vínculos entre Estados y la distribución de las competencias entre ellos:

(...) Esta postura originó que los Estados fueran considerados como los únicos sujetos de derecho internacional, y desde una perspectiva doctrinal los individuos eran sólo objeto del derecho internacional. Se consideraba como sujetos de derecho internacional sólo a las entidades que creaban y eran

⁹⁷ Hernández Valle, Rubén. *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, página 21.

⁹⁸ Herdegen, Mathias. *Derecho Internacional Público*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2005, página 2.

⁹⁹ Guariglia, Osvaldo, *En camino de una justicia global*. Barcelona, Marcial Pons, 2010., página 31.

destinatarias de las normas jurídicas internacionales y que poseían legitimidad para reclamar (si había incumplimiento de tales normas) o eran responsables (si las infringían). De ese modo, tradicionalmente el sistema jurídico internacional no hacía referencia al individuo sino por medio del Estado, lo cual estaba condicionado por la noción misma de Estado y por la posición de las relaciones interestatales, siendo un ejemplo de esta situación la figura de la protección diplomática (...) ¹⁰⁰.

El cambio de paradigma, comienza a insinuarlo la filosofía kantiana, al cancelar la tradición del derecho natural en el derecho de gentes, sustituyendo las visiones basadas en concepciones omnicomprensivas del mundo y de la naturaleza por la concepción fundada en los principios formales universales inherentes a la razón legisladora: "... El ser humano, en tanto sujeto de esos principios, posee derechos inalienables que todo régimen político debe respetar y garantizar..."¹⁰¹. De esta manera, el Derecho internacional público volteó los ojos hacia el individuo.

2.1. El ser humano (individual), como nuevo sujeto típico del derecho internacional público.

Es patente que en la actualidad existe una tendencia cada vez mayor, a la ampliación del círculo de los sujetos de derecho internacional; el primer intento para fincar una responsabilidad individual en el ámbito internacional, aparece en el Tratado de Paz de Versalles de 28 de junio de 1919 (que puso fin a la Primera Guerra Mundial).

En efecto, para el enjuiciamiento del Káiser, debía establecerse un tribunal penal internacional. En el Tratado se dispuso además, la facultad de los aliados para enjuiciar ante sus propios tribunales militares a los acusados de haber cometido actos contrarios a las leyes y a las costumbres de la guerra; con el objeto de posibilitar lo anterior, el pacto obligaba al gobierno alemán a extraditar a criminales de guerra y a prestar asistencia judicial.

No obstante, tal modelo sancionador no pasó a ser más que una anécdota, pues no llegó jamás a implementarse: "... No se llegó a la creación de un tribunal internacional. Al ex emperador alemán se le concedió asilo en los Países Bajos, nunca se le juzgó. El

¹⁰⁰ Pérez León, Juan Pablo. *El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo*. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, 2008, página 600.

¹⁰¹ Guariglia, Osvaldo, *Op. Cit.*, página 50.

enjuiciamiento de los criminales de guerra mediante tribunales militares aliados fracasó por la tenaz negativa por parte alemana de extraditar a las personas identificadas..."¹⁰².

La historia le daría a la humanidad otras oportunidades para consolidar un nuevo paradigma del Derecho internacional, y en camino de una justicia global se verificó, a la postre, la expansión del ámbito objetivo del ordenamiento jurídico internacional, así como la proliferación de los sujetos participantes, principalmente, a partir de dos actos jurídicos internacionales: el proceso instruido por el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la reparación de daños sufridos al servicio de la Organización de Naciones Unidas (ONU)¹⁰³.

Respecto de la causa de Nüremberg, puede decirse que, desde el juzgamiento de los individuos por los crímenes internacionales cometidos por miembros del Eje durante la Segunda Guerra Mundial, se consideró necesario reconocer la subjetividad jurídica internacional individual. Ello hizo factible no sólo la protección directa y efectiva de los derechos humanos, sino y sobre todo, la posibilidad de ser sancionado como resultado del reconocimiento de la responsabilidad internacional individual por violaciones graves de obligaciones internacionales.

La sentencia del Tribunal de Nüremberg refutó el punto de vista del positivismo extremo, el cual señalaba que el derecho internacional sólo era aplicable a los Estados. Esta sentencia también demostró que los individuos podían ser encontrados culpables por crímenes bajo el derecho internacional y podían ser sancionados de acuerdo a su capacidad personal.

Fueron objeto de acusación en dicho enjuiciamiento, veinticinco personas físicas y también, siguiendo las pautas de atribución de responsabilidad penal del modelo anglosajón, seis personas jurídicas¹⁰⁴.

Las sesiones del proceso de Nüremberg se iniciaron el día 21 de noviembre de 1945 y tocaron a su fin once meses después, dándose a conocer la Sentencia el 1 de octubre de 1946.

Respecto a la opinión consultiva de la CIJ, del 11 de abril de 1949, se dijo que, con la evolución del derecho internacional, era posible la adquisición de subjetividad jurídica internacional por parte del individuo. En tal sentido, la CIJ señaló que:

¹⁰² Werle, Gerhard. *Tratado de derecho penal internacional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, página 46.

¹⁰³ Pérez León, Juan Pablo. *Op. Cit.*, página 603.

¹⁰⁴ Blanco Lozano, Carlos, *Tratado de Derecho Penal español*. Tomo I. El sistema de la parte general. Volumen I. Fundamentos del Derecho Penal español. Las consecuencias jurídico-penales. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, páginas 249-250.

(...) The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States (...) -Los sujetos de derecho en cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en la medida de sus prerrogativas, y su naturaleza depende de las necesidades de la Comunidad. A lo largo de su historia, el desarrollo del derecho internacional ha sido influenciado por las exigencias de la vida internacional, y el aumento progresivo de las actividades colectivas de los Estados ya ha dado lugar a instancias de la acción en el plano internacional por determinadas entidades que no sean Estados-¹⁰⁵.

En este contexto, se incorporó en la subjetividad jurídica internacional del individuo la temática de la responsabilidad internacional individual, de manera paralela a la responsabilidad internacional del Estado.

Por tanto, siendo el individuo sujeto de deberes en el plano del derecho internacional, ya no había cómo negar tanto su personalidad jurídica internacional como obligado, sino también, como sujeto receptor de prerrogativas.

III. Los órganos jurisdiccionales de la Justicia supranacional.

Así pues, los principales Tribunales supranacionales, en la actualidad son:

- + El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.
- + Los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos; a saber: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.
- + Los Tribunales Penales Internacionales; como son: La Corte Penal Internacional y los Tribunales *ad hoc* (para exYugoslavia y Ruanda).
- + El sistema jurisdiccional de la Unión Europea (Tribunal de Justicia, Tribunal General, Tribunales Especializados).
- + La Corte Internacional de Justicia.

¹⁰⁵ Pérez León, Juan Pablo, *Op. Cit.*, página 604.

A continuación, se verificará un análisis de cada uno de ellos, con excepción de la Corte Africana, la cual, no obstante su realidad, carece hoy día de una completa operatividad.

3.1 El Tribunal internacional del Derecho del Mar (TIDM).

El TIDM, es el primer tribunal especializado en el ámbito universal, que ha sido creado por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 para resolver controversias de distinta naturaleza que puedan surgir como consecuencia de la aplicación de la Convención o de otras normas internacionales que tengan los mismos objetivos que la Convención¹⁰⁶. La composición, estructura y reglas de funcionamiento del TIDM, se regula en las Partes XV (sistema de arreglo de controversias) y XI (régimen de la Zona internacional de los Fondos Marinos) de la Convención, así como en su Anexo VI, que contiene el Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar. El Tribunal se rige además por su Reglamento, aprobado por el propio órgano judicial el 28 de octubre de 1997 y que ha sido modificado con posterioridad en varias ocasiones¹⁰⁷.

El TIDM, tiene su sede en Hamburgo, Alemania. Si bien puede celebrar sesiones en cualquier otro lugar que estime conveniente. Para facilitar el desempeño de sus funciones se le ha reconocido personalidad jurídica internacional y está protegido por el Acuerdo sobre privilegios e inmunidades del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, de 23 de mayo de 1997, que entró en vigor el 30 de diciembre de 2001¹⁰⁸.

El Tribunal se integra por 21 jueces, elegidos entre los Estados Partes en la Convención de entre una lista de candidatos presentados por dichos Estados. Los candidatos deben gozar de la más alta reputación por su integridad e imparcialidad y deben ser especialistas en Derecho del Mar. La composición del Tribunal ha de garantizar la presencia de los distintos sistemas jurídicos del mundo y respetar el principio de reparto geográfico equitativo, asegurándose un mínimo de 3 puestos para cada uno de los grupos geográficos definidos por la Asamblea General de la ONU. También, habrá de tenerse en cuenta que no puede formar parte del Tribunal más de un nacional del mismo Estado Parte. El Estatuto del TIDM, contiene igualmente la figura del juez *ad hoc* que podrá ser

¹⁰⁶ Castro Villalobos, José Humberto. "Solución de controversias en el Derecho del mar". *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, número 29, Año 1999, página 335.

¹⁰⁷ Véase: *Guía del procedimiento judicial ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar*. Publicación del Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Hamburgo, 2007.

¹⁰⁸ <http://www.itlos.org/> Recuperado el 22 de marzo de 2013.

designado por todo Estado Parte en una controversia que no cuente con un juez electo de su nacionalidad en el Tribunal.

Los jueces son nombrados por un periodo de 9 años, se renuevan por tercios cada 3 años y son reelegibles. En caso de vacantes que se produzcan por motivos distintos a la expiración del mandato, el nuevo juez designado ejercerá sus funciones sólo por el tiempo que restase a su antecesor. Salvo el Presidente, no están sometidos al régimen de la exclusividad, pero sí a un régimen riguroso de incompatibilidad que tiene como objeto garantizar la imparcialidad del juez y del órgano judicial.

Según el Estatuto del TIDM, pueden existir cuatro tipos diferentes de Salas. La primera será la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, que se constituye con carácter automático por mandato del artículo 186 de la Convención y está integrada por 11 jueces, elegidos por la mayoría del Tribunal para un periodo de 3 años, siendo reelegibles una sola vez. Esta Sala se ocupa solamente de las cuestiones atinentes a la Zona Internacional de los Fondos Marinos y a las medidas de explotación de la misma.

Otro tipo de Salas, lo son las Salas Especiales y las Salas *ad hoc*. Las primeras se tienen un carácter permanente, a fin de conocer categorías específicas de controversias y han de estar integradas por un mínimo de 3 jueces. En aplicación de esta potestad se han erigido hasta la fecha dos Salas Especiales; a saber: *la Sala para el arreglo de las controversias relativas a pesquerías* y *la Sala para el arreglo de las diferencias relativas al medio marino*. Las Salas *Ad Hoc* se erigen a instancia de las partes interesadas en una determinada controversia, previéndose de modo especial que una sala de estas características pueda conformarse para el caso de diferendos surgidos entre Estados en relación al régimen de la Zona Internacional de los Fondos Marinos. Estas Salas estarán compuestas en todo caso por 3 jueces miembros del Tribunal, para su designación, sin embargo, tendrán una importante capacidad decisoria los Estados partes de la controversia. Hasta la fecha, el TIDM ha puesto en funciones una Sala *ad hoc* para el *Asunto relativo a la Conservación y la explotación duradera de los stocks de pez espada en el Océano Pacífico Sud-Oeste (Chile-Comunidad Europea)*.

Por último, el Estatuto del Tribunal prevé igualmente la implementación anual de una Sala de procedimiento sumario, integrada por 5 jueces, cuya finalidad es facilitar el pronto despacho de los asuntos.

En lo que respecta a la jurisdicción, el TIDM no goza de competencia automática por la simple aplicación de la Convención de 1981; por lo que no obliga a todos los

Estados Partes. Por lo contrario, el TIDM se integra en el sistema amplio de solución de controversias definido por la Convención de Derecho del Mar y, aunque implica su manifestación más innovadora, no es el único mecanismo de arreglo ni tampoco el que tiene mayor *vis atractiva* para intervenir con carácter preferente. Coexiste con otros sistemas de índole político y con sistemas judiciales y arbitrales, de tal manera que el TIDM comparte competencia material y jurisdiccional con la Corte Internacional de Justicia y con los Tribunales arbitrales comprendidos en los anexos VII y VIII del Estatuto¹⁰⁹.

Como regla, la competencia contenciosa ha de venir referida a controversias que surjan entre dos Estados. Sin embargo, en caso de conflictos referentes a la Zona Internacional de los Fondos Marinos, dicha diferencia puede haberse suscitado entre dos Estados Partes, entre un Estado Parte y la Autoridad de Fondos Marinos o la Empresa y por último, entre un particular y la Autoridad, la Empresa o un Estado Parte. La legitimación activa para presentar una demanda, corresponde a los Estados Partes, aunque en el caso de conflictos por el tema de los Fondos Marinos, es posible que sea introducida también por un particular.

En lo que se refiere a la competencia consultiva, la Sala de Fondos Marinos puede emitir un dictamen relativo a dichas cuestiones a petición de la Asamblea o del Consejo de la Autoridad de los Fondos Marinos. En ejercicio de esta atribución, se pronunció el 1 de febrero de 2011 la primera opinión consultiva, en el asunto *Responsabilidades y obligaciones de los Estados que auspician a personas o entidades en el marco de las actividades desarrolladas en la Zona*¹¹⁰. Por su parte, el TIDM podrá verificar cualquier dictamen jurídico en relación a otro Acuerdo internacional vinculado con el objeto de la Convención, siempre que dicho Acuerdo así lo prevea.

Por último, se advierte la competencia prejudicial. Esta es respecto a los casos en que un arbitraje comercial obligatorio, esté teniendo lugar con motivo de una problema en torno a un contrato de explotación de la Zona, y para sustanciar el asunto sea necesario obtener una interpretación auténtica de las disposiciones de la Convención sobre las que

¹⁰⁹ La determinación de la jurisdicción que debe ejercerse en cada caso queda en manos de los Estados partes de la Convención de 1982, que podrán declarar con carácter general cuál es la jurisdicción (judicial o arbitral) que les será aplicable para el caso de que se suscite una controversia en que se vea involucrado, siendo competente siempre en último extremo el Tribunal Arbitral previsto en el anexo VII, en aquellos supuestos en que los Estados partes no hayan elegido jurisdicción o hayan optado por jurisdicciones distintas. Por consiguiente, el TIDM tan sólo podrá ejercer su jurisdicción respecto de aquellas controversias en que sean parte Estados que le hayan atribuido la competencia general con carácter previo o que se la reconozcan para el caso en cuestión.

¹¹⁰ Véase: Guerrero Peniche, J. Nicolás. “La opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar a la luz del trato especial y diferenciado para estados en desarrollo”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Año 2012, Volumen XII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, páginas 175-227.

dicho contrato se basa. Esta competencia se ejerce a instancia del órgano arbitral llamado a resolver el fondo del negocio.

El procedimiento se inicia mediante la presentación de una demanda por las partes legitimadas. Las reglas del contradictorio son evidentes, puesto que todas las partes estarán adecuadamente asesoradas y podrán formular alegaciones en aplicación del principio de igualdad de armas, pudiendo el Tribunal adoptar las medidas cautelares que estimase convenientes.

El enjuiciamiento termina con una sentencia que resuelve la controversia o mediante una opinión consultiva en la que el TIDM se pronuncia sobre la cuestión jurídica que le ha sido sometida. En ambos casos, el TIDM adopta sus resoluciones por mayoría. En caso de las sentencias, tendrán carácter definitivo y serán obligatorias para las partes en litigio. Dichas sentencias no son, sin embargo, ejecutivas, salvo en el caso de sentencias dictadas por la Sala de los Fondos Marinos, cuya ejecución podrá exigirse ante los tribunales estatales a través del procedimiento que en cada Estado se indique *ex profeso*.

A pesar del carácter altamente especializado de este Tribunal, llama la atención que los Estados no han recurrido de forma generalizada a esta jurisdicción, ante la cual solamente se han sometido veinte asuntos más una opinión consultiva¹¹¹.

3.2. Los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos

El arreglo judicial ha alcanzado un alto nivel de desarrollo en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde los tribunales internacionales se configuran progresivamente como el mecanismo más perfeccionado y eficaz de protección de los Derechos Fundamentales. Tres sistemas regionales de protección contemplan la existencia de tribunales especializados: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos. Estos tribunales son ya una realidad desde el surgimiento de la Corte Africana en 2006. Sin embargo, en el presente tan sólo los dos primeros son plenamente operativos, por lo que solamente analizaremos al Tribunal Europeo y a la Corte Interamericana.

¹¹¹ Véase: Soroeta Licerias, Juan. *La jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (1997-2005)*. Madrid, Dilex, 2006.

La constitución, composición y reglas de funcionamiento de estos tribunales han respondido originariamente a un mismo modelo, aunque con posterioridad se han ido diferenciando paulatinamente. Así, se trata de tribunales especializados, que vieron la luz por un tratado y que tan sólo ejercen su jurisdicción en lo que respecta a los Estados partes en dicho tratado y en relación con los derechos proclamados en el mismo. En segundo lugar, su jurisdicción es siempre subsidiaria de la de los Estados, de forma que siempre intervendrán una vez que los tribunales nacionales han tenido ocasión de pronunciarse sobre el asunto litigioso. Sin embargo, no establecen reglas comunes por lo que se refiere a los sujetos a quienes se reconoce legitimación activa para incoar una demanda, ni respecto a la fase previa a la presentación de aquélla.

3.2.1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El TEDH surge por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Su mandato es enjuiciar presuntas violaciones de los derechos humanos protegidos por el Convenio o por sus Protocolos adicionales. Aunque originariamente compartió su mandato protector con la Comisión Europea de Derechos Humanos y con el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la actualidad ejerce su función jurisdiccional con exclusividad, por consecuencia de las modificaciones introducidas en el sistema de protección por el Protocolo Adicional 11, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998. A partir de esta fecha, el TEDH tiene jurisdicción automática respecto de cualquier Estado parte en el Convenio y el individuo puede acudir directamente con sus demandas ante el Tribunal sin ningún tipo de filtro previo.

El Tribunal tiene su sede en Estrasburgo, Francia, y en el desarrollo de sus funciones es sustentado por el Consejo de Europa, que asume la financiación de todos sus gastos. La composición, competencia y reglas de funcionamiento, se rigen por lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (arts. 19-51) y en su Reglamento de Procedimiento¹¹².

De acuerdo con el artículo 20 del Convenio, el TEDH está integrado en cada momento por tantos jueces como Estados partes en el Convenio haya, siendo su número actual de cuarenta y siete. Los jueces son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, a partir de una terna presentada por cada uno de los Estados partes.

¹¹² Véase: Casadevall, Josep. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Los candidatos deben gozar de la más alta consideración moral y reunir los requisitos exigidos para desempeñar las funciones judiciales de mayor nivel, acorde a la legislación interna del Estado que los propone, o ser un jurisconsulto de reconocida competencia. La duración del mandato de los jueces es de nueve años y no son reelegibles, produciéndose la renovación por mitades cada tres años. Con independencia de estas reglas generales, todo juez terminará su función obligatoriamente al cumplir los setenta años. Para los casos en que se produzca una terminación anticipada, se prevé en el Convenio un sistema de sustitución que se llevará a cabo conforme a las mismas reglas y procedimientos ya señalados, desempeñando el nuevo juez su mandato tan sólo por el periodo de tiempo que restase a su antecesor.

Los jueces ejercen sus funciones a título individual, a tiempo completo y de forma exclusiva, sin que puedan compatibilizar su actividad en el Tribunal con ninguna otra actividad profesional, retribuida o no, garantizando la independencia e imparcialidad en todas sus actuaciones. Durante el periodo de vigencia de su mandato, los jueces gozan de los privilegios e inmunidades previstos en el artículo 40 del Estatuto del Consejo de Europa y en los Acuerdos celebrados en virtud de dicho artículo.

En caso de que el juez elegido a título nacional no pueda participar en un proceso que afecta a dicho Estado y tenga derecho a hacerlo en virtud de lo previsto en la Convención, es posible la designación de un juez *ad hoc* que ejercerá sus funciones en idénticos términos y condiciones que el juez elegido. A tal fin, cualquier Estado parte puede remitir al Tribunal una lista que puede contener entre tres y cinco personas elegidas para actuar como juez *ad hoc* a título de dicho Estado. La selección final del juez *ad hoc* que intervendrá en un caso concreto corresponde al Presidente del Tribunal (art. 29 del Reglamento TEDH).

El Tribunal puede actuar en Pleno, a través de una Gran Sala compuesta de diecisiete jueces, de Salas de siete jueces, de Comités de tres jueces o en formación de juez único. La intervención de una u otra formación judicial depende exclusivamente de la actividad a desarrollar, todo ello en virtud del nuevo modelo diseñado por el Protocolo 14.

El TEDH puede ejercer su jurisdicción en vía contenciosa y en vía consultiva. En virtud de su competencia contenciosa el Tribunal podrá pronunciarse sobre presuntas violaciones del Convenio o de los Protocolos adicionales. El proceso se inicia siempre a instancia de parte y sólo puede ir dirigido contra un Estado parte. La demanda puede ser introducida por un Estado (denuncias interestatales) que no necesita demostrar ningún

interés para ello y puede denunciar el incumplimiento del Convenio; o por una persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de la violación de alguno de los derechos protegidos (denuncias individuales).

La demanda ha de reunir una serie de requisitos que, en caso de no cumplirse, pueden determinar la declaración de inadmisibilidad de la misma, a saber: no ser anónima, haberse presentado tras el agotamiento de los recursos internos disponibles en el ordenamiento del Estado demandado, no verificar esa actividad en el plazo máximo de seis meses desde que recaiga la última resolución que pone fin al procedimiento interno, no haber sido sometida ya en idénticos términos ante el TEDH o ante otro órgano internacional: ni de solución de controversias, no ser incompatible con las disposiciones del Convenio o sus Protocolos y no ser manifiestamente mal fundada o abusiva.

Dicha declaración que puede ser emitida en todo tiempo del trámite de procedimiento, corresponde, en principio, al juez único, cuyas decisiones son definitivas y e irrecurribles. Sólo en caso de que dicha decisión no se haya producido será el Comité de tres jueces o la Sala encargada de pronunciarse sobre el fondo la que decidirá sobre la admisión.

Tras la declaración en comento, se iniciará el procedimiento ante el Comité o la Sala competentes o, en su caso, ante la Gran Sala si la Sala decide inhibirse en su favor. La inhibición no podrá producirse más que con el consentimiento de las partes y en aquellos casos en que se plantee una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o sus Protocolos, o si la solución a dar a la cuestión debatida pudiera ser contradictoria con la jurisprudencia anterior del Tribunal. De modo que como regla serán el Comité o la Sala los órganos llamados a intervenir en cada procedimiento.

En esta fase se contempla el mecanismo del arreglo amistoso entre las partes, que su caso de ser autorizado por el Comité o la Sala, pondrá fin al procedimiento. En caso contrario, éste se seguirá conforme a un modelo contradictorio, en el que se garantiza la igualdad de las partes en el proceso, y que terminará mediante sentencia. Tanto a sentencia como el proceso serán públicos.

Las sentencias expresan el sentir mayoritario del Comité o la Sala y a las mismas se podrán unir, en su caso, las opiniones separadas de los jueces que disientan. Las sentencias de las Salas son obligatorias para las partes, pero no son definitivas, ya que las sentencias dictadas por una Sala podrán ser recurridas en el plazo de tres meses ante la Gran Sala, con carácter excepcional, cuando en el asunto se plantee «una cuestión

grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general». En caso de ser admitido el recurso, la Gran Sala se pronunciará de nuevo sobre el fondo del asunto mediante una sentencia que será ya definitiva y no se substanciarán otros recursos que los extraordinarios de revisión e interpretación.

El contenido de las sentencias se referirá a la declaración de si el Estado demandado ha cometido o no una violación de alguno de los derechos protegidos por el Convenio o sus Protocolos adicionales. El carácter obligatorio de la sentencia exige del Estado condenado que adopte todas las medidas necesarias en su ordenamiento interno para dar cumplimiento a la sentencia y para proceder a la restitución del derecho violado. Sin embargo, el Convenio contempla igualmente el tema de la reparación equitativa, por el cual, el TEDH podrá conceder al particular una «*satisfacción equitativa*» en aquellos casos en que «el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación¹¹³».

La competencia consultiva del TEDH, se refiere a *cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos*, siempre que las mismas no pudieran ser resueltas a través de un recurso que podría ser introducido válidamente ante el propio Tribunal, o sobre las que pudiera conocer el Comité de Ministros. La solicitud de una opinión consultiva únicamente puede ser formulada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que tomará la decisión por mayoría. El TEDH podrá pronunciarse sobre su propia competencia y, en su caso, rechazar la consulta. La opinión consultiva debe estar motivada y es adoptada por mayoría, de tal manera que los jueces disidentes, en todo o en parte, podrán unir a la misma su opinión separada.

3.3.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), fue creada por la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969; su mandato es pronunciarse sobre los derechos humanos protegidos en la Convención o en el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales (educación, huelga y derechos sindicales). No ejerce dicha función con carácter exclusivo, ya que la comparte con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹¹³ Sería una especie de cumplimiento sustituto, como el que contempla la legislación mexicana en materia de amparo.

Su composición, competencias y reglas de funcionamiento se rigen por lo dispuesto en la Convención Interamericana (arts. 52 a 73), en su Estatuto, aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1979, y en su Reglamento, actualmente en vigor, aprobado en noviembre de 2009¹¹⁴.

La Corte tiene su sede en San José de Costa Rica y para el desempeño de sus funciones tiene con el soporte de la OEA, que asume todos los gastos derivados de sus actividades.

La Corte está compuesta por siete jueces¹¹⁵, elegidos por mayoría absoluta de los Estados partes en la Convención reunidos en el seno de la Asamblea General de la OEA. Los candidatos deberán ser personas de alta moralidad, conocimientos en materia de derechos humanos y que reúnan las condiciones exigidas para desempeñar la más alta magistratura conforme a la legislación del país del que son nacionales que los propone. Son elegidos por un período de seis años y pueden ser reelegidos por una sola vez. El Tribunal se renueva por mitades cada tres años, y en caso de que un juez deje de verificar sus funciones antes del término de su mandato será sustituido por un nuevo juez, elegido en la misma forma, que tan sólo desempeñará funciones por el período de tiempo que no haya agotado su antecesor. El Pacto de San José contempla igualmente la posibilidad de nombrar un juez *ad hoc*, para el caso de que la Corte tenga estudiar un asunto que afecte a un Estado que en ese momento no cuente con un nacional entre los jueces electos. La designación del juez *ad hoc* se hará a instancia del Estado interesado y ejercerá sus funciones únicamente en dicho asunto, lo que no le impide que goce del mismo estatuto que los jueces electos durante dicho período.

Los jueces no actúan en su mandato de manera exclusiva, pudiéndolo compatibilizar con cualquier otra actividad que no afecte a su independencia e imparcialidad. En todo caso, desde el momento de su elección y hasta la expiración de su mandato gozan de los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho Internacional a los agentes diplomáticos.

La Corte elige a su Presidente y a su Vicepresidente, así como a su Secretario. Dado que la Corte tan sólo sesiona en ciertos períodos del año, la continuidad de sus

¹¹⁴ Véase: Margaroli, Josefina; Maculan, Sergio L. *Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Cathedra jurídica, Buenos Aires, 2011.

¹¹⁵ Al día de hoy, se integra con: 1. Diego García-Sayán (Perú), Presidente; 2. Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica), Vicepresidente; 3. Alberto Pérez Pérez (Uruguay); 4. Eduardo Vio Grossi (Chile); 5. Roberto de Figueiredo Caldas (Brasil); 6. Humberto Sierra Porto (Colombia); y 7. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México).

trabajos es garantizada por el Presidente y el Secretario, que son apoyados por la Secretaría de la Corte.

Al igual que el Tribunal Europeo, la CIDH puede ejercer su competencia tanto en vía contenciosa como en vía consultiva. Sin embargo, la manera en que la Corte desempeña ambas funciones se diferencia sensiblemente de la forma en que lo hace el Tribunal de Estrasburgo.

Por lo que se refiere a su competencia contenciosa, ha de destacarse que la misma no es automática y primaria. Así, tan sólo puede someterse a la Corte un asunto que haya sido previamente estudiado por la Comisión Interamericana, constituyendo esta fase previa un requisito de admisibilidad ineludible. Y, en segundo lugar, la Corte tan sólo podrá ejercer su jurisdicción cuando el Estado demandado haya formulado previamente la declaración de reconocimiento de la competencia de la Corte prevista en el art. 62 del Pacto de San José, lo que hasta la fecha han hecho veintiún Estados. Dicho número se reducirá a veinte a partir del momento en que produzca efectos la denuncia del Pacto de San José realizada por Venezuela en octubre de 2012¹¹⁶.

La demanda ha de reunir los mismos requisitos para su admisión en relación con la denuncia ante la Comisión Interamericana, y tan sólo puede llevarse por un Estado parte o por la propia Comisión. En todo caso, el individuo no puede presentar una demanda ante la Corte, lo que no impide que —de conformidad con el Reglamento de la CIDH— se permita al denunciante original o a la víctima enunciar alegaciones autónomas en el proceso.

Tras la declaración de admisibilidad de la demanda, la Corte desarrolla un proceso contradictorio en el que intervienen el Estado demandado, la Comisión y —en su caso— la víctima o el denunciante. A lo largo del mismo los interesados pueden comunicar a la CIDH que han alcanzado un acuerdo amistoso, en cuyo caso se cancelará el asunto. En caso contrario, la Corte dictará una sentencia en la que se pronunciará sobre la violación del Convenio y en la que, además, podrá reconocer a la víctima el derecho a una indemnización compensatoria. Las sentencias son definitivas y obligatorias para los

¹¹⁶ El gobierno de Venezuela presentó el 6 de septiembre de 2012 al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) un instrumento de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Una vez que la denuncia de la Convención entre en vigor en el plazo de un año, Venezuela, como Estado miembro de la OEA, seguirá sujeto a la jurisdicción de la Comisión y a las obligaciones que le imponen la Carta de la OEA y la Declaración Americana, suscritas por dicho Estado 1948. Asimismo, cualquier caso de violación a los derechos humanos ocurrido hasta la fecha de entrada en vigencia de la denuncia podrá ser conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), de acuerdo al artículo 78.2 de la Convención Americana. Véase: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp>. Recuperado el 22 de marzo de 2013.

Estados afectados, que habrán de adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las mismas en sus respectivos ordenamientos internos, para lo que gozan de un amplio margen de discrecionalidad al carecer las sentencias de fuerza ejecutiva. Esta regla se exceptúa, sin embargo, en el caso de las sentencias que otorgan una indemnización compensatoria, que tienen fuerza ejecutiva y cuya ejecución forzosa puede ser exigida ante los tribunales internos del Estado afectado a través de los procedimientos ordinarios previstos en sus respectivos sistemas.

La Corte dispone igualmente de una competencia consultiva que se define en términos muy amplios, ya que permite interpretar no sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, así puede pronunciarse sobre la compatibilidad de cualquier norma interna de un Estado con las obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.4. Los Tribunales Penales Internacionales

Esta especie de tribunales, surgen motivados por el afán de abatir la impunidad contra los mayores atentados contra los derechos humanos, que son asimismo, los bienes jurídicos tutelados de los crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y otros que dan sustento a este tipo de instancias, en las que el clásico *ius puniendi* estatal, se transforma en una *obligatio punire*, dada la obligación que asume la comunidad internacional en la represión de tales conductas macrocriminales.

3.4.1. La Corte Penal Internacional (CPI).

La Corte Penal Internacional (CPI) ha sido creada por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 y en vigor desde el 1 de julio de 2002; es la primera jurisdicción internacional de carácter permanente con competencia para juzgar a individuos por la comisión de los denominados «*crímenes de trascendencia internacional*», que implican graves violaciones de valores esenciales de la Comunidad Internacional.

Se rige por lo previsto en el Estatuto de Roma, en las Reglas de Procedimiento y Prueba y en los Elementos de los Crímenes, ambos aprobados por la Asamblea de Estados Partes en 2002, y por el Reglamento elaborado por la propia Corte y en vigor desde el 26 de mayo de 2004. Para garantizar la independencia de su actividad, la Corte

se beneficia del Acuerdo sobre privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional, adoptado en 2002 y que entró en vigor el 22 de julio de 2004¹¹⁷.

Son órganos de la CPI la Presidencia, las Secciones judiciales (cuestiones preliminares, primera instancia y apelaciones), la Fiscalía y la Secretaría (art. 34 del Estatuto).

Por lo que se refiere a su competencia material, la CPI puede enjuiciar los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (tanto en el marco de conflictos armados internacionales como de conflictos armados internos), así como el crimen de agresión. Las tres primeras categorías de crímenes han sido tipificadas en los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto y desarrolladas en el documento denominado Elementos de los crímenes. La competencia de la Corte se extiende a todos y cada uno de los crímenes contenidos en los mencionados artículos, y no puede ser modificada de forma permanente por los Estados partes, con la única excepción de los crímenes de guerra respecto de los cuales un Estado parte podrá suspender la competencia de la Corte durante los primeros siete años desde la entrada en vigor del Estatuto para dicho Estado. Esta potestad de suspensión debe ser ejercida por escrito y hasta la fecha tan sólo han hecho uso de la misma Francia y Colombia, no resultando ya aplicable en la actualidad dicha suspensión para ninguno de estos dos países. El crimen de agresión, por su parte, tan sólo fue mencionado en el Estatuto de Roma, que —sin embargo— no incluyó la definición del mismo. Dicho crimen ha sido tipificado finalmente en la Conferencia de Revisión que se celebró en Kampala en 2010, tras un largo proceso negociador que ha tenido lugar desde 1999. Ello abre la posibilidad de que la CPI pueda enjuiciar igualmente actos constitutivos del crimen de agresión. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la Corte sólo será competente respecto de los crímenes de agresión verificados en el territorio y por los nacionales de un Estado que haya ratificado las enmiendas correspondientes y que no formulen una declaración unilateral de exclusión de la competencia de la Corte respecto de dicho crimen.

En consecuencia, se puede dar la circunstancia de que la Corte sea competente para juzgar los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra que sean cometidos en el territorio o por los nacionales de un Estado y, sin embargo, no lo sea para juzgar el crimen de agresión acontecido en el mismo territorio o por las mismas personas, lo que —de

¹¹⁷ Véase: Rivero Evia, Jorge. *El acceso de las víctimas del delito a la justicia de la Corte Penal Internacional*. Porrúa, México, 2012.

alguna manera— representa una quiebra del principio de unidad y automaticidad de la competencia de la C.P.I. originalmente contenido en el Estatuto de Roma.

Desde la perspectiva de la competencia subjetiva, la Corte puede enjuiciar a cualquier individuo mayor de dieciocho años, sin exclusión alguna por la posición o cargo que éste pueda ocupar en el sistema jurídico-político del Estado o en algunos de sus órganos. Por último, desde la perspectiva de la competencia temporal ha de destacarse que la Corte sólo podrá conocer de hechos que se hayan producido con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto.

Con carácter general la Corte tiene competencia automática para enjuiciar todos los crímenes que hayan sido cometidos en el territorio o por nacionales de cualquier Estado que haya ratificado el Estatuto, sin que sea imperativo que concurra ninguna declaración ulterior de atribución de competencia. Igualmente, podrá juzgar aquellos casos en que el Consejo de Seguridad, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta, remita una situación a la Corte, en cuyo caso ésta será competente incluso a falta de ratificación del Estado interesado. Ello ha sucedido hasta la actualidad en dos ocasiones, en tratándose de las situaciones de Darfur (Sudán) y Libia.

3.2.2. Los Tribunales Penales *ad hoc*.

Aunque la Corte Penal Internacional es la primera jurisdicción internacional penal permanente, su creación cuenta con el antecedente de los Tribunales Penales Internacionales generados en el seno del Consejo de Seguridad en la década de 1990 en relación con los hechos acaecidos en la exYugoslavia [Res. 808 (1993), de 22 de febrero, y Res. 827 (1993), de 25 de mayo] y en Ruanda [Res. 955 (1994), de 8 de noviembre]. En ambos casos, su existencia se motivó por razones de extrema urgencia, estrechamente vinculada con la represión de los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio que sucedieron en el territorio de los Estados arriba mencionados o en conexión con un conflicto producido en el mismo (caso de Ruanda)¹¹⁸.

Los citados Tribunales presentan algunas características comunes que permiten su estudio conjunto. Así, en primer lugar, ha de destacarse que se originaron por aplicación del Capítulo VII de la Carta de la ONU, lo que excluye la obtención del consentimiento previo de los Estados afectados para atribuir competencia a tales

¹¹⁸ Véase: Del Carpio Delgado, Juana. *Las víctimas del delito ante los tribunales penales internacionales ad hoc*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

jurisdicciones, dejando por tanto de lado las reglas generales atinentes al arreglo judicial de controversias. Ello se justifica por razón de la especial gravedad de las situaciones sobre las que se proyecta la competencia de ambos Tribunales y su calificación por el Consejo de Seguridad como situaciones que ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales. En segundo lugar, se trata de jurisdicciones *ad hoc*, establecidas exclusivamente para juzgar ciertos crímenes cometidos en una determinada situación, de modo que están llamadas a desaparecer una vez que hayan cumplido definitivamente su mandato. En tercer lugar, se trata de jurisdicciones nacidas *ex postfacto* lo que —sin duda— ha condicionado el alcance de su competencia (material, subjetiva y temporal), y ha favorecido la aparición de críticas sobre su legitimidad.

Y, por último, se configuran como órganos subsidiarios, aunque autónomos funcionalmente, del Consejo de Seguridad lo que ha tenido influencia sobre su composición, bastando con destacar al respecto que, si bien se trata de tribunales claramente diferenciados, comparten un mismo modelo estructural y organizativo e, incluso, tienen en común algún órgano al que luego se hará referencia.

5. El sistema jurisdiccional de la Unión Europea.

El sistema jurisdiccional de la Unión Europea es un ejemplo de organización y funcionamiento de una jurisdicción supranacional. De la misma forma que acontece con los tribunales precitados, se trata de una jurisdicción especializada, generada en el seno de la Unión Europea (en su día, Comunidades Europeas), con la finalidad de garantizar el respeto del Derecho en este subsistema jurídico. Su vinculación con el proceso de integración europea le confiere unas características especiales que se reflejan tanto en su estructura como en sus competencias, que se aproximan más que en otros tribunales internacionales al modelo clásico de las jurisdicciones internas¹¹⁹.

El sistema jurisdiccional de la Unión Europea se concibe en el Tratado de Lisboa en términos unitarios, como institución de la Unión, bajo la denominación de Tribunal de Justicia de la Unión Europea (arts. 15 y 19 TUE).

Este sistema jurisdiccional ha experimentado un importante proceso evolutivo que se traduce, en la progresiva incorporación a su estructura de nuevos tribunales creados para atender a nuevas necesidades nacidas del proceso de integración. Así, junto al Tribunal de Justicia (TJ) creado originariamente por los Tratados de las Comunidades

¹¹⁹ Escobar Hernández, Concepción; *Op. cit.*, página 989.

Europeas, el sistema jurisdiccional comunitario está integrado en la actualidad por el Tribunal General (TG), que había surgido bajo el auspicio del Acta Única Europea, y por la figura genérica de los Tribunales Especializados (TE) que se produjo por el Tratado de Niza y que ha dado lugar en 2004 al Tribunal de la Función Pública.

La composición, competencias y reglas de funcionamiento de los mencionados órganos judiciales se rige por lo previsto en el Tratado de la Unión Europea (art. 19), en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (arts. 251-281) y en los Reglamentos por los que se establezcan los Tribunales especializados.

La *competencia contenciosa* se desgrana de la forma siguiente:

- i) El recurso por incumplimiento estatal de las obligaciones que para un Estado miembro se derivan de los Tratados u otras normas del sistema;
- ii) Los recursos de control de la legalidad de la actuación de las instituciones comunitarias, que contemplan tanto la actuación como la inactividad contraria al ordenamiento comunitario y que se reconducen al recurso de anulación, el recurso por omisión y la excepción de ilegalidad
- iii) El recurso de indemnización por daños causados por el funcionamiento de las instituciones de la Unión;
- iv) El contencioso de funcionarios; y
- v) El contencioso derivado del régimen especial del sistema monetario europeo.

La *competencia prejudicial* se atiende como una técnica de cooperación entre la jurisdicción de la Unión y las jurisdicciones nacionales que permite a estas últimas evacuar una consulta a los órganos judiciales de la Unión sobre la interpretación o validez de una norma del sistema, de tal forma que —con posterioridad— deberán resolver el litigio en sede nacional conforme a la opinión manifestada por los órganos judiciales de la Unión. Aunque esta competencia ha estado tradicionalmente reservada al TJ como intérprete máximo del Derecho de la Unión, en la actualidad el TG goza igualmente de competencia para entender de cuestiones prejudiciales dentro de los límites previstos en el TFUE y en el Estatuto, que, sin embargo, no ha identificado cuáles son las materias en que dicha competencia se podrá ejercer. Por consiguiente, en la práctica la competencia prejudicial sigue estando reservada al Tribunal de Justicia

Por último, el TFUE contempla la posibilidad de que los órganos judiciales ejerzan una *competencia consultiva*, de la que cabe destacar la potestad para pronunciarse con

carácter previo sobre la compatibilidad con el derecho de la Unión de aquellos Tratados que la Unión Europea pretende celebrar con terceros. Se trata de una competencia que corresponde en exclusividad al Tribunal de Justicia

6. La Corte Internacional de Justicia (CIJ).

Seguidamente nos ocuparemos del Tribunal Internacional de Justicia («Corte Internacional de Justicia» según el texto en castellano del Estatuto –CIJ-) y concretamente de su organización, competencias y procedimiento. Sobre su condición de órgano judicial principal de las Naciones Unidas.

El nacimiento de la CIJ está ligado al de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de la cual es el órgano judicial capital. Sus vínculos con las Naciones Unidas hicieron a un lado un Tribunal de Justicia nuevo y distinto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI), que había sido una creación de la fracasada y extinta Sociedad de Naciones.

El nuevo Tribunal se previó por la Conferencia de Dumbarton Oaks (1943), la cual propuso que el Estatuto del futuro Tribunal formara parte integrante de la Carta de la Organización de la ONU.

Un Comité de Juristas, que se reunió en Washington entre los días 9 y 20 de abril de 1945, preparó el Estatuto del futuro Tribunal, tomando como base al del Permanente de Justicia Internacional. Dicho Proyecto de Estatuto se adoptó solamente en la Conferencia de San Francisco el día 6 de junio de 1945.

El nuevo Tribunal, cuyos primeros jueces fueron designados el 5 de febrero de 1946, se reunió por primera vez el día 3 de octubre de 1946. El propio Tribunal, en aplicación del art. 30 de su Estatuto, elaboró su Reglamento que fue aprobado el 6 de mayo de 1946 y que ha sido enmendado en cinco ocasiones; la última modificación entró en vigor el 29 de septiembre de 2005.

La CIJ no sólo es uno de los órganos de mayor jerarquía de las Naciones Unidas sino que tiene las funciones de un órgano colectivo de carácter judicial y de funcionamiento permanente (art. 23 del Estatuto) y diversas competencias de carácter general y otras de carácter especial.

Está compuesto de quince jueces, que forman un cuerpo de magistrados independientes, elegidos “entre personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales

en sus respectivos países o que sean jurisperitos de reconocida competencia en materia de Derecho Internacional” (art. 2 del Estatuto). A estos dos colectivos de procedencia se ha añadido una tercera categoría no prevista en el Estatuto: la de jueces provenientes del mundo diplomático y el funcionariado internacional. La práctica en la elección de los jueces desde 1946 hasta nuestros días muestra que casi la mitad de los jueces han provenido del campo académico, repartiéndose la otra mitad a partes iguales entre el ámbito diplomático y el del ejercicio profesional de actividades jurídicas.

La CIJ cuenta con amplísima jurisprudencia en materia de todo tipo de tratados internacionales, no solamente en materia de derechos humanos, sino en general, en temas relacionados con el derecho internacional¹²⁰.

Tiene competencia contenciosa para lo siguiente:

- + Indicar medidas provisionales cautelares o de resguardo (art. 41 del Estatuto);
- + Conocer y decidir sobre excepciones preliminares y demandas reconventionales, desarrolladas en el reglamento por estar implícitas en el Estatuto (aplicación del art. 30);
- + Admitir o denegar solicitudes y declaraciones de intervención de terceros (arts. 62 y 63);
- + Decidir sobre admisibilidad y fondo de las demandas de interpretación de un fallo (art. 60);
- + Decidir sobre la admisibilidad sobre la demanda de revisión de un fallo;

Además de la competencia contenciosa, la CIJ ejerce su competencia consultiva, es decir, tiene la facultad de emitir dictámenes respecto a cualquier «cuestión jurídica», según el art. 65 del Estatuto. Esta competencia tiene también una base estatutaria.

Finalmente, llaman la atención las llamadas decisiones *ex aequo et bono*, cuyo fundamento está en el artículo 38.2 del Estatuto de la CIJ.

De las tres acepciones principales de la equidad, a saber, como *equity* —de gran abolengo anglosajón—, como medio de interpretación o criterio interpretativo y como una jurisdicción especial, el Estatuto acoge esta última.

La referencia a las decisiones *ex aequo et bono* significa que se ha abierto la posibilidad de crear una verdadera jurisdicción de equidad en el plano internacional, siempre que medie para ello el consentimiento de las partes. Es éste el sentido en que la equidad ha sido acogida por el número 2 del art. 38 del Estatuto del CIJ y por la

¹²⁰ En la siguiente página se puede hallar la jurisprudencia de la CIJ, compilada en interesantes, didácticos y útiles resúmenes: <http://www.dipublico.com.ar/jurisprudencia/internacional/resumenes-de-los-fallos-opiniones-consultivas-y-providencias-de-la-corte-internacional-de-justicia-en-espanol-1948-2013>. Recuperado el 7 de mayo de 2013.

Resolución 2.a del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Luxemburgo de 3 de septiembre de 1937, cuando dice «que el Juez internacional no puede inspirarse en la equidad para dar su sentencia sin estar ligado por el Derecho en vigor, más que si todas las partes dan una autorización clara y expresa a este fin».

7. Balance final.

Si bien cada uno de los diversos sistemas anteriormente expuestos, presentan sus particularidades tanto en su forma de integración como en los instrumentos normativos que les otorgan competencia, así como en la manera en que se ejecutan sus resoluciones, todos y cada uno de ellos pretenden llevar el ideal de la Justicia más allá de las fronteras de las naciones, hacia la consecución de un estatus para el ser humano como un auténtico *ciudadano del mundo*.

Referencias.

- BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Derecho Penal español. Tomo I. El sistema de la parte general. Volumen I. Fundamentos del Derecho Penal español. Las consecuencias jurídico-penales*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2004.
- CARPIO DELGADO (DEL), Juana. *Las víctimas del delito ante los tribunales penales internacionales ad hoc*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- CASADEVALL, Josep. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- CASTRO VILLALOBOS, José Humberto. "Solución de controversias en el Derecho del mar". *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. México, número 29, Año 1999.
- DÍEZ PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Navarra, Thomson Civitas, 2008.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. "Procedimientos de aplicación de normas internacionales (III): Medios de arreglo de carácter jurisdiccional (I); Cuestiones generales y Tribunales especializados". En: Díez de Velasco, Manuel (Editor). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, Tecnos, Decimoctava edición, 2013.
- GUERRERO PENICHE, J. Nicolás. "La opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar a la luz del trato especial y diferenciado para estados en

- desarrollo". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Volumen XII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012.
- GUARIGLIA, Osvaldo, *En camino de una justicia global*, Barcelona, Marcial Pons, 2010.
- Guía del procedimiento judicial ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Hamburgo, Publicación del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, 2007.
- HERDEGUEN, Mathias, *Derecho Internacional Público*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM 2005.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- HITTERS, Juan Carlos. "Derecho Procesal Transnacional y Control Judicial Supranacional". *Anuario Jurídico XV*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1998.
- HÖFFE, Otfried, *Derecho intercultural*, Barcelona, Gedisa, 2008.
- MARGAROLI, Josefina y MACULAN, Sergio L, *Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Cathedra jurídica, 2011.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Derecho Constitucional Internacional*. Madrid, Reus, Colección Clásicos del Derecho, 2008.
- PÉREZ LEÓN, Juan Pablo, "El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2008.
- QUISPE REMÓN, Florabel, *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- RIVERO EVIA, Jorge, *El acceso de las víctimas a la justicia de la Corte Penal Internacional*, México, Porrúa, 2012.
- SOROETA LICERAS, Juan, *La jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (1997-2005)*,. Madrid, Dilex, 2006.
- SERRANO MIGALLÓN, Fernando. "El Capítulo XX. Disposiciones Institucionales y procedimientos para la solución de controversias". En: Witker, Jorge (Coordinador). *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas, Tomo II*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1993.

WERLE, Gerhard, *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

Internet.

Carta de las Naciones Unidas. <http://www.un.org/es/documents/charter/chapter6.shtml>.

Villalta Vizcarra, Ana Elizabeth. La contribución de América al Derecho Internacional. <http://www.oas.org/dil/esp/59-94%20Villalta%20def.pdf>.

Corte Centroamericana de Justicia
www.archivonacional.go.cr/.../corte%20justicia_centroamericana.doc.

Tribunal Internacional del Derecho del Mar <http://www.itlos.org>.

Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia
<http://www.dipublico.com.ar/jurisprudencia/internacional/resumenes-de-los-fallos-opiniones-consultivas-y-providencias-de-la-corte-internacional-de-justicia-en-espanol-1948-2013>.

ANÁLISIS SOBRE LA MANO DE OBRA JUVENIL EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA.

ANALYSIS OF LABOR YOUTH IN THE PROCESS OF ECONOMIC INTEGRATION.

Alma de los Ángeles RÍOS RUIZ.*

RESUMEN. Este trabajo se enfoca al estudio de las diversas etapas de los procesos de integración que surgen de las negociaciones comerciales que los países realizan; todo ello, con la finalidad de ubicar, desde esta perspectiva, la política comercial elegida por nuestro país y desarrollada mediante el establecimiento de las zonas de libre comercio. Así mismo estudiamos la correlación existente entre la política comercial y las políticas laborales que México ha implementado desde la celebración de Tratados o Convenciones Internacionales en materia del trabajo, teniendo como eje principal a los jóvenes, considerando que constituyen la mayor parte de la mano de obra disponible del país.

Palabras clave: Jóvenes, Inclusión, Políticas, Presupuesto, Integración, Económica, Cooperación, Internacional, Zona de Libre Comercio, Acuerdos

ABSTRACT. This paper focuses on the various stages of integration processes arising from trade negotiations between countries, all with the purpose of identify, from this perspective, the trade policy chosen for our country and developed by the establishment of free trade areas. It also studies the correlation between trade and labor policies that Mexico has implemented since the adoption of international treaties and labor conventions, with special focus on the youth, considering that they constitute most of the labor force available in the country.

Keywords: Youth, Inclusion, Policies, Budget, Economic Integration, International Cooperation, Free Trade Zone, Agreements

* Doctora en Derecho, Profesora de Tiempo Completo (C) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT) Nivel I.

I. Panorama actual de la niñez y juventud en el contexto internacional y su inclusión en el diseño de políticas públicas.

México en los últimos sexenios se enfrentó a la migración del narcotráfico boliviano, peruano y colombiano convirtiendo a nuestro país de paso obligatorio de droga, a evolucionar, si se puede llamar, en un territorio productor de narcóticos, productos que encuentran su destino final en Estados Unidos de América. Dicha situación provocó a lo largo del tiempo que las estructuras gubernamentales anteriores y posteriores a la alternancia política acontecida en el año 2000 se tropezaran con una crisis tal, que afectaría el diseño de las políticas públicas en materia de educativa, laboral, sanitaria, entre otras.¹²¹

De acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo propuesto e implementado por Felipe Calderón presidente de la República Mexicana en el periodo sexenal 2006 2012, “seguridad, reforma energética, empleo y educación”, se configuraron como prioridades de su gobierno, prioridades que no tuvieron mayor trascendencia y que no pueden ser mejor explicadas que con nuestra propia realidad.

Este tipo de críticas y análisis nos permiten conjeturar la existencia de millones de niños y jóvenes que no se desarrollarán correctamente desde el punto de vista intelectual debido a carencias alimentarias;

...condicionando su vida cotidiana a la lucha diaria por la elemental sobrevivencia; obligándoles a robar, mendigar, prostituirse, convertirse en vendedores ambulantes, lustra-botas, cuidadores de vehículos y cada día más serán los que deberán dormir en las calles cubiertos por periódicos; estos jóvenes que no son para nada beneficiados con la dudosa estabilidad económica que hasta el día hoy, sigue siendo manifestada por nuestro Banco Central...;¹²²

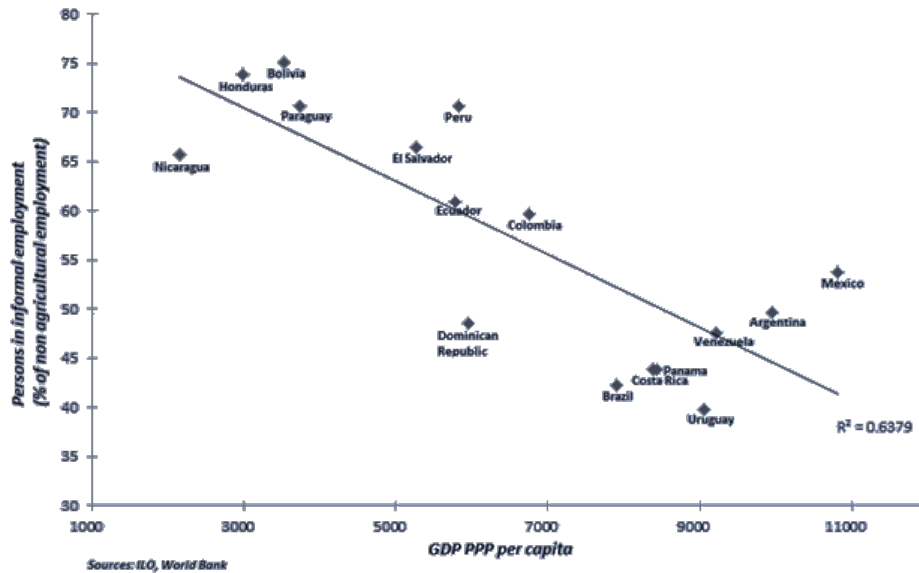
bajo este orden de ideas mostramos la siguiente gráfica que nos ejemplifica la cantidad de personas que dependen de los mercados informales¹²³; y que de acuerdo a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) hay 14.2 millones

¹²¹ Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, “Justicia (Social) para Adolescentes, una alternativa para evitar la criminalidad”, Revista Electrónica *Amicus Curiae* de la Facultad de Derecho UNAM, Año IV, Volumen 4, http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/amicus15/Justicia_social_para_adolescentes.pdf consultado el 19 de diciembre 2012

¹²² Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, *Crítica económica de las políticas públicas en materia de juventud*, artículo en publicación.

¹²³ Información disponible en <http://www.revistahumanum.org/blog/fomentemos-el-sector-informal-si-por-que-no/> consultado el 28 de agosto de 2012

de personas que obtienen su principal fuente de manutención en el mercado informal, mientras que 2.5 millones de personas se encuentran sin empleo.



Dramatizamos esta realidad por dos motivos en particular, el primero de ellos, lo podemos formular con la monopolización de los beneficios comerciales derivados de programas de cooperación industrial de los que México es parte, puesto que las Controladoras, por lo menos en nuestro país, administran de manera restringida las partidas presupuestales, y mucho más la oportunidad de acceder a ellas, puesto que si uno no es parte del gremio, los apoyos no existen.

El segundo motivo que origina la crítica, que de modo general se dirigen a los jóvenes, se encuentra advertido en los procesos de desinformación, derivado que en México el porcentaje que se utiliza del Producto Interno Bruto para el diseño y puesta en marcha de Políticas Públicas incluyentes de jóvenes es casi nulo; por otro lado, corren con la misma suerte, aquellos programas de fomento para la creación, impulso y mantenimiento de pequeñas y medianas empresas.

Si tomamos la experiencia internacional y en concreto la

Revolución del 48 en Costa Rica que procuró el reforzamiento de sus instituciones e incluso la eliminación de su ejército, destinando todo el presupuesto de este rubro a la educación y al sector salud; nos damos cuenta hoy en día de las repercusiones del diseño de las políticas públicas

implementadas con posterioridad a los años 70, las cuales lograron convertir a Costa Rica en una de las naciones con los más altos estándares educativos en el Continente Americano.”¹²⁴

En este sentido, observamos que el “...diseño de políticas públicas...”¹²⁵ eficaces y eficientes significó para Costa Rica la creación de un gobierno políticamente estable, que a la postre sólo tuvo un resultado lógico que es: un gobierno económicamente sólido.

Encontramos que la presencia de los jóvenes en la sociedad, su participación en el juego y en el trabajo e incluso la importancia de su vida es progresiva y nunca estática para cualquier país en el mundo, por lo que, desde 1927 localizamos figuras internacionales que velan por sus intereses como el Instituto interamericano del niño en la Organización de Naciones de Estados Americanos y en 1946 con la creación del Organismo especializado denominado Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

De igual forma, hallamos ordenamientos internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño en 1924, que tienen en común principios que constituyen garantías pasivas como activas que deben ser cumplidas y respetadas por los Estados, así como su interacción con la Familia y la sociedad en general con el único fin de lograr la producción de recursos humanos que ayuden a satisfacer en un futuro cercano las necesidades de la sociedad; “de ahí que los ciudadanos exijan ...de las Administraciones Públicas... flexibilidad y adecuación a las nuevas circunstancias, para cumplir con los objetivos de eficacia y eficiencia en la presentación de servicios públicos... ya que esto representa un agente catalizador invaluable y prueba los niveles de democratización y pluralismo político...”¹²⁶ .

En este sentido manifestamos que a pesar de la insoslayable crisis económica por la que atraviesa el Mundo entero y las reducciones presupuestales a programas que apoyan el desarrollo integral de jóvenes, el paro provocado por dichas circunstancias, debe ser

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ Véase. “... Constituyen el conjunto de intervenciones realizadas por el Estado, las instituciones civiles y los grupos comunitarios organizados, para buscar objetivos de desarrollo práctico y simbólico en las materias que traten, con el fin de satisfacer las expectativas de una población y obtener de ella el consenso, para mantener un tipo de orden o lograr una evolución social” *Cfr.* Sánchez Sandoval, Augusto, Políticas Públicas en la “Sociedad del Riesgo” En Cienfuegos Salgado, David y López Olvera Miguel Alejandro (Coords.) *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2005 t.I, p.351; Bajo este orden de ideas debemos entender que las políticas públicas se traducen en la toma de decisiones que modificaran la conducta atemporal de una sociedad, en la cual el decisor estimulara o restringirá de acuerdo al acceso tecnológico que ostente, su marco axiológico y la intervención de la sociedad civil, el nivel de interacción y desarrollo de la misma, obteniendo así la legitimidad que todo gobierno necesita. Convirtiendo a nuestro objeto de estudio en un proceso dialectico de análisis creativo y de ejecución.

¹²⁶ Sheffer Tuñón, Javier Ernesto, *Derecho Administrativo y Derecho Constitucional*. Praxis y Orden, Cultural, Panamá, Portobelo, Segunda edición 2010, p.57.

superado y subsanado con una nueva política multidisciplinaria que atienda a las necesidades de estos.

Bajo este orden de ideas, hablamos de una política pública de inclusión de los jóvenes en las políticas de desarrollo que no han tenido alguna merma en su presupuesto, por ser consideradas por los gobiernos, como prioritarias para el desarrollo económico, político, y social del mismo.

Hasta el momento nuestros esfuerzos se han enfocado en el análisis de situaciones individuales; pero ¿qué es lo que pasa cuando las políticas exteriores y las políticas comerciales de nuestros gobiernos se reajustan y confluyen para minimizar costos de producción, reducir administrativamente los obstáculos técnicos al comercio, permitiendo así el libre flujo de mercancías?, siguiendo esta línea de investigación analicemos los procesos de integración (el sueño bolivariano de unir a toda América para formar un solo Estado) y su impacto en el desarrollo de políticas públicas dirigidas de inclusión de la mano de obra juvenil.

II. Concepto de integración económica.

El vocablo integración en su más sencilla acepción implica una unión que puede presentarse en diversos escenarios, sea el social, cultural o económico. En las últimas dos décadas la integración económica ha tenido una evolución y recepción distinta en cada país.

La voz integración *integratio onis* puede analizarse desde varias perspectivas: la más simple como la unión de un todo o de varios elementos que pasan a formar parte de un total; sin embargo, cabría preguntarse ¿cuáles son esos elementos que se unen o se reúnen, es decir, ya existían como un todo pero disperso o son varias partes con afinidades que pueden llegar a ser una unidad?

En una exploración histórica para localizar el momento en que el término se incorporó al lenguaje oficial encontramos que fue en 1948 cuando en discursos y documentos de líderes norteamericanos y europeos se utilizó tal semántica; sin embargo, el primero en usarlo fue el estadounidense Hoffmann, a partir de entonces más de un doctrinario, abogado, sociólogo, economista, psicólogo, entre otros, se ha abocado a la tarea de conceptualizar la integración económica.¹²⁷ En el plano internacional se ubica a mediados

¹²⁷ Fritz Malchup, *A History of Thought on Economic Integration*, citado por Guerra Borges, Alfredo, *La Integración de América Latina y el Caribe*, Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM, México, 1997, pp. 85-87.

del siglo XX como resultado de la competencia entre los países, además de buscarse la coordinación entre ellos.

La integración económica como un ideal se asocia inmediatamente con el sueño bolivariano de unir toda América Latina en un solo continente sin barreras económicas que restrinjan el libre flujo de mercancías, servicios y capitales. La integración según el modelo del GATT¹²⁸ va en función de liberar de forma gradual los aranceles y tarifas que coartan la circulación de las mercancías para poder alcanzar una zona de libre comercio, en la Unión Europea¹²⁹ sus objetivos no se restringen a la instauración de una zona de libre comercio, preferencias arancelarias y uniones aduaneras, sino busca una unificación de políticas internas y externas, así como la planificación en un espacio de integración.

El argentino Bela Balassa¹³⁰ concibe a la integración económica como un proceso que representa diversas medidas tendientes a suprimir la discriminación entre unidades económicas de diferentes naciones, la postura encierra un contenido social muy marcado, el cual busca una igualdad entre unidades económicas cuya característica principal es la ausencia de discriminación en el sector económico primordialmente.

En una línea semejante se encuentra Gunnar Myrdal,¹³¹ quien considera que muchas de las políticas requeridas para alcanzar una mayor integración económica han limitado las fuerzas del mercado, razón por la cual no se puede definir la integración económica en términos de economía clásica de libre cambio, donde la integración económica internacional sea la realización del ideal de igualdad de oportunidades en las relaciones de los pueblos de diferentes naciones. Este autor establece que si se va hablar de integración económica es porque realmente se pretende buscar una igualdad, que no hay que titubear sobre este aspecto, pues de lo contrario se estará muy lejos de la meta integracionista.

Villagrán Kramer¹³² manifiesta que la integración no implica necesariamente la formación de una unidad en sentido estricto, ya que desde el punto de vista económico, se puede dar el caso de un proceso que se limite a liberar el comercio entre un grupo de países, suprimiendo las tereras arancelarias existentes entre sus componentes.

¹²⁸ Acuerdo General de Aranceles y Tarifas (GATT), su acta constitutiva fue firmada en la Habana, Cuba en 1947, aun cuando se identifica como Gatt del 48 es por su fecha de entrada en vigor más no por ser éste el año de su creación.

¹²⁹ Comunidad Europea, Surge en 1969 como la Asociación del Carbón y el Acero, actualmente se integra por 15 países.

¹³⁰ Balassa, Bela, *Teoría de la Integración Económica*, Unión Tipográfica Editorial, México, 1980, p.1.

¹³¹ Cfr. Myrdal Gunnar, *Solidaridad o Desintegración*, 3ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1996. P.7.

¹³² Cfr. Villagrán Kramer, Francisco, *Teoría General del Derecho de Integración Económica*, Universitaria Centroamericana Colección Integración, San José Costa Rica, 1069, pp. 44-45.

Existe un resquebrajamiento conceptual entre quienes ven a la Integración en términos de hechos económicos, es decir, como la hechura de toda una cosa con base en sus partes, por otro lado, la ven como un acto o proceso político, proceso donde las partes actúen como si fueran un todo, es decir, estos últimos piensan en términos de armonizar las políticas de las economías nacionales para lograr una unidad a futuro y los primeros regulan lo fáctico...¹³³

Tamames¹³⁴ la ubica como un proceso en el cual dos o más mercados nacionales previamente separados y de dimensiones unitarias estimadas poco adecuadas se unen para formar un solo mercado de una dimensión idónea. En esta concepción se tiene una condicionante de la integración económica, que es la existencia de mercados Independientes con miras a formar uno solo. Así, se le concibe como un proceso en el cual dos o más naciones participan en la construcción de un espacio económico común pero no único, este proceso lleva una trayectoria en el tiempo, es decir, es resultado de una experiencia histórica de mercado con repercusiones y manifestaciones políticas, sociales y culturales. La integración descansa en un proceso dual con una dimensión real de mercado y otra forma jurídico-institucional ambos procesos tienen una dinámica propia y se influyen mutuamente.¹³⁵

La integración económica debe pasar por tres etapas diferentes: la cooperación, la coordinación y la integración plena.

La cooperación es el acuerdo a que llegan dos o más países para abordar en forma conjunta problemas determinados, coyunturales o de más largo plazo, sin que por ello adquieran el compromiso de interconectar sus economías ni de crear correlativamente una estructura institucional, que se haga cargo de los asuntos derivados de esa interconexión.¹³⁶

¹³³ Cfr. Harry G. Johnson, *Tecnología e Interdependencia Económica*, El Manual Moderno, México, 1978, p. 199.

¹³⁴ Cfr. Tamames Gómez, Ramón, *Mercado Común Europeo, Comunidad Económica Europea*, 6ª ed., Alianza, Madrid 1980, p. 170.

¹³⁵ A su vez el proceso de formación tiene ciertas implicaciones como son el desvanecimiento de obstáculos para establecer un espacio económico común, esta liberación va acompañada de restricciones tendientes a evitar distorsiones o desequilibrios potenciales al formarse ese espacio económico común, los aspectos liberalizadores se establecen para el espacio interno constituido, mientras que las restricciones se pueden plantear tanto para ese ámbito como frente a las relaciones con terceros países. González Martínez, Carlos, "Los senderos de la integración: experiencias de México y España", *Revista de Comercio Exterior*, volumen 45, núm. 2, febrero de 1995, p. 107.

¹³⁶ Guerra, *Op. cit.*, p. 93.

Serra¹³⁷ considera que concurren diversos niveles de cooperación entre los países, el primero se refiere a los mecanismos de consulta, los cuales permiten articular posiciones comunes en foros internacionales, el segundo son los procesos de armonización de políticas financieras, fiscales, de inversión, entre otras, en tercer nivel se ubica la coordinación de éstas.

La coordinación va a tratar de reducir las barreras a las transacciones económicas para darle una mayor flexibilidad a éstas, a diferencia de la cooperación que se presenta para combatir cualquier tipo de problema entre los países, sin que implique acciones pasivas o activas de hacer, es decir, es opcional, no así la cooperación donde vive un compromiso. La integración persigue la supresión absoluta de las barreras del mercado, pues su finalidad es crear un mercado único, la diferencia entre estas dos acepciones tiene un carácter tanto cualitativo como cuantitativo diferente, pues mientras la cooperación involucra acciones propensas a disminuir la discriminación, el proceso de integración económica implica medidas encaminadas a suprimir algunas formas de discriminación.¹³⁸

Por su parte, la cooperación es posible entre países que tienen distintos sistemas monetarios, fiscales, de seguridad social, la integración plena sólo es factible cuando se ha llegado a la unificación o al menos a una armonización muy profunda del marco institucional de la economía.¹³⁹

En el marco de referencia, la cooperación sólo reduce o intenta reducir los obstáculos; sin embargo, la integración anula o intenta anular los obstáculos que van encontrando ya sea en el campo económico, social) cultural, etc., el rasgo más distintivo es la ausencia de un compromiso entre los países para avanzar hacia una integración. Pues para que una integración tenga éxito debe pasar por dos etapas previas como son la cooperación en áreas problemáticas comunes, la coordinación para lograr un mejor resultado y por último la integración, la cual no es más que la perfección de las dos etapas anteriores.

La interdependencia se descubre ligada con la cooperación, coordinación e integración, pues no es posible concebir el hecho de que el mundo actualmente se halla aislado en el crecimiento de las relaciones internacionales del que hemos sido testigos, esto demuestra cómo los países cada día son menos independientes, pues los asuntos relevantes para la humanidad no pueden enfrentarse en forma aislada, un ejemplo de ellos es el sistema financiero, la crisis petrolera, los intentos de pacificación, entre otros.

137 Serra, Pablo, "Integración Regional", *Revista Integración latinoamericana*, núm. 202, julio de 1994, año 19, p. 8.

138 Ballasa, *Op. cit.*, p.2.

139 *Cfr. Tamammes, Op. Cit.*, pp. 60-61.

El concepto de integración económica ha evolucionado resquebrajando el ideal bolivariano de amalgamar naciones de común identidad para formar una unidad política, hasta quedar en un proceso tendiente a la integración de mercados, donde sólo queda un espectro de ese ideal que reclama lo siguiente: si bien no se puede eliminar la discriminación, sí disminuirla de tal forma que se pueda tener por lo menos un mejor nivel de vida de la humanidad.

III. Clases de integración.

Se ha delimitado la integración al área económica, dentro de ésta se delimitan dos tipos o subtipos que se mezclan con el concepto analizado, por tanto, se presenta la siguiente clasificación:

1. **Integración del desarrollo.** Involucra fundamentalmente la formulación y la ejecución de una política regional de inversiones en sectores y actividades estratégicas, en las principales industrias de base, la agricultura y la producción de alimentos, en la infraestructura de interconexión y en las regiones fronterizas. En torno a estos núcleos estratégicos, verdaderas columnas vertebrales de la integración se irán formando.¹⁴⁰ Esta clase de integración va dirigida a aquellas áreas básicas del crecimiento con la finalidad de elevar el nivel de vida de sus participantes.
2. **Integración económica.** En ella entran en juego aspectos: comerciales, industriales, agrícolas, aduaneros, tributarios, de planificación, proyección, entre otros.¹⁴¹
3. **Si Integración estática.** También se denomina de evolución lenta, se concreta en la rebaja de aranceles de aduana y en las medidas de estímulo a la complementación, pero sin dedicar mayor atención a la alteración de las estructuras económicas-sociales existentes.¹⁴² Esta integración es evolutiva, va dejando bases sólidas, lo cual incita que sea lento el avance, esta integración se puede ubicar dentro de la primera mitad del siglo XX.

¹⁴⁰ Banco Interamericano de Desarrollo, *Factores para la Integración Latinoamericana*, Fondo de Cultura Económica, México, 1966, pp. 15-16.

¹⁴¹ Morales, Magdalena, "La Integración Regional una aproximación de análisis", *Revista Bases Jurídicas para la democracia, el Desarrollo y la Justicia Social en Centroamérica*, Instituto de Estudios Jurídicos del Salvador, San Salvador, El Salvador, septiembre, 1994, p. 132.

¹⁴² *Ibidem*, p. 24.

4. **Integración dinámica.** el proceso de integración sea concurrente con la transformación de las estructuras vigentes en cada país que limitan el proceso de desarrollo, se busca una economía y una sociedad de alcance regional.¹⁴³ A diferencia de la evolutiva, la dinámica, como su nombre lo indica, se desarrolla vertiginosamente a la par de la economía internacional, este tipo de integración se puede ubicar perfectamente a mediados de la década de los ochenta con su mayor auge en los noventa, ambos del siglo XX.
5. **Integración negativa.** Esta modalidad de integración es contraria a aquella que entraña políticas positivas como son la armonización o unificación de políticas. Es decir, trae consigo un desequilibrio en la economía,
6. **Integración formal.** Es la manifestación de los deseos de integración plasmada en estatutos, acuerdos o tratados de cooperación o integración.
7. **Integración real.** Mide el grado de interdependencia y coordinación alcanzado por las economías de los países.¹⁴⁴

Las dos últimas clases de integración están íntimamente relacionadas, la integración real se representa por acuerdos de cooperación, además, debe recordarse que la cooperación no implica obligaciones, es una forma conjunta de enfrentar problemas comunes sin necesidad de adquirir el compromiso de interconectar economías. El intercambio comercial (de bienes, servicios, capitales y mercancías) y financiero entre los países desemboca en una integración formal. Luego entonces se puede concluir que la integración real es la antesala de la integración formal.

8. **Integración reactiva.** Plantea la eliminación de los obstáculos al comercio y las restricciones a la libre circulación de los servicios y factores de la producción.¹⁴⁵
9. **Integración activa.** Se propone establecer políticas comunes y coordinar las políticas nacionales, esta integración se subdivide en integración ampliada e integración restringida.
 - a) La integración ampliada remite a la creación de políticas comunes asociadas con la formación de instituciones supranacionales, en las que los países miembros delegan la capacidad de gobierno sobre determinados intercambios sectoriales o globales, en este tipo (le integración los estados ceden soberanía a favor de instituciones creadas.

¹⁴³ *Idem.*

¹⁴⁴ Serra, *Op. cit.* P. 17.

¹⁴⁵ González Martínez, Carlos, *Op. cit.*, pp.107-108.

- b) La integración restringida se realiza mediante la aproximación sucesiva de las políticas y las legislaciones nacionales, con el fin de alentar el proceso integracionista en general, este tipo de integración procura la cooperación internacional a partir de las distintas soberanías participantes, con miras a la convergencia en un orden jurídico compartido.¹⁴⁶

Las experiencias de la integración económica se consideran como procesos dinámicos constituidos por una dimensión real y otra formal, como implicaciones y procedimientos de liberalización y restricción no excluyentes, sino complementarios, permitiendo nuevas formas de integración proactiva en la cesión de soberanía (integración ampliada) y la coordinación de políticas soberanas (integración restringida).¹⁴⁷

La integración real y formal se complementan de manera similar a la reactiva y la proactiva, siendo la primera de éstas la antesala de la segunda; sin embargo, una no desemboca en la otra, eso dependerá de los objetivos que se fije cada proceso integracionista. La dimensión real implica la oferta y demanda del mercado, es decir, son las carestías que va a tratar de satisfacer el proceso integracionista.

La integración reactiva y proactiva son de índole formalista, esta última a su vez se subdivide en ampliada y restringida, la diferencia fundamental que existe entre ambas es la cesión de soberanía, en la primera es completa hacia las instituciones supranacionales, mientras que en la segunda se tiene más que una cesión, es una cooperación con miras a llegar a una convergencia en los ordenamientos jurídicos, no así en otras áreas como son la política, cultural, financiera, monetaria, entre otras.

10. **Integración jurídica.** Tiene como objeto armonizar las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los países.¹⁴⁸ Esta integración se plasma en los marcos normativos de los miembros negociadores, es decir, no es otra cosa que la incorporación a los cuerpos normativos de la misma.

La clasificación en cualquiera de las formas que se presente, sea la real, formal, reactiva y proactiva en sus dos modalidades restringida y ampliada, puede tenerla cualquier país en la actualidad; sin embargo, la del desarrollo y la estática se pueden englobar en la formal reactiva, y la negativa se ostenta como real o formal

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ *Ibidem.* P. 108.

¹⁴⁸ Morales, *op. cit.*, p. 132.

obedeciendo su origen; y finalmente la jurídica se exterioriza en la formal y su matiz será reactivo o proactivo acatando el alcance que le den sus actores.

IV. Etapas de la integración económica.

La integración económica¹⁴⁹ es un proceso constante que armoniza lo económico, social, político; surgiendo una interdependencia entre países o sectores económicos, formalizado en instituciones creadas para coordinar políticas e instrumentos de desarrollo que permitan mejorar el nivel de vida de sus miembros.

Los procesos de integración persiguen la creación de espacios económicos y geográficos más amplios que los nacionales mediante el acceso asegurado a los mercados de bienes finales e intermedios de factores de producción y tecnología de los países participantes en un acuerdo de esta naturaleza.¹⁵⁰

Dicho proceso por las características que va desplegando se puede encuadrar en etapas o niveles de integración como son: la zona fronteriza, zona de comercio preferencial, zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica y unión política o total.

4.1 Zona fronteriza.

La zona fronteriza, como tal, no es considerada como una etapa de integración propiamente, sino más bien, como un fenómeno integracionista que surge en algunas fronteras, ésta se formaliza con acuerdos de cooperación a nivel estatal, es decir, entre los estados fronterizos.

La finalidad es facilitar las relaciones entre los mismos, enfocándose al tránsito de personas, mercancías e incluso bienes, lo cual no implica que exista una liberación total, sino más bien de tipo parcial, pues la circulación de las personas no debe ser con fines

¹⁴⁹ La integración concebida como proceso presenta las siguientes características por el objeto formal que se propone, se encuentran las etapas de integración. Las responsabilidades asignadas al estado y a los demás agentes privados en el funcionamiento de la economía. Se ubican en economías liberales o de *laissez-faire*, en las cuales éste es un mero responsable subsidiario, ya que las decisiones se encuentran en los agentes privados del mercado; economías mixtas donde el estado y los agentes privados son responsables; éste no sólo revisa sino también interviene directamente a diferencia de la economía liberal; por último las economías del socialismo real donde el actor principal, el eje del funcionamiento de la economía es el Estado. El grado de desarrollo económico de los países participantes, es decir, la ancestral clasificación de los países desarrollados y los países subdesarrollados. Por la mayor o menor correspondencia en el grado de desarrollo industrial y estructural económicas de los países participantes, esto dependerá del grado de homogeneidad o heterogeneidad industrial que exista entre los países. *Cfr.* Salgado, Germánico, "Modelo y Políticas de Integración", *Revista Estudios Internacionales*, año XXVIII, núm. 109, Chile, enero-marzo, 1995, pp. 11-12.

¹⁵⁰ Gana, Eduardo, "Cooperación Macroeconómica en América Latina: Coordinación, Convergencia y Armonización de Políticas", *Revista Integración Latinoamérica*, Buenos Aires, Argentina, agosto-septiembre, 1994, p. 3.

laborales ya que el libre tránsito tiene esa condicionante, por lo que respecta a los otros apartados tienen un límite en cuanto al monto del bien o mercancía.

Para gozar, de las prerrogativas es necesario tener el "status" de ciudadano residente, es decir, contar con la llamada "mica" o pase: fronterizo. Por tanto, los beneficios de las zonas fronterizas son limitativos y condicionados no sólo cuantitativa y cualitativamente sino también geográficamente, puesto que no se aplican a todo el estado fronterizo sino sólo a determinadas áreas.

Se pueden enunciar las siguientes características de la zona fronteriza:

1. Es un fenómeno integracionista.
2. Se presenta sólo en fronteras.
3. Es limitativa geográficamente.
4. Se condiciona a un status jurídico.
5. Su forma se perfecciona por medio de acuerdos de cooperación.
6. Libre circulación de personas sin fines laborales.

La zona fronteriza puede presentarse sin que exista un acuerdo de cooperación, es decir, puede no estar formalizada mediante acuerdo de este tipo, quizá ésta es una de las razones principales por las que no es considerada como una etapa de integración propiamente dicha; sin embargo, si se parte de que es un proceso, válidamente se puede denominar como una etapa previa a la zona de libre comercio.

4.2 Zona de Comercio Preferencial.

En ésta zona los integrantes conviene otorgarse un tratamiento preferencial en los aranceles que se aplican a las importaciones que realizan entre sí. La disminución arancelaria puede aplicarse a todos los productos pero no buscan alcanzar una tasa cero, tampoco se adoptan compromisos para eliminar las barreras no arancelarias.¹⁵¹; Teniendo así cada país la libertad de fijar sus aranceles a terceros países que no formen parte de la zona preferencial, este proceso limita a disminuir en determinado porcentaje los aranceles, a diferencia de las zonas fronterizas, que se formalizan mediante acuerdos comerciales denominados acuerdos preferenciales y no por acuerdos de mera cooperación.

¹⁵¹ Rosas, María Cristina, *México ante los procesos de regionalización económica en el mundo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Económicas, México, p.21.

El sistema general de preferencias es un acuerdo internacional negociado por los auspicios de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, en virtud del cual los países desarrollados conceden preferencias temporales y no recíprocas, a las importaciones de los países en desarrollo.¹⁵²

El GATT lo regula a través de la cláusula de habilitación, la cual fue creada para beneficiar a los países en vías de desarrollo, ya que éstos no podían negociar con países desarrollados en un mismo nivel, es por medio de este mecanismo que se trató si bien no de igualar las condiciones de negociación, por lo menos sí de nivelarlas concediéndoles preferencias de carácter arancelario primordialmente.

Sus notas distintivas son:

1. Aranceles preferentes para sus miembros.
2. Disminución arancelaria sin miras de llegar a una tasa cero.
3. No existe la eliminación de barreras no arancelarias.
4. Su origen fundamentalmente fueron los países en desarrollo.

Las preferencias aduaneras se instituyeron con la finalidad de apoyar a los países en desarrollo sin que éstos tuviesen que ser recíprocos, sin embargo, en la realidad los acuerdos han sido en funciones de mutuo intercambio.

Razón por la cual las zonas preferenciales han caído prácticamente en desuso, pues han sido sustituidas por las zonas de libre comercio.

4.3 Zona de libre comercio.

Una zona de libre comercio es un área formada por dos o más países que de forma inmediata o paulatinamente suprimen las trabas aduaneras y comerciales entre sí, pero manteniendo cada uno frente a terceros su propio arancel de aduanas y su régimen de comercio.¹⁵³

El fundamento de esta zona que se encuentra en el artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio establece que "se entenderá por zona de libre comercio un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales respectivas... con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los Estados constitutivos de dicha zona". El concepto de lo "esencial" del comercio se derivó

¹⁵² Giovan, Ilena Di, *Derecho Internacional Económico*, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, abril de 1992, p. 133.

¹⁵³ Tamames, *op. cit.*, p. 175.

de la necesidad de no obstruir la celebración de acuerdos mediante la exigencia de dismantelar absolutamente todas las protecciones arancelarias para el universo de productos tanto de exportación como de importación. Por tanto, la definición que aporta el GATT establece el elemento "esencial" que establece la diferencia entre la zona de libre comercio de la zona de preferencias aduaneras, pues en éstas existe una disminución de barreras comerciales en cualquier sector, el cual puede o no ser básico. Actualmente este grado de integración es considerado como el primer nivel de las etapas de integración, ya que engloba tanto las zonas fronterizas como las preferenciales.

En esta etapa se procede al desarme arancelario y la desaparición de la mayoría de las trabas no arancelarias¹⁵⁴ al comercio, reservándose cada país el derecho de conservar sus tarifas y políticas no comerciales con terceros países.¹⁵⁵

La disminución de las tarifas arancelarias y las restricciones cuantitativas se reducen notablemente y llegan incluso a la liberación total de ciertas mercancías entre los países participantes, es decir, el objeto primordial de esta forma integradora es la libre circulación de productos entre los miembros participantes. Una modalidad de esta etapa son las asociaciones de libre comercio que representan una etapa de pre integración, pues sus miembros pueden permanecer indefinidamente en ella sin ser obligados a participar en niveles superiores de integración.¹⁵⁶

La postura de Ramón Tamames¹⁵⁷ establece que las zonas de libre comercio son, evidentemente, formaciones poco estables, que se crean con carácter transitorio y que por la fuerza de los hechos tienden a convertirse en uniones aduaneras o a desaparecer, pues aparentemente la formación de zonas de libre comercio sólo es posible entre países que se encuentren en un grado de desarrollo alto y homogéneo. Al iniciar o ampliar su industrialización cualquiera de los Estados miembros de la zona hace necesario pues, ir al establecimiento de una tarifa exterior común, o a la elevación de una cierta barrera frente a determinados copartícipes, lo cual equivale a la transformación de la zona de libre comercio.

Sin embargo, la realidad ha demostrado que no tienen un carácter tan transitorio, ni mucho menos que sus integrantes se encuentren en un grado de desarrollo alto y homogéneo, una prueba de ello el Tratado de Libre Comercio de América del Norte,

¹⁵⁴ Las barreras no arancelarias más importantes son: las cuotas, las regulaciones sanitarias, las regulaciones para proteger el medio ambiente, entre otras.

¹⁵⁵ González, *op. cit.*, p. 108.

¹⁵⁶ Cfr. Ávila Morcué, Felipe, *Estrategias de Promoción en Comercio Exterior*, 3ª ed., Trillas, México, p. 27.

¹⁵⁷ Cfr. Tamames, *op. cit.*, pp. 175-176.

integrado por tres países con diferentes grados de desarrollo. No puede negarse que la evolución de esta etapa pueda desembocar en una Unión Aduanera.

Bajo el anterior orden de ideas, las características son las siguientes:

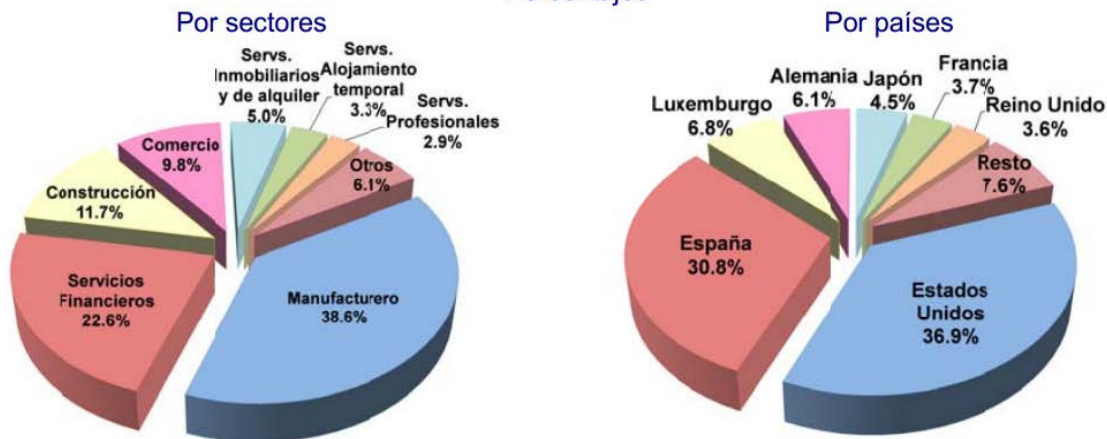
1. Existe una supresión de trabas aduaneras y comerciales en forma gradual.
2. Desaparición de la mayoría de las trabas no arancelarias.
3. Cada miembro mantiene su propio arancel frente a terceros países.
4. Se libera lo esencial del comercio, entre ellos la inversión extranjera directa.

Su importancia la podemos ver en el siguiente cuadro que nos muestra los niveles de Inversión Extranjera Directa actualmente por sector productivo y por Estado, que en este caso es Estados Unidos nuestro principal socio comercial, gráfica que nos demuestra en todo su auge la escuela mercantilista anglo-holandesa, que se ha perfeccionado desde el siglo XIX hasta nuestros días y que su principal objetivo es una actividad económica basada en la prestación de servicios y la transformación de productos, o como, comúnmente se le conoce “producción manufacturera”, otro aspecto importante que podemos destacar de la gráfica próxima, es la procedencia de la inversión de capitales y que puede ser explicado bajo dos líneas de investigación que por el momento simplemente serán señaladas y que bien pueden ser objeto de un artículo aparte; la primera de ellas hace referencia al capital español y la creciente fuga de capitales originada por la crisis europea; y el segundo mercado que interviene en los procesos económico en México es el capital Norteamericano, que como es bien sabido ha tenido cautivo a México por razones políticas, desde la celebración del tratado de libre comercio y la adhesión de México a organismos internacionales como son el GATT, ONU e incluso el Banco Mundial.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Balanza de pagos en el segundo trimestre de 2012, publicada en Agosto de 2012, disponible en <http://www.banxico.org.mx/informacion-para-la-prensa/comunicados/sector-externo/balanza-de-pagos/%7B8870E3A9-51E3-F12C-5885-85ADDB9BA9B0%7D.pdf> consultado el 26 de mayo de 2013

Inversión Extranjera Directa Recibida en el Periodo Enero-Junio de 2012

Porcentajes



De las etapas de integración a tratar, la zona de libre comercio es la que aporta mayores experiencias, no sólo en América latina sino a nivel mundial, la razón desde una perspectiva particular es porque las implicaciones que presenta son sólo en políticas comerciales esencialmente, sin incluir políticas sociales, financieras, etc., como en otras etapas de integración.

4.4 Unión Aduanera.

Una unión aduanera supone en primer lugar, la supresión inmediata o gradual de las barreras arancelarias y comerciales a la circulación de mercancías entre los Estados que constituyen la unión, es lo que en el lenguaje económico coloquial se conoce con la expresión "desarme arancelario y comercial, pero la unión aduanera significa además la construcción de un arancel aduanero común frente a terceros países.¹⁵⁹

Este último elemento es denominado Arancel Exterior Común (AEC) o Tarifa Exterior Común (TEC), es la diferencia esencial entre: la zona de libre comercio y la unión aduanera, pues en la primera cada país mantiene su propio arancel común frente a terceros países.

El GATT establece por unión aduanera: la sustitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio, de manera que los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas serán eliminadas entre los territorios constitutivos de la unión o, al menos, en lo concerniente a lo esencial de los intercambios

¹⁵⁹ Tamames, *op. cit.*, pp. 176-177

comerciales. En relación a la formación de la TEC, no podrá ser más elevada que los aranceles previos de los países miembros de la Unión Aduanera, igualmente el desarme arancelario debe afectar a lo sustancial del comercio y debe realizarse al igual que la construcción del AEC conforme a un plan y en un plazo "razonable" de tiempo.¹⁶⁰

4.5 Mercado común.

El mercado común representa una forma de integración más elevada pues no sólo libera el comercio posibilita un libre flujo de mercancías, una misma política arancelaria que incluye la disminución gradual tendiente a eliminar las barreras arancelarias, así como las no arancelarias y, además, elimina las restricciones de los factores de producción (tierra, trabajo y capital), este último elemento marca la diferencia entre esta etapa de integración y las anteriores.

Significa un desarme arancelario y comercial por medio de una nomenclatura arancelaria común para los países miembros y de éstos para con terceros; el mercado común simboliza el intento más importante para lograr una unificación política y social entre sus miembros.¹⁶¹ Sin embargo, no es que sea el mercado común el mejor Intento integracionista no sólo porque no se encuentra en el máximo nivel integracionista factible, sino porque descubre una total coordinación de políticas que recaen directamente a los factores de producción, al tolerar la libre circulación de éstos a diferencia de las etapas donde existe la tendencia a encaminar las políticas en sólo determinados sectores comerciales, mas no en su totalidad.

Un mercado común libera:

1. Bienes, lo que compromete la abolición de controles fronterizos, la armonización o el mutuo reconocimiento de normas y regulaciones, así como la armonización de impuestos;
2. Servicios, mediante la liberalización de los servicios financieros y la apertura de los mercados de transporte y telecomunicaciones;
3. Capitales, que se logra cuando existe mayor movilidad del dinero y del movimiento de capitales;

¹⁶⁰ Cfr. artículo XXIV del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio.

¹⁶¹ Carbajal Contreras, Máximo, *Derecho Aduanero*, Porrúa, México 1993, p. 41.

4. Personas, que requiere la abolición de controles fronterizos, la armonización de la legislación sobre condiciones de acceso de personas.¹⁶²

Con la armonización y reconocimiento mutuo de normas ineludiblemente se producirá una interdependencia mayor a la que se revelaba en otras etapas, la liberación de los servicios es un gran avance, pues entre mejores comunicaciones y transporte exista entre los miembros, mayor será el flujo comercial entre éstos. Se ha venido hablando sobre el movimiento de factores entre ellos el capital sin el cual no puede haber un desarrollo económico, las personas podrán circular con fines laborales e incluso de establecimiento pues esas restricciones desaparecen en el mercado común.

Se pueden enunciar como notas distintivas:

1. Libre circulación de bienes, servicios y factores de producción entre los países.
2. Establecimiento de políticas arancelarias comunes.
3. Armonización de legislaciones que favorezcan la consolidación del mercado común.

Es inexcusable aclarar que el grado de las liberaciones que se realizan dentro de las etapas de integración van a variar en función de cada negociación, no es *a priori* que todo mercado común no tenga ninguna clase de restricción al comercio, lo cierto es que se busca el nivel más bajo de éstas, como es el caso de la siguiente etapa de integración a estudiar.

4.6 Unión económica.

La etapa de integración a desarrollar enmarca una serie de políticas que van dirigidas a las restricciones de los movimientos de mercancías y servicios con las políticas sociales y económicas de los países, como son las políticas monetarias y fiscales.¹⁶³

En las etapas anteriores se fueron liberando las políticas económicas, fiscales, etc., en forma gradual, este nivel de integración a diferencia de los otros alcanza una armonización tal que pareciera ser un solo ente, pues presenta el libre movimiento no sólo de los factores de producción, sino también de personas, bienes y servicios; en grado tal que no existe diferencia entre dichas políticas.

Los mercados comunes o las uniones económicas producen mayores ganancias derivadas de:

- a) Movilidad transfronteriza de los factores (permitiendo abaratar su precio).

¹⁶² Cfr. Klaus, Gretschmann, "La formulación de la política macroeconómica la lógica de la integración", *Revista Integración Latinoamericana*, Buenos Aires, Argentina, agosto-septiembre de 1994, p. 13.

¹⁶³ Avila, *op. cit.*, p. 28.

b) Coordinación de la política monetaria y fiscal (menos inflación y más empleo, mayor competitividad internacional, políticas cambiarias que amortiguan los posibles efectos negativos de la integración).

c) Las metas de casi pleno empleo, mayores índices de crecimiento económico¹⁶⁴

Como se demuestra con la balanza de pagos del año 2009 de la Zona Euro (Unidades: Millones de euros).¹⁶⁵

	2009		
	Crédito	Débito	Neto
Dinamarca			
Cuenta corriente	45.693	40.413	5.280
Cuenta de capital	42	82	-40
Cuenta financiera
Suecia			
Cuenta corriente	67.151	64.858	2.293
Cuenta de capital	37	106	-70
Cuenta financiera
Reino Unido			
Cuenta corriente	390.964	334.549	56.416
Cuenta de capital	836	948	-112
Cuenta financiera
Suiza			
Cuenta corriente	166.415	155.515	10.898
Cuenta de capital	341	482	-142
Cuenta financiera

Notas:

1) Zona Euro (BE, DE, IE, GR, ES, FR, IT, CY, LU, MT, NL, AT, PT, SK, SI, FI)

En la actualidad la Unión Europea es el ejemplo más significativo de este grado de integración, de hecho es el proceso integracionista más adelantado y sirve de parámetro para todas las negociaciones que se están dando.

¹⁶⁴ Klaus, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁵ Balanza de pagos. Datos Europeos, proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística Española, disponible en <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do> consultado el 23 de mayo de 2013

4.7 Integración Total.

La integración total o política es la etapa en la cual los miembros han recorrido todos los niveles o etapas anteriores de integración, este tipo de integración no existe en la actualidad a grado tal que en algunas ocasiones se califica como una utopía, algo inalcanzable, pues implica una cesión total de soberanía, es decir, los miembros se van a fusionar de modo tal que puede presentarse como: un solo país (federal, republicano, etc.), o formar una confederación de países.

La aplicación de formas cada vez más avanzadas de tecnología, las ventajas que ofrecen las economías de escala y los mercados ampliados, la necesidad de estructurar sistemas productivos eficientes y generadores de fuentes de trabajo y bienestar, así como la construcción de mecanismos que posibiliten una mayor capacidad de negociación y, consecuentemente, una mejor inserción de los países integrados en el sistema internacional son algunos de los resultados de la integración. La convergencia o necesidad de integrarse está vinculada con el problema de la viabilidad de los países, para algunos prácticamente no hay otra alternativa, mientras que para otros más viables la integración se ha convertido en una alternativa necesaria o conveniente.¹⁶⁶

La viabilidad de los procesos de integración, independientemente de la etapa que se esté negociando, va a depender de las negociadores, es obvio que tendrá más éxito si se está en presencia de dos países, cuyas economías, culturas y políticas se encuentran a un mismo nivel de desarrollo o, por lo menos, son afines, a que si es entre países cuyas situaciones son evidentemente desiguales, de ahí la importancia de la convergencia, pues con ella las disparidades serán menos.

La integración económica se presenta en todas y cada una de las etapas estudiadas, las cuales a partir de la década de 1980 han desarrollado una tendencia hacia una regionalización, multilateralización, mundialización y la globalización, la primera de éstas se esquematiza en los actuales bloques económico-comerciales, como son el bloque europeo, americano, asiático, etc., la segunda como una red de múltiples negociaciones, la tercera como un fin y la última como un resultado implícito de la integración.

En los últimos, años la integración económica ha cobrado impulso en el sistema comercial internacional. Han surgido múltiples zonas de libre comercio, uniones aduaneras y acuerdos bilaterales entre las naciones desarrolladas, los países en desarrollo y entre

¹⁶⁶ Laredo, Iris Mabel, "Trasfondo político de la integración económica", *Revista aportes para la Integración Latinoamericana*, Instituto de Investigación Latinoamericana, Buenos Aires, Argentina, julio, 1995, p. 100.

éstos y los primeros, lo que queda en duda es saber si se comprende cabalmente las implicaciones.

El regionalismo es cuestionado en el sentido de si se trata de un fenómeno gestado por la conformación de bloques comerciales y económicos constituidos, tanto por países como por conglomerados estatales, o si más bien, se trata de un fenómeno gestado en la globalización pero que puede adquirir una dinámica propia cuyos alcances desaten contradicciones con el multilateralismo intrínseco al proceso globalizador, al generar posiciones proteccionistas al Interior de los bloques, lo que sí es posible afirmar es que tanto en la configuración de los bloques y regiones comerciales y económicas como en el avance del proceso de globalización, son los países industrializados las fuerzas impulsoras dominantes.¹⁶⁷

La teoría de la economía regional plantea una definición de la región como un espacio de concentración y de jerarquización de las actividades económicas dentro del cual un polo de desarrollo ejerce efectos asimétricos o de dominación sobre una zona geográfica dentro de ciertas fronteras territoriales; aunque en la teoría se interesaba nada más en la formación de regiones dentro de un mismo país, ha protagonizado el primer intento en tomar en cuenta la dimensión espacial en el pensamiento económico.¹⁶⁸

Sin embargo, en la actualidad, el concepto de región se refiere no tanto a estas definiciones teóricas, sino a realidades más complejas basadas no sólo en la economía sino también en la geografía, historia, política; apuntándose a la configuración de grandes áreas definidas tanto por factores económicos como por factores políticos y culturales.

El subregionalismo entraña la pertenencia de dos o más Estados o más zonas económicas, su vinculación se basa en el ordenamiento jurídico de una de ellas (regional), integrada a su vez por otros Estados, lo que propicia su convergencia final en un mismo grado de integración y la consiguiente formación de un espacio económico común; en ambos casos, en la zona subregional participa un grupo reducido de Estados integrantes de un modelo regional más amplio que modifica, mediante la celebración de un acuerdo (subregional) compatible con el ordenamiento jurídico del modelo regional y para sus relaciones *inter-se*, lo dispuesto por aquél. Además, está prevista la convergencia de ambos modelos en un mismo nivel de integración, el subregionalismo no es la mera

¹⁶⁷ Lozano, Lucrecia, "Las Relaciones entre Estados Unidos y América Latina en el Contexto del Nuevo Orden Económico y Geopolítico Internacional", *Revista Relaciones Internacionales*, Núm. 61, enero-marzo, 1994, p.50.

¹⁶⁸ Yachir, Faysal, "Bloques regionales en la economía mundial", *Revista del Desarrollo*, Volumen 26, octubre-diciembre, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Económicas, México, 1995, p. 32.

proximidad geográfica de los países participantes, sino el vínculo jurídico que une a acuerdos preferenciales implicados; tal vínculo prevé, contiene y regula el modelo subregional imponiéndola una serie de requisitos y condiciones a las cuales debe adecuarse.¹⁶⁹

Aun cuando uno de los requisitos para la conformación de zonas regionales es la convergencia de políticas y normas jurídicas en general, no siempre se configura esta realidad, en ocasiones pueden ser contradictorias en algunos sectores; por ejemplo, dentro de la región hay un arancel del 10% para el intercambio de automóviles y en el acuerdo subregional es de 8% o a la inversa, así como este ejemplo puede haber infinidad de discrepancias entre los acuerdos regionales y subregionales que harán que difícilmente se alcance una coordinación y mucho menos una convergencia, esto es consecuencia de una práctica inconsciente de libre comercio que esencialmente se ha venido desarrollando en América Latina.

La idea original se concebía como la pertenencia a más de un modelo de integración económica, donde los países involucrados pertenecen de manera simultánea a los mismos modelos en escala regional y subregional y éstos se encuentran vinculados entre sí de manera que el ordenamiento jurídico del modelo regional contiene y regula el desarrollo del modelo subregional.

El fenómeno subregional puede adquirir jurídicamente la forma de una modificación del tratado marco¹⁷⁰ por algunas de sus partes, destinada a regir exclusivamente sus relaciones mutuas o entrañar, por el contrario, la utilización de un mecanismo previsto por el tratado marco y puesto en práctica por alguna de sus partes. Sólo puede realizarse de manera válida si la posibilidad de tal modificación se prevé en el tratado marco o si no estando prohibida, no afecta los derechos que les corresponden a las demás partes del tratado marco ni afecta ninguna norma cuya modificación sea incompatible con el efectivo logro del objeto y del fin del tratado marco en su conjunto.¹⁷¹

El fenómeno subregional surge al poco tiempo de la puesta en marcha de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), proceso impulsado por los países más pequeños que tienen la idea de la integración como un instrumento de desarrollo económico para el área estableciendo políticas e instrumentos comunes para toda el área,

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 242-243.

¹⁷⁰ Entendiéndose por tratado marco aquel que da los lineamientos, los parámetros base para la constitución de otros tratados.

¹⁷¹ Yachir, Faysal, *op. cit.*, p. 34.

bajo la protección en una estructura institucional fuerte, con prerrogativas supranacionales y funcionamiento independiente.¹⁷² Sin embargo, esta asociación no tuvo el sostén necesario por parte de los países desarrollados e incluso de los propios países en desarrollo.

El subregionalismo en la actualidad es una realidad que va en aumento con una proliferación muy productiva de acuerdos subregionales de carácter bilateral, en el mayor de los casos saliendo de los acuerdos marcos base de su negociación. La finalidad de este fenómeno es dar mayor dinamismo al comercio de sus miembros, al pretender constituir una zona o bloque económico.

V. Cooperación en materia de políticas públicas dirigidas a jóvenes.

Desde 1967 los jóvenes fueron objeto de beneficios laborales en la Unión Europea, como una forma de incentivar la productividad y en segundo plano la competitividad económica en los mercados internacionales, bajo esta tesitura, destacamos las políticas de empleo activas y pasivas de los países miembros de la Unión Europea al destinar entre 2 al 5% de su PIB en políticas de mercado de trabajo, teniendo en primer lugar Suecia con el 5% de su Producto Interno bruto.

Ejemplos de los programas adoptados por Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia para impulsar la ocupación laboral son:

1. Formación profesional.
2. Promoción de medidas de formación preparatoria al empleo para los jóvenes.
3. Promoción de enseñanza profesional de los jóvenes extranjeros en situación de dificultad.
4. Empleo trampolín
5. Empleo formación en alternancia.
6. Incitación a los jóvenes para instalarse como independientes
7. Contratos de inserción en empresas
8. Plan comunal para el trabajo
9. Contrato de aprendizaje
10. Contratos por tiempo indefinido de trabajadores jóvenes y de jóvenes desempleados de larga duración

¹⁷² *Ibidem*, P. 244.

11. Empleo rotatorio, etc.¹⁷³

Con el tiempo y en atención a la mayor presencia de niveles superiores de integración de los mercados, ya sea en su faceta de integración económica o bien con el establecimiento de tratados marco y su correspondiente evolución regionalista, podemos enunciar programas de Cooperación Latinoamericana y Europea, bajo estos preceptos AL-INVEST es un programa de cooperación industrial y de promoción de inversiones que para 1995 tenía suscrito 12 países europeos y 18 latinoamericanos.

Este programa fue lanzado en abril de 1993, está destinado a contribuir al fortalecimiento de iniciativas privadas que surgen en América Latina a través de la cooperación empresarial con los agentes económicos europeos, dando de esta forma, respuesta a la voluntad de internacionalización de las PYMES, fomentando la transferencia de tecnología, el intercambio de experiencias profesionales y la financiación entre empresas europeas y latinoamericanas de forma que ambas resulten beneficiadas e inscriban su desarrollo dentro de la actual globalización del comercio y la económica.

En el último Informe de actividades rendido por AL-INVEST IV en el 2011, con lo que respecta al Consorcio de América Central, México y Cuba, se han generado 30,776,549.90 euros en cierres de negocios entre empresas de la región y empresas europeas. Dichos negocios van desde acuerdos de colaboración en transferencias de tecnología y 'know-how' hasta exportaciones directas de la región hacia el mercado europeo.¹⁷⁴

Aunque son cifras alentadoras para las pequeñas y medianas, por cierto, empresas que han aprovechado la oportunidad para que sus productos trasciendan las fronteras nacionales superando obstáculos técnicos al comercio; siendo que estos hacen fracasar la exportación de productos para proteger su economía nacional, no es suficiente si observamos macroeconómicamente el mapa financiero.

En este sentido en 2011, la cuenta corriente de la balanza de pagos presentó un déficit de 8,789 millones de dólares, monto que se originó de la combinación de saldos deficitarios en las balanzas de bienes y servicios (15,919 millones de dólares) y de renta (15,772 millones de dólares), y de un superávit en la balanza de transferencias (22,902 millones de dólares).¹⁷⁵ Y en agosto de 2012 la cuenta corriente de la balanza de pagos mostró un

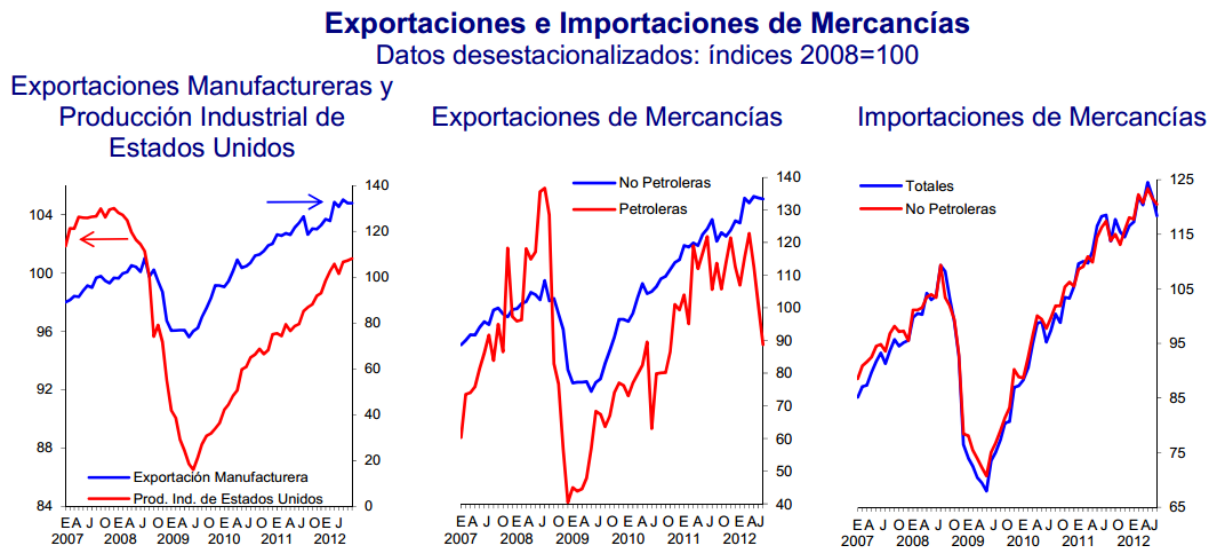
¹⁷³ Passim, Cachón Rodríguez, Lorenzo, *Políticas de Inserción de los Jóvenes en los Mercados de Trabajo en la Unión Europea*, Organización Internacional del Trabajo, Montevideo, Cinterfor, 1997

¹⁷⁴ Informe de Actividades AL-INVEST IV, Apoyo a la Internacionalización de las PyMES de América Latina, disponible en <https://asp-es.secure-zone.net/v2/index.jsp?id=1871/7093/13574&lng=es> Consultado el 30 de mayo de 2013

¹⁷⁵ Balanza de Pagos en 2011, publicada el 24 de febrero de 2012

superávit de 440 millones de dólares en el segundo trimestre de 2012, monto que se derivó de la combinación de déficits en la balanza de bienes y servicios (1,605 millones de dólares) y en la de renta (4,503 millones de dólares), y de un superávit en la balanza de transferencias (6,548 millones).¹⁷⁶

Traduciendo estos datos en graficas relativas a la importación y exportación de productos como de la actividad empresarial encontramos de acuerdo al Banco de México¹⁷⁷, lo siguiente:



Situación que nos hace reflexionar sobre la realidad que atraviesan nuestros jóvenes y por qué cada día la riqueza se concentra en menos personas.

Por otro lado y de forma independiente analicemos el Programa de Cooperación industrial y financiera liderado por una Empresa Pública del Gobierno Alemán denominada Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit – GIZ, cuyo objetivo es transmitir experiencia, saber tecnológico, conocimientos sobre gestión de procesos y acceso a redes internacionales.

Su titular Jan Peter, en entrevista con la Agencia Mexicana de Cooperación Internacional para el Desarrollo comenta que la cooperación Alemania- México

¹⁷⁶ Balanza de pagos en el segundo trimestre de 2012, publicada en Agosto de 2012, disponible en <http://www.banxico.org.mx/informacion-para-la-prensa/comunicados/sector-externo/balanza-de-pagos/%7B8870E3A9-51E3-F12C-5885-85ADDB9BA9B0%7D.pdf> consultado el 26 de mayo de 2013

¹⁷⁷ *Ídem.*

... se divide en cuatro pilares: gestión ambiental urbano-industrial, biodiversidad, energía sustentable y cambio climático. En estos campos 10 programas ya están en fase de implementación y cuatro nuevos programas están previstos para empezar en 2012. Uno de ellos es el Fortalecimiento Institucional de la AMEXCID. Para finales de 2012, el volumen del portafolio de la cooperación técnica con México implementado por la GIZ es de aprox. 60 millones de Euros, enfocados en los cuatro temas ambientales mencionados. Sin contar la cooperación financiera alemana implementada por parte de la KfW. La mayoría de los programas de cooperación son bilaterales, pero también hay regionales (Selva Maya, Plataforma de Cooperación para Tecnologías Ambientales) y globales (Gestión de Gobernanza Global, Educación para Desarrollo Sustentable). En 2006, dentro de los programas bilaterales, empezamos la cooperación trilateral (cuyo rol es cada vez más importante) junto a nuestras contrapartes. Ésta incluye política y estrategia de desarrollo, promoción de un entorno jurídico favorable, diseño y ejecución de programas de promoción, capacitación y proyectos de pilotaje (desarrollo de metodologías y herramientas para implementar políticas, planes y programas públicos). Gracias a la creciente fortaleza económica de México, en la cooperación técnica ya casi no hay financiamiento directo, pues México tiene la capacidad de proveer sus propios recursos. Los servicios que presta la GIZ incluyen la provisión de experiencias técnicas y conocimientos necesarios (con expertos de corto y largo plazo, expertos integrados o expertos retornantes); vínculos a redes relevantes internacionales o regionales y foros de diálogo; capacitaciones a corto y largo plazo (para capacitadores, viajes de estudio y estancias en Alemania, e-learning, etc.); gestión de redes de alumnos de programas bilaterales de capacitación; alianzas publicas privadas y cooperación triangular.¹⁷⁸

En otra línea de pensamiento encontramos a la ONUDI que es la agencia de las Naciones Unidas que promueve el Desarrollo Industrial, organismo que se ha planteado objetivos de cara al Milenio, de entre los cuales destacamos el numeral octavo, eje que impulsa las negociaciones para “fomentar una alianza mundial para el desarrollo”.

¹⁷⁸ Entrevista a Jan Peter Schemmel, D.G. de la Agencia Alemana de Cooperación en México, disponible en <http://amexcid.mx/index.php/component/content/article/1550> consultado el 25 de mayo de 2013

A pesar de que la totalidad de los países miembros de la Organización de Naciones Unidas han adoptado medidas de acción para el desarrollo integral de los jóvenes; se conceptualiza a la juventud como una enfermedad misma que debe ser tratada, para lograr la construcción de ciudadanos modelos y funcionales para la sociedad, así como, personas económicamente productivas.

Lo cierto es que, independientemente del presupuesto que se designa para la construcción y puesta en marcha de políticas públicas focalizadas hacia los jóvenes, estos esfuerzos se ven incompletos, pues olvidan que las políticas públicas en esencia implican la mezcla de ciencias duras y naturales para la solución de uno o varios problemas.

Hablamos de que las políticas públicas son incompletas, en el sentido de que, no integran a los jóvenes en el entendido de que estos ya son entes funcionales y poseen un potencial económico inherente, algunos dirán que no existen medios para hacer valer los derechos consagrados en leyes, acuerdos, etc., hasta cierto punto tienen razón, pero descubren su límite intelectual al no considerar todos los medios de defensa legal entre ellos los que protegen los Derechos Humanos, no como un medio para asegurar el cumplimiento por parte del Estado de las Políticas Públicas, si no como un medio auxiliar de cumplimiento *per se* de estas, en caso de que el Estado descuide sus obligaciones.

Por lo que no es obligatorio que se creen institutos, así como, una mayor burocracia a la que hoy en día experimentamos, sólo basta con la promoción, inclusión y cooperación institucional de organizaciones previamente constituidas y que estén facultadas para poder brindar el apoyo técnico para que los jóvenes exploten su potencial humano, social, cultural y económico.

VI. A manera de conclusión.

1. La integración económica es un proceso constante que armoniza lo económico, social, político; surgiendo una interdependencia entre países o sectores económicos, formalizado en instituciones creadas para coordinar políticas e instrumentos de desarrollo que permitan mejorar el nivel de vida de sus miembros.
2. La integración económica a partir de los ochenta ha desarrollado una tendencia hacia una regionalización, multilateralización, mundialización y globalización, la primera de éstas se esquematiza por lo que las políticas públicas deben de ser firmes y constantes a lo largo del tiempo primero: para ganar una estabilidad y segundo poder formar lazos de cooperación con otros países.

3. México se ha venido desarrollando en un proceso constante que busca armonizar lo económico, social y político; pero la pregunta que se encuentra en el aire es de si estas atienden al interés público o bien se utilizan para beneficiar a ciertos individuos, facciones o regiones.
4. Independientemente del presupuesto que se designa para la construcción y puesta en marcha de políticas públicas focalizadas hacia los jóvenes, estos esfuerzos se ven incompletos, pues olvidan que las políticas públicas en esencia implican la mezcla de ciencias duras y naturales para la solución de uno o varios problemas, siendo sustituidas con la creación de estímulos económicos que en muchas ocasiones están sujetos a tiempos electorales.
5. La modificación de políticas públicas, programas de desarrollo sectorial, programas económicos que han demostrado ser un éxito, es un camino para conquistar la inclusión de los jóvenes, cuyo objetivo sería que estos puedan explotar su potencial humano, social y económico, es una forma de evitar la excesiva acumulación de burocracia y gasto de recursos públicos que no se tienen y que no pueden ser justificados más en un México que experimenta una nueva crisis económica.

Bibliografía

- ÁVILA MORCUÉ, Felipe, Estrategias de Promoción en Comercio Exterior, 3ª ed., Trillas, México.
- BALASSA, BELA, Teoría de la Integración Económica, Unión Tipográfica Editorial, México, 1980.
- Banco Interamericano de Desarrollo, Factores para la Integración Latinoamericana, Fondo de Cultura Económica, México, 1966.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, Lorenzo, Políticas de Inserción de los Jóvenes en los Mercados de Trabajo en la Unión Europea, , Organización Internacional del Trabajo, Montevideo, Cinterfor, 1997.
- CARBAJAL CONTRERAS, Máximo, Derecho Aduanero, Porrúa, México 1993.
- FRITZ MALCHLUP, A History of Thought on Economic Integration, Citado por Guerra Borges, Alfredo, La Integración de América Latina y el Caribe, Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM, México, 1997.

- GANNA, Eduardo, "Cooperación Macroeconómica en América Latina: Coordinación, Convergencia y Armonización de Políticas", *Revista Integración Latinoamérica*, Buenos Aires, Argentina, agosto-septiembre, 1994.
- GIOVANNI, Ileana Di, *Derecho Internacional Económico*, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, abril de 1992.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Carlos, "Los senderos de la integración: experiencias de México y España", *Revista de Comercio Exterior*, volumen 45, núm. 2, febrero de 1995.
- JOHNSON, HARRY G. *Tecnología e Interdependencia Económica*, El Manual Moderno, México, 1978.
- KLAUS, Gertschmann, "La formulación de la política macroeconómica la lógica de la integración", *Revista Integración Latinoamericana*, Buenos Aires, Argentina, agosto-septiembre de 1994.
- LAREDO, Iris Mabel, "Trasfondo político de la integración económica", *Revista aportes para la Integración Latinoamericana*, Instituto de Investigación Latinoamericana, Buenos Aires, Argentina, julio, 1995.
- LOZANO, Lucrecia, "Las Relaciones entre Estados Unidos y América Latina en el Contexto del Nuevo Orden Económico y Geopolítico Internacional", *Revista Relaciones Internacionales*, Núm. 61, enero-marzo, 1994.
- MORALES, Magdalena, "La Integración Regional una aproximación de análisis", *Revista Bases Jurídicas para la democracia, el Desarrollo y la Justicia Social en Centroamérica*, Instituto de Estudios Jurídicos del Salvador, San Salvador, El Salvador, septiembre, 1994.
- MYRDAL, Gunnar, *Solidaridad o Desintegración*, 3ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- RÍOS RUIZ, Alma de Los Ángeles, *Crítica económica de las políticas públicas en materia de juventud*, artículo en publicación.
- SALGADO, Germánico, "Modelo y Políticas de Integración", *Revista Estudios Internacionales*, año XXVIII, núm. 109, Chile, enero-marzo, 1995.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Políticas Públicas en la "Sociedad del Riesgo"* En Cienfuegos Salgado, David y López Olvera Miguel Alejandro (Coords.) *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2005.

- SHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto, *Derecho Administrativo y Derecho Constitucional*. Praxis y Orden, Cultural, Panamá, Portobelo, Segunda edición 2010.
- SERRA, Pablo, "Integración Regional", *Revista Integración latinoamericana*, núm. 202, julio de 1994, año 19
- TAMAMES GÓMEZ, Ramón, *Mercado Común Europeo, Comunidad Económica Europea*, 6ª ed., Alianza, Madrid 1980.
- VILLAGRÁN KRAMER, Francisco, *Teoría General del Derecho de Integración Económica*, Universitaria Centroamericana Colección Integración, San José Costa Rica, 1069.
- YACHIR, Faysal, "Bloques regionales en la economía mundial", *Revista del Desarrollo*, Volumen 26, octubre-diciembre, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Económicas, México, 1995.

Cibergrafía

- Balanza de pagos en el segundo trimestre de 2012, publicada en Agosto de 2012, disponible en <http://www.banxico.org.mx/informacion-para-la-prensa/comunicados/sector-externo/balanza-de-pagos/%7B8870E3A9-51E3-F12C-5885-85ADDB9BA9B0%7D.pdf> consultado el 26 de mayo de 2013
- Balanza de pagos. Datos Europeos, proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas Español, disponible en <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do> consultado el 23 de mayo de 2013
- Entrevista a Jan Peter Schemmel, D.G. de la Agencia Alemana de Cooperación en México, disponible en <http://amexcid.mx/index.php/component/content/article/1550> consultado el 25 de mayo de 2013
- Informe de Actividades AL-INVEST IV, Apoyo a la Internacionalización de las PyMES de América Latina, disponible en <https://asp-es.secure-zone.net/v2/index.jsp?id=1871/7093/13574&lng=es> Consultado el 30 de mayo de 2013
- Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, Justicia (Social) para Adolescentes, una alternativa para evitar la criminalidad, *Revista Electrónica Amicus Curiae* de la Facultad de Derecho UNAM, Año IV, Volumen 4, http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/amicus15/Justicia_social_para_adolescentes.pdf consultado el 19 de diciembre 2012

<http://www.revistahumanum.org/blog/fomentemos-el-sector-informal-si-por-que-no/>
consultado el 23 de diciembre de 2012

SECURITY COUNCIL LISTING PROCEDURES AND HUMAN RIGHTS

MEDIDAS CONTRA EL TERRORISMO Y DERECHOS HUMANOS EN EL CONSEJO DE SEGURIDAD.

León Arturo CASTELLANOS JANKIEWICZ*

ABSTRACT. In the context of international efforts to curtail terrorism, the present paper analyses the powers of the Security Council to institute targeted sanctions against individuals and their compatibility with human rights in international and EU law. It will address the response of the European judiciary in the landmark *Kadi* cases to illustrate how these measures have been interpreted and applied at the municipal level. It is shown that judges use different criteria to balance compliance with international obligations on the one hand, and human rights principles on the other. The Security Council has progressively become more transparent by offering certain room for review within listing mechanisms and by creating a procedure to remove individuals from its consolidated lists. However, the paper highlights the tensions in domestic and regional human rights regimes stemming from the Security Council's quasi-legislative and quasi-judicial roles.

Keywords: Targeted sanctions, United Nations, Security Council, human rights, domestic courts, European Union, *Kadi*.

RESUMEN. En el marco de la cooperación internacional para erradicar el terrorismo, el presente trabajo analiza las bases legales que autorizan al Consejo de Seguridad la imposición de sanciones contra individuos y la compatibilidad de dichas autorizaciones con las obligaciones internacionales y comunitarias en materia de derechos humanos de los Estados-Miembro de la Unión Europea. El estudio evalúa las sanciones del Consejo de Seguridad y las medidas que ha tomado el sistema judicial Europeo en respuesta a

* Doctoral Candidate and teaching assistant, International Law (Graduate Institute, Geneva), MA, International Law (Graduate Institute, Geneva), Licenciado en Derecho (Universidad del Mayab). Currently assistant to Ambassador Juan Manuel Gómez Robledo (Mexico), Special Rapporteur on the Provisional Application of Treaties in the United Nations International Law Commission. leon.castellanos@graduateinstitute.ch

dichas normas internacionales. Se toman como referencia los casos *Kadi* para ilustrar la aplicación e interpretación de las sanciones internacionales a nivel doméstico. Se exponen los distintos criterios que los órganos judiciales adoptan para implementar obligaciones internacionales derivadas del Consejo, por un lado, y respetar los derechos humanos de los individuos sancionados, por el otro. En respuesta, el Consejo de Seguridad ha introducido ciertas medidas para asegurar la transparencia y revisión independiente de sus decisiones, incluyendo un procedimiento para la remoción de listas-sanción. Sin embargo, subrayamos las tensiones entre sistemas de derechos humanos domésticos y los poderes cuasi-legislativos y cuasi-judiciales del Consejo de Seguridad.

Palabras clave: Sanciones, Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, derechos humanos, tribunales nacionales, Unión Europea, Kadi.

I. Introduction.

As terrorism has gained an international dimension, so have the measures curtailing it. In recent years, terrorist groups and organizations have acquired a large capacity to establish international networks, through which they exchange information, obtain financing and perpetuate their goals. The attacks of 11 September 2001 in the United States were a painful reminder of this regrettable state of affairs, and the steps taken by the international community to fight against terrorism were largely due to the aftermath of America's traumatic experience. However, many other countries have also suffered in the hands of extremists, and attacks requiring a high degree of complexity and organization have taken place in the United Kingdom, Spain and India, to name a few.

The international community and world leaders have since taken it upon themselves to rid the world of terrorism, and in doing so have not hesitated in making use of international law, its institutions and values to fulfill this purpose.¹⁷⁹ One controversial way in which States have responded to the security threat has been through the listing of individuals under the Chapter VII framework of the Security Council ('SC'), thus obliging States to incorporate the content of these lists into domestic law and enforce their applicability by freezing individual's assets, implementing travel bans and in some instances, forbidding any transaction, cooperation or association with listed entities. However, these measures are at odds with certain fundamental rights afforded to persons under domestic

¹⁷⁹ See generally, A. Bianchi (ed), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Hart Publishing, Oxford and Portland (2004).

constitutional provisions, and international law alike. These may include substantive rights such as property, free movement and free association, as well as procedural guarantees such as the right to a judicial hearing. The paucity of review in the SC further encroaches upon these rights and complicates the prospect of remedies which those affected are entitled to by law. This has led to the establishment of the Office of the Ombudsperson of the Security Council's 1267 Committee in December 2009.

This paper addresses the measures of the Security Council designed to counter terrorism and their compatibility with international human rights. To illustrate how these measures have been interpreted and applied at a regional level, I will discuss the response of the European judiciary in the landmark *Kadi* cases. Finally, the role and mandate of the Ombudsperson will be presented.

It is argued that the response to the Security Council's listing procedures in domestic judicial systems has been divergent, as judges use different criteria to balance compliance with international obligations deriving from Chapter VII of the United Nations ('UN') Charter on the one hand, and human rights on the other, which are enshrined in instruments such as the European Convention on Human Rights or the International Covenant on Civil and Political Rights. However, in some instances the courts have been bold, which has slowly obliged the SC to act in a more accountable manner by granting certain room for review of its listing mechanisms and by creating procedures to remove individuals from its consolidated lists. This highlights the difficulties arising for domestic and regional human rights regimes from the SC's quasi-legislative and quasi-judicial roles adopted to stem terrorism.

It should be noted that the challenges to SC listing procedures have not only taken place in European courts, but have also been carried out in other jurisdictions.¹⁸⁰ However, emphasis is made in Europe for the purposes of the present paper because of the abundance of jurisprudence generated, as well as the richness of the ensuing debate.

II. The Security Council's Listing Regime.

The recent SC practice concerning the listing of individual entities is very different from the previous sanctions regimes it has adopted. Sanctions have been usually classified into

¹⁸⁰ Litigation has also been brought forward in Pakistan, Turkey, and the United States, to name a few. See 'Litigation by or relating to individuals on the Consolidated List', Annex to UN Doc. S/2006/154, Fourth report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team appointed pursuant to Security Council resolutions 1526 (2004) and 1617 (2005) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities.

three categories: comprehensive sanctions, arms trade sanctions and combined sanctions. Comprehensive sanctions took a predominant role in the aftermath of Iraq's invasion and annexation of Kuwait in 1990 through full trade and financial sanctions against Iraq which are best exemplified by SC Resolution 687, which called for a ceasefire and declared measures to be imposed, including Iraq's obligation to make reparations for damage caused.¹⁸¹ To their discredit, comprehensive sanctions do not distinguish between the different sections of the population. In contrast, arms trade sanctions sought to prevent the supply and allocation of weapons for parties to armed conflicts. Examples are the arms embargoes imposed against ex-Yugoslavia, Somalia, Liberia and Rwanda.¹⁸² Combined sanctions mix arms sanctions or comprehensive sanctions with a targeted element. Examples are diplomatic sanctions on elites, the freezing of governmental assets and air link bans, as was done against Libya when it refused to extradite suspected terrorists.¹⁸³ In light of implementation problems relating to humanitarian and population concerns, officials and academics reconsidered the impact of SC sanctions. This evaluation culminated in the end of the 1990's with the Interlaken Process.

2.1 The Interlaken Process.

The SC listing procedures targeting individuals were initially conceived to curtail the Taliban regime in Afghanistan and were the consequence of the Interlaken Process of smart sanctions,¹⁸⁴ convened by the Swiss Government in March 1998 and again in March 1999. The Process explored ways in which targeted sanctions could be more effective. This responded to the need of avoiding prejudice caused to innocent populations which ensued from placing general embargoes and blockades through SC action, thus also depriving persons from the flow of humanitarian aid and essential goods. Consideration was also made in Interlaken of collateral damage to neighboring states, which assume most of the economic costs of implementing sanctions against reticent states.¹⁸⁵ It was concluded during the Interlaken talks that targeting elites and individuals could render the process more effective and diminish collateral damage. It was observed that

¹⁸¹ UN Doc. S/RES/687 (1991), para. 18

¹⁸² See UN Doc. S/RES/713 (1991), UN Doc. S/RES/733 (1992), UN Doc. S/RES/788 (1992) and UN Doc. S/RES/914 (1994), respectively.

¹⁸³ See UN Doc. S/RES/748 (1992) and UN Doc. S/RES/883 (1992).

¹⁸⁴ See Report on the *Expert Seminar on Targeting UN Financial Sanctions* (1998) and *Report on the 2nd Interlaken Seminar on Targeting UN Financial Sanctions* (1999) available at: <http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00620/00639/00641/index.html?lang=en>. Last accessed on June 7, 2013.

¹⁸⁵ *Expert Seminar on Targeting UN Financial Sanctions*, *ibid* p. 15.

'[t]argeted financial sanctions would include measures such as the freeze of foreign assets of specially designated individuals, companies or governments that particularly contribute to the threat of peace and security. Only an elite group, determined by an official list, would fall within the scope of the measure.'¹⁸⁶ It went on to recall a 1994 precedent where the SC urged member States to freeze funds of Haitian elites.¹⁸⁷ Here, the targeted individuals had been involved in the 1991 *coup d'état* and were designated by a list managed by the Sanctions Committee for Haiti. Although identification of groups and individuals could prove difficult, these difficulties were not insurmountable.¹⁸⁸ Finally, '[t]here was general agreement that states depend on lists containing the names of the targets in order to be in a position to implement targeted sanctions. Whenever possible, such lists should emanate from the UN Security Council.'¹⁸⁹

Concerning the implementation of sanctions against individuals, companies and groups, it was observed in Interlaken that lists of targets and of the target-group was a precondition for equal international enforcement and that lists must emanate from the SC to be perceived as legitimate. In addition, an appeals mechanism at the Sanctions Committee level was needed to remove entities from the list in order to avoid multiple judicial procedures at the national level. Finally, domestic legislation must recognize the legitimacy of the UN lists.¹⁹⁰

2.2 The Security Council's Listing Framework.

The listing of individuals in the SC derives from measures adopted to prevent the commission of terrorist attacks and punish those responsible for said attacks, including the regimes that support or sponsor them. The listing of individuals was not envisaged in the initial SC response to terrorism, but these measures progressively gained complexity overtime to include individuals. As will be described below, the SC began by listing terrorist organizations before expressly targeting individuals in its resolutions, who were incorporated into the lists overtime. It is thus important to consider the evolution of these listings and to identify the authority and legal basis upon which the SC has carried them out.

¹⁸⁶ *Ibid*, p. 11.

¹⁸⁷ UN Doc. S/RES/917 (1994), para. 4.

¹⁸⁸ *Expert Seminar on Targeting UN Financial Sanctions* (1998), *supra* note 7 at p. 26.

¹⁸⁹ *Ibid*, at p. 30.

¹⁹⁰ *Ibid*, at p. 43.

2.2.1 The Measures against the Taliban.

In Resolution 1267 (1999) the SC established a Committee in accordance with Rule 28 of its provisional Rules of Procedure. The Committee was integrated by all the Council's members and sought the Taliban's compliance with previous SC resolutions calling for its cooperation in bringing Al-Quaida operatives to justice, including Usama bin Laden, now deceased. The Committee created by this Resolution enjoyed power to designate and freeze property owned or controlled directly or indirectly by the Taliban. There was still no mention of individuals' listings in Resolution 1267.

Adopted under Chapter VII of the UN Charter, Resolution 1267 determined that the Taliban's failure to stop providing sanctuary to international terrorists and their organizations, and the failure of all Afghan factions to cooperate with efforts to bring indicted terrorists to justice as demanded in SC Resolution 1214 (1998),¹⁹¹ constituted a threat to international peace and security.¹⁹² While taking note of the indictment of Usama bin Laden and his associates by the United States for the 7 August 1998 bombings of the United States embassies in Nairobi and Dar es Salaam, Resolution 1267 demanded that the Taliban turn over bin Laden 'without further delay to appropriate authorities.'¹⁹³ To enforce these measures, it imposed obligations upon states such as the creation of the Committee to which governments were to make periodic reports regarding their implementation of measures against the Taliban. The relevant sections of Resolution 1267 decided that states should:

'4 (b) Freeze funds and other financial resources, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by the Taliban, or by any undertaking owned or controlled by the Taliban, as designated by the Committee established by paragraph 6 below, and ensure that neither they nor any other funds or financial resources so designated are made available, by their nationals or by any persons within their territory, to or for the benefit of the Taliban or any undertaking owned or controlled, directly or indirectly, by the Taliban, except as may be authorized by the Committee on a case-by-case basis on the grounds of humanitarian need;

...

¹⁹¹ UN Doc. S/RES/1214 (1998), para. 13.

¹⁹² UN Doc. S/RES/1267 (1999), preamble.

¹⁹³ *Ibid*, para. 2.

6. Decides to establish, in accordance with rule 28 of its provisional rules of procedure, a Committee of the Security Council consisting of all the members of the Council to undertake the following tasks and to report on its work to the Council with its observations and recommendations:

(a) To seek from all States further information regarding the action taken by them with a view to effectively implementing the measures imposed by paragraph 4 above;

(b) To consider information brought to its attention by States concerning violations of the measures imposed by paragraph 4 above and to recommend appropriate measures in response thereto;

(d) To make periodic reports to the Council on information submitted to it regarding alleged violations of the measures imposed by paragraph 4 above, identifying where possible persons or entities reported to be engaged in such violations¹⁹⁴

In addition, the Resolution called upon states to act in accordance with these provisions, notwithstanding the existence of 'rights and obligations conferred or imposed by any international agreement'¹⁹⁵ concluded prior to the date of entry into force of the financial sanctions imposed against the Taliban. Here, the SC was establishing a normative hierarchy, probably on the basis of Article 103 of the UN Charter, which establishes the prevalence of Charter obligations over other international engagements.¹⁹⁶ Moreover, it called upon States to bring proceedings against persons and entities violating measures imposed against the Taliban, and to cooperate fully with the Committee established by the resolution (hereinafter '1267 Committee'),¹⁹⁷ including transfer of information required for the pursuance of the resolution.¹⁹⁸

Bearing these considerations in mind, Resolution 1267 imposed on states the obligation to cooperate with the 1267 Committee. Most importantly, there is no mention of individuals' listing, but the 1267 Committee enjoys the power to designate property to be frozen that is owned or controlled directly or indirectly by the Taliban. This can be interpreted as tantamount to listing individuals and collective entities by encroaching upon their property rights without due process. The 1267 Committee regime has been subject to harsh criticism. As pointed out by I. Johnstone, its scope is very wide and almost half of

¹⁹⁴ *Ibid*, paras. 4 and 6.

¹⁹⁵ *Ibid*, para. 7.

¹⁹⁶ Charter of the United Nations, 892 UNTS 119, Article 103.

¹⁹⁷ But also referred to as the 'Taliban Committee' among some commentators.

¹⁹⁸ UN Doc. S/RES/1267 (1999), paras. 8 and 9.

individual and collective entities currently listed are under that regime.¹⁹⁹ Secondly, it is trained towards non-state actors, which do not have the same resources as states to contest the allegations against them. In this sense, an inequality of arms between the affected parties and the 1267 Committee is painfully manifest. Thirdly and most importantly, these measures are largely of a preventive character, and impose 'restraints on people and corporations not for what they have done in the past, but for what they may do in the future.'²⁰⁰ Clearly, a lack of due process can be observed in the SC procedure, and this poses further difficulties in domestic legal orders which have to implement these measures. Moreover, even though this is not the first time that the SC characterizes the actions of individuals as threats to the peace,²⁰¹ A. Bianchi observes that 'the peculiarity lies, rather, in the fact that the threat in question is neither situation-specific nor time-limited. International terrorism remains fairly indeterminate, given the controversy surrounding its definition, or at least, the scope of application of current definitions, particularly at times of armed conflict.'²⁰²

In addition, the listings manifestly infringe the privacy of personal data, as they contain sensitive information such as passport numbers, addresses and national identification numbers.²⁰³

2.2.2 Expansion of the Targeted Sanctions Regime.

The Resolution 1267 regime encroached upon certain rights with very little transparency and accountability, but ensuing resolutions expanded the SC's role to that of a truly legislative body by broadening its law-making powers, leaving those affected with little room to contest the Council's acts. Resolution 1333 (2000),²⁰⁴ likewise adopted under Chapter VII of the UN Charter, further requested States to freeze the financial funds and assets belonging to Usama bin Laden and individuals associated with him designated by the 1267 Committee. It also requested states and the 1267 Committee, 'to maintain an updated list, based on information provided by States and regional organizations, of the individuals and entities designated as being associated with Usama bin Laden, including

¹⁹⁹ I. Johnstone, 'The UN Security Council, Counterterrorism and Human Rights' in A. Bianchi, A. Keller (eds), *Counterterrorism: Democracy's Challenge*, Hart (2008) 335-53 at 342.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ UN Doc. S/RES/733 (1992), UN Doc. S/RES/794 (1992), UN Doc. S/RES/788 (1992), UN Doc. S/RES/1132 (1997).

²⁰² A. Bianchi, 'Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion' 17 *European Journal of International Law* (2006) 881-919 at 890.

²⁰³ This information is made public in potential contravention to the right to privacy.

²⁰⁴ UN Doc. S/RES/1333 (2000).

those in the Al-Qaida organization.²⁰⁵ Careful attention to the language employed by the resolution shows that there is a clear distinction between 'designation' and 'listing'. Thus, designation by the 1267 Committee is a precondition of listing, and listing entails the freezing of financial assets. The purpose of Resolution 1333 was to create updated lists of entities based on the previous designations made by the 1267 Committee. Moreover, this was the first time that individuals are expressly considered as being eligible for incorporation into the lists. Resolution 1333 separately imposed on states and on the 1267 Committee the obligation to create lists, thus creating two tracks of listings: persons could be listed under the 1267 regime and under domestic jurisdictions alternatively or cumulatively. Thus, legal consequences of being listed in a domestic jurisdiction could be different from those deriving from a 1267 Committee listing.

The next step taken by the SC to strengthen its listing regime was Resolution 1373 (2001)²⁰⁶ adopted shortly after the 11 September 2001 attacks. This Resolution has been considered by many as a truly legislative act.²⁰⁷ Acting under Chapter VII of the Charter, the Council decided that states shall criminalize the willful provision or collection of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used to carry out terrorist acts.²⁰⁸ It further decided that terrorist acts were to be 'established as serious criminal offences in domestic laws and regulations and that the punishment duly reflects the seriousness of such terrorist acts',²⁰⁹ while calling upon states to ensure that any person participating in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts was brought to justice.²¹⁰

The legislative aspect of this resolution is evidenced in the obligation according to which states must criminalize terrorist acts and their financing in their domestic legal systems. This posed great problems in various countries, as certain individuals were listed under two or more regimes as a consequence of domestic implementation of the SC dispositions through multiple acts, statutes and regulations. For example, Canada enacted the United Nations Suppression of Terrorism Regulations pursuant to SC Resolution 1373 which contained two tracks of listings: one controlled by the Canadian Government, and a

²⁰⁵ *Ibid*, paras. 8 (c) and 16 (b).

²⁰⁶ UN Doc. S/RES/1373 (2001).

²⁰⁷ See I. Johnstone, *supra* note 22 at 336. See also P. Szasz, 'The Security Council Starts Legislating', 96 *American Journal of International Law*, (2002), 901-4 and J. Alvarez, 'Hegemonic International Law Revisited', 97 *American Journal of International Law* (2003), 873-87.

²⁰⁸ UN Doc. S/RES/1373 (2001), para. 1(a).

²⁰⁹ *Ibid*, para. 2(e).

²¹⁰ *Ibid*.

second controlled directly by the SC. Thus, since being listed *per se* does not constitute a crime, some individuals who were listed on both tracks were charged with the criminal offence of having financial dealings with themselves or their companies, namely, knowingly providing or collecting funds for use by a listed person and providing financial services to a listed person.²¹¹ This situation arose from the domestic implementation of anti-terrorism measures through legislation, which means that ‘they cannot be easily removed once the threat has been properly countered, if this is ever the case.’²¹²

Finally, in Resolution 1390 (2002)²¹³ the SC decided to continue the measures imposed in Resolution 1333, calling for the maintenance of an updated list by the Committee with individuals and entities associated with Usama bin Laden or Al-Quaida. Moreover, it decided that States should take the following action against bin Laden, members of Al-Quaida and the Taliban “and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them”,²¹⁴ who were listed by the Committee pursuant to resolutions 1267 and 1333: to freeze their funds and other financial assets without delay, including property owned or controlled directly or indirectly, by them or by persons acting on their behalf, and to prevent their entry into or transit through their territories.²¹⁵ Moreover, resolution 1390, urged all States to incorporate legislation enforcing the aforementioned measures, and punishing individuals who violate them or prevent their application.

However, States have found themselves with great difficulties in harmonizing the application of anti-terrorist measures in their domestic legal orders, partly because the listing procedures do not provide the minimum guarantees afforded in domestic jurisdictions to persons suspected of having committed a crime.

III. Assessing the Security Council’s Listing Authority.

This section will consider the SC’s legal authority under the UN Charter to list individuals in order to restrict their personal liberties. Moreover, it will deal with whether the listing procedures are at odds with international human rights standards, and if so, on what grounds. Several preliminary observations concerning the listing methodology are in order.

²¹¹ D. Dyzenhaus, ‘The Rule of (Administrative) Law in International Law’, 68 *Law and Contemporary Problems* (2005) 127-66 at pp. 142-5 describes a Canadian court case of an individual challenging an extradition claim by the United States based on Canada’s United Nations Suppression on Terrorism Regulations.

²¹² A. Bianchi, ‘Assessing the Effectiveness of the UN Security Council’s Anti-terrorism Measures’, *supra* note 24, p. 892.

²¹³ UN Doc. S/RES/1390 (2002).

²¹⁴ *Ibid*, para. 2.

²¹⁵ *Ibid*, paras. 2(a), 2(b).

First, when a listing request is supplied by a State, it need not contain *prima facie* evidence that a crime has been committed. The threshold of supporting evidence required to list individuals is much lower than that needed in any criminal law system to indict a person for a crime. This goes against the presumption of innocence, since persons are being listed as a preventive measure and not for a crime they have committed. Secondly, due to the lack of an international consensus concerning the definition of terrorism, each State applies its domestic provisions to determine whether an entity deserves to be listed or not. Thus, as legislation and administrative law concerning terrorism vary from country to country, each State is 'essentially free as to how to identify the persons it wishes to have included'.²¹⁶ In this regard, the Committee offers no guidance, and simply demands a motivation accompanying the listing request, which is in no way equivalent to an official criminal indictment, much less a judicial pronouncement establishing a person's criminal responsibility, which would be indispensable to freeze a person's assets or restrain their personal liberty in a domestic jurisdiction. Thirdly, the de-listing of an entity may only take place if the Committee so decides by consensus, provided that the entity or individual has approached the Committee through a sponsoring State or the Focal Point. Given that the Committee makes its decisions based on consensus, diverging criteria of its Members concerning the designation of terrorists and the definition of terrorism can be an obstacle difficult to surmount.²¹⁷ Finally, if lack of consensus on de-listing compels the SC to consider the matter in plenary, the veto of a single permanent Member will suffice to overwhelm the voice of the petitioner, even if he or she is supported by a prevailing majority.

3.1 The Security Council's Powers to List Entities (Or Lack Thereof).

To ascertain their legality, one needs to frame these measures within the powers of the Security Council conferred to it by the UN Charter. Indeed, the Council was called into existence to maintain international peace and security, and to that end, was given special attributions through Chapter VII of the Charter. In determining a threat to the peace, a breach of the peace or an act of aggression, the SC enjoys a wide discretion.²¹⁸ This prerogative derives from Article 39 of the UN Charter. However, Chapter VII of the Security

²¹⁶ L. G. Radicati di Brozolo and M. Megalini, 'Freezing the Assets of International Terrorist Organizations' in A. Bianchi (ed), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, *supra* note 2, 377-413 at p. 398.

²¹⁷ *Ibid*, at 399.

²¹⁸ J.A. Frowein, 'Introduction to Chapter VII', in B. Simma (ed), *The Charter of the United Nations*, Oxford, Oxford University Press (2002) p. 719.

Council spells out measures of constraint, not measures of responsibility or attribution. Articles 41 and 42 of the Charter provide for forcible action through non-judicial political and military channels aimed at terminating a situation threatening international peace and security. They do not intend to punish, much less attribute State or individual responsibility, even if the breach is flagrant and obvious, as nowhere is it contemplated in the Charter that the SC will determine the lawfulness or unlawfulness of a certain act. The Council is not a judicial body and its mandate is limited to the preservation of peace and security. Indeed, in *Zollmann v United Kingdom*, the European Court of Human Rights stated that ‘the UN Sanctions Committee is a monitoring and investigative but not judicial body’.²¹⁹ If being listed by the 1267 Committee does not imply the judicial attribution of responsibility for the commission of a wrongful act, the measures adopted against listed entities are tantamount to such an attribution, when considering the consequences of domestic implementation.

One could argue that the fight against terrorism calls for a state of emergency, and therefore, the derogation of certain rights could be in order. Whereas the fight against terrorism is no doubt a matter of urgency, the lack of temporary limitations to listing measures encroaches upon the well-established practice among States that derogations of individual rights must have a temporary limit, as noted by Article 4(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights.²²⁰ Additionally, Chapter VII measures are already an exception to the rule, and allowing the SC ‘to enlarge its powers for specific types of threats would be tantamount to creating an exception to an already existing exception. Besides, the difficulty of conceiving a proper legal basis for such an expansion of powers expressly conferred to the SC by the Charter, the policy implications of such a choice would be dire.’²²¹ Therefore, whether the Security Council enjoys explicit powers deriving from the UN Charter to list individuals is doubtful at best.

These considerations will be relevant when analyzing States’ international obligations deriving from the listing regime, which stand in contrast with international human rights, such as the right to a fair trial, the *nullum crimen sine lege* principle, the right to property and the right to a remedy. But before broaching these issues, it is pertinent to consider the Security Council’s own attempts to protect human rights in light of the listing regime, and

²¹⁹ *Zollmann v United Kingdom*, European Court of Human Rights, decision on admissibility of 27 November 2003, p. 11

²²⁰ See CCPR/CO/76/EGY (2002), para. 6; CCPR/CO/71/SYR (2001), para. 6; CCPR/C/79/Add.93 (1998), para. 11.

²²¹ A. Bianchi, ‘Assessing the Effectiveness of the UN Security Council’s Anti-terrorism Measures’, *supra* note 25, 891-2.

whether the protections afforded are in accordance with the applicable minimum standards of international law.

3.2 Human Rights Protection within the Council's Listing Regime.

It is important to highlight that the SC has been compelled to address human rights concerns, due to the far-reaching implications of the obligations it imposes upon States and the way they affect private entities. In resolution 1456 (2003), which was adopted at the level of ministers of foreign affairs, the SC noted that 'States must ensure that any measure taken to combat terrorism comply with all their obligations under international law, and should adopt such measures in accordance with international law, in particular international human rights, refugee, and humanitarian law.'²²² This section will assess the nature and effectiveness of these measures, but it is submitted that the lack of direct involvement of the SC to ensure the respect for human rights in pursuing its undertakings shows the inappropriateness of the measures applied despite the positive steps already taken.

In order to supervise the implementation of resolution 1373 (2001), the SC established the Counter-Terrorism Committee (hereinafter CTC), a subsidiary organ of the SC under Article 29 of the UN Charter.²²³ In the preamble of that resolution, it affirmed the need to combat terrorist threats to international peace and security 'in accordance with the Charter of the United Nations'.²²⁴ In turn, Article 24(2) of the Charter establishes that in discharging its duties for the maintenance of international peace and security, the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. For their part, the Purposes and Principles of the UN Charter seek '[t]o achieve international co-operation...in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion'.²²⁵ It has been argued that all States nowadays universally accept the UN Charter and that its dispositions apply to all nations.²²⁶ In resolution 1452 (2002), the Council determined that the financial

²²² UN Doc. S/RES/1456 (2003), para. 6.

²²³ UN Doc. S/RES/1373 (2001), para. 6: 'Decides to establish, in accordance with rule 28 of its provisional rules of procedure, a Committee of the Security Council, consisting of all the members of the Council, to monitor implementation of this resolution, with the assistance of appropriate expertise'.

²²⁴ UN Doc. S/RES/1373 (2001), preamble.

²²⁵ *United Nations Charter*, Article 1(3).

²²⁶ See 'Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law', *ILC Yearbook* (2006), Vol. II Part Two. Hereinafter *Koskenniemi Report*.

freezes would not be applicable to funds covering basic expenses, such as 'payments for foodstuffs, rent or mortgage, medicines and medical treatment, taxes, insurance premiums, and public utility charges, or exclusively for payment of reasonable professional fees and reimbursement of incurred expenses associated with the provision of legal services'.²²⁷ The consequences of not having such a disposition would logically be to leave those listed as indigent and are clearly addressing the right to property, which is enshrined in several constitutional provisions.²²⁸

Pursuant to resolution 1535 (2004), the Counter-Terrorism Executive Directorate (CTED) was created to give policy guidance to the CTC.²²⁹ Pursuant to its mandate, the CTED included a human rights expert in its staff and concluded an agreement with the High Commissioner for Human Rights.²³⁰ However, in a subsequent report, the Special Rapporteur on human rights and counterterrorism stated that the CTC, 'in its dialogues with States has been routinely asking questions about a long list of crime investigation techniques that manifestly constitute interferences with the right to privacy and family life...Against this background, it is problematic that the CTC seems to be recommending that the potential range of investigative techniques...should be maximized.'²³¹ It furthermore adds that 'Unless the applicable human rights standards are referred to in this type of question, States may get the impression that they are requested to expand the investigative powers of their law enforcement authorities at any cost to human rights.'²³² This shows that the CTC's reluctance to address human rights directly. Moreover, in October 2009, the High Commissioner for Human Rights, Navanethem Pillay stated during a briefing to the CTC that:

'[s]ince the adoption of Security Council resolution 1373 in 2001, numerous States have put in place and applied provisions that derogate from binding international human rights instruments. Others have used the fight against terrorism to act outside existing law or judicial control. In this respect, Security

²²⁷ UN Doc. S/RES/1452 (2002) para. 1(a).

²²⁸ See Art. 14 of the Mexican Constitution and Art. 26 of the Federal Constitution of Switzerland.

²²⁹ UN Doc. S/RES/1535 (2004) para. 2.

²³⁰ UN Doc. S/2004/124, Proposal for the Revitalization of the Counter Terrorism Committee.

²³¹ UN Doc. E/CN.4/2006/98, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, para. 60.

²³² *Ibid.*

Council resolution 1373, vital as its objectives undeniably are, in some cases has had a very serious negative impact on human rights.²³³

As illustrated, the desirable standards are far from being reached. The High Commissioner went on to describe specific rights which have been infringed, among which four will be considered below: the right to a fair trial, the *nullum crimen sine lege* principle, the right to a remedy and the right to property.

An important development to curtail conflict with human rights obligations of states is the establishment of the Office of the Ombudsperson created by Security Council Resolution 1904 (2009) to deal with the Al-Quaida Sanctions List.²³⁴ The process for consideration of a request consists of a three-tiered process of information gathering, dialogue between the delisting petitioner and the relevant states mediated by the Ombudsperson, and a discussion and decision emanating from the Sanctions Committee.

IV. Specific Human Rights Violations through Listing.

4.1 *Nullum Crimen Sine Lege.*

The *nullum crimen* principle states that offences prosecuted are to be clearly defined by law. Whereas the domestic criminalization of the support and financing of terrorism pursuant to resolution 1373 may fulfill the requirements of *nullum crimen* through legislative or administrative dispositions, the freezing measures of resolution 1267 don't live up to the same standard. All Member States directly apply them upon listing an individual. Motives for listing may vary from country to country. Considerations are mainly based on security standards, but policy reasons are inevitably influential. After all, the SC is a political body. In addition, some States may not have enacted legislation concerning terrorism, and those that have might find it painstakingly hard to frame the listed entity's conduct within its counter-terrorism legislation. According to the European Court of Human Rights (ECHR), '[i]t is not however apparent to the Court that a resolution of the Security Council is sufficient in itself to create an "international offence" that is prosecutable'.²³⁵

The fact that the SC conducts listing procedures, and gives States a large margin of interpretation to submit candidates for listing, creates great uncertainty, and runs contrary to the *nullum crimen* principle.

²³³ Address of the UN High Commissioner for Human Rights to the Counter-Terrorism Committee of the Security Council, New York, 29 October 2009, p. 6. On file with the author.

²³⁴ The mandate was recently extended by SC Resolutions 1989 (2011) and 2083 (2012).

²³⁵ *Zollmann v United Kingdom*, *supra* note 42 at p. 11.

4.2 The Right to a Fair Trial.

Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) guarantees the right to a fair trial. Moreover, General Comment No. 29 of the Human Rights Committee has held that ‘the principles of legality and the rule of law require that fundamental requirements of fair trial must be respected during a state of emergency’²³⁶ regardless of the absence of a specific provision guaranteeing the right to a fair trial in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Even though the SC listing measures described above do not amount to a trial or the attribution of criminal responsibility, the obligation of States to freeze assets and impose travel bans can be categorized as measures tantamount to administrative or criminal punishment, pursuant to which there has been no process or trial, and which are a *fait accompli* as soon as the entity is listed without a right of reply, a right to be heard, or a right to confront or contest the evidence is presented against him or her. In this sense, the presumption of innocence is also violated.

Even by taking the CTC’s stand, which affirms that the Consolidated List is not a criminal one, the ECHR has stated that a criminal charge may ‘in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect’.²³⁷ Following this analysis, the SC lists could be squarely defined as a criminal charge, and could therefore be validly contested in the European judicial system of human rights protection as not guaranteeing the right to a fair trial.

4.3 The Right to a Remedy.

The right to a judicial remedy is guaranteed by Article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 13 of the European Convention of Human Rights. There is no judicial remedy available to persons listed by the 1267 Committee. The procedures through which individuals can contest their presence on the consolidated lists are not judicial in nature. As previously described, there are three ways to request de-listing: the first is to convince a State to bring the cause forward in the 1267 Committee, the second is to address the Focal Point for De-listing and the third necessitates the intercession of the Ombudsperson. Neither of these options guarantees that the matter will be considered except for the procedure recently established by the Ombudsperson as

²³⁶ UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, General Comment No. 29 on States of Emergency (Article 4) of 31 August 2001, para. 16.

²³⁷ *Eckle v Germany*, European Court of Human Rights, 1982, Series A, No. 51 5 EHRR, 1983, para. 73.

described above. Since States are not obligated to take up these causes, they may decline to bring the issue forward if they have policy or other concerns. For its part, the Focal Point can decline the request if one of the Member States of the 1267 Committee manifests its will thereto, and the applicant will be so notified without motivating the decision. For their part, the recommendations of the Ombudsperson are subject to the consensus of the Sanctions Committee. If no consensus emerges from the Ombudsperson's recommendation, the decision to delist rests on the Council as a whole. This mechanism, although a commendable and valuable one which attempts to take all relevant circumstances into account, cannot be said to amount to a fully adversarial judicial process where the individual has equality of arms to defend their cause.

4.4 The Right to Property.

The freezing of assets has direct consequences on the right to property, which has been recognized by the European Court of First Instance as a *jus cogens* principle in the *Kadi* case pursuant to Article 1 of the First Protocol to the ECHR.²³⁸ In this respect, the Court said that 'it is only an arbitrary deprivation of that right that might...be regarded as *jus cogens*.'²³⁹ The right to property is also recognized in Article 21 of the American Convention on Human Rights and in Article 17(1) of the Universal Declaration of Human Rights of 1948. Even though the SC has adopted measures to avoid that the financial freezes are not applicable to expenses addressing basic needs, as it did in resolution 1452 (2002), the right is still encroached if persons do not have the ability to freely dispose of their property. Interestingly in the *Kadi* case, the Court of First Instance considered the freezing of funds of the applicant as a 'temporary precautionary measure',²⁴⁰ which, as opposed to confiscation, does not affect the substance of the right to property and, according to the Court of First Instance, was not arbitrary in nature. This criteria was reversed in Mr. Kadi's appeal to the European Court of Justice, as will be described below.

V. The European Union's Judicial Response to Listing Procedures.

Domestic implementation has been one of the most controversial aspects of the SC listing regime, since each State will have its own way of complying with the obligations deriving

²³⁸ *Yassin Abdullah Kadi v Council and Commission*, Court of First Instance of the European Communities, Judgment of 21 September 2005, Case T-315/01.

²³⁹ *Ibid*, para. 242.

²⁴⁰ *Ibid*, para. 248.

from the SC sanctions regimes. Indeed, '[d]omestic legal systems not only have their constitutional or statutory rules for incorporation, but also their own criminal law and procedure as well as administrative law and practices, which may be inspired by different legal traditions'.²⁴¹ This matter gains complexity within a self-contained regime of institutional law, such as that of the European Union (hereinafter EU). As EU Member States have acted in compliance with SC resolutions calling for listing, those affected have seized the communitarian courts to assert the provided by the European Convention on Human Rights. The judicial outcomes that have ensued and the arguments used to support them are a very useful yardstick to measure the effectiveness of SC listing measures, their legitimacy, legality and, most importantly, compatibility with EU human rights law. Finally, they draw interesting conclusions concerning the relationship between the EU's human rights regime, and the legal regime governing international peace and security. The relevance of the judicial decisions analyzed below find basis on the fact that they have strongly influenced judicial bodies in other jurisdictions concerning the application of the SC listing regime.

5.1 The *Kadi* Case in the European Court of First Instance.

The European Union is bound by the effect of SC resolutions through its legal order, particularly through Articles 297 and 307 of the European Community Treaty. Mr. Kadi is a Saudi national who was listed by the 1267 Committee on 19 October 2001. His assets were frozen pursuant to EU Regulations enforcing the dispositions of the SC.²⁴² When contesting these regulations in the Court of First Instance of the European Communities, he demanded the annulment of the Regulations, alleging breaches of his fundamental rights. Firstly, he alleged the breach of the right to be heard, secondly, the right to property and of the principle of proportionality, and thirdly, the right to effective judicial review. In considering his pleas, the Court of First Instance (hereinafter CFI) considered the general relationship between the international legal order under the aegis of the UN, particularly the regime of international peace and security, and the Communitarian legal order. It also considered the extent to which the Community and its Member States are bound by resolutions of the SC adopted under Chapter VII of the Charter.

²⁴¹ A. Bianchi, 'Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures', *supra* note 25, 893.

²⁴² Particularly Regulation No. 467/2001 and Regulation No. 2062/2001.

When examining the relationship between the UN and Communitarian legal orders, the CFI ruled that from the standpoint of international law, Member States are bound to respect the principle of primacy of their obligations under the UN Charter enshrined in Article 103, which means that the obligation established in Article 25 of the Charter to carry out decisions of the SC prevails over any other obligation they may have entered into under international agreements.²⁴³ The CFI went on to say that the obligation to respect the principle of primacy of obligations undertaken by the UN Charter is not affected by the EC Treaty,²⁴⁴ since it was an obligation that arose before the Treaty, and falling within the temporal scope of Article 307 EC which reads in its relevant part: ‘The rights and obligations arising from agreements concluded before 1 January 1958 or, for acceding States, before the date of their accession, between one or more Member States on the one hand, and one or more third countries on the other, shall not be affected by the provisions of this Treaty’.

The CFI stated that the mandatory nature of the SC resolutions did not bind the Community, since the Charter of the UN does not bind it directly because it is not a member of the Organization, nor is it the successor of the rights and obligations of EU Member States. Nevertheless, it concluded that mandatory force of UN obligations binds the Community by virtue of Community law.²⁴⁵ Following this logic, the Community may not infringe the obligations imposed on its Member States by the UN Charter or impede their performance, and furthermore, it should adopt all the measures necessary to enable its Member States to fulfill those obligations.

Concerning its power to consider the human rights breaches raised by Mr. Kadi, the CFI makes one of the most sweeping statements of the judgment: ‘the resolutions of the Security Council at issue fall, in principle, outside the ambit of the Court’s judicial review...the Court has no authority to call in question, even indirectly, their lawfulness in the light of Community law. On the contrary, the Court is bound, so far as possible, to interpret and apply that law in a manner compatible with the obligations of Member States under the Charter of the United Nations.’²⁴⁶ However, it declared itself competent to indirectly consider the lawfulness of SC resolutions using *jus cogens* as a standard which

²⁴³ *Yassin Abdullah Kadi v Council and Commission*, Court of First Instance of the European Communities, Judgment of 21 September 2005, Case T-315/01, paras. 181 to 184.

²⁴⁴ *Ibid*, paras. 185 to 188.

²⁴⁵ *Ibid*, para. 193.

²⁴⁶ *Ibid*, para. 225.

is binding on all subjects of international law. It is under this light that Mr. Kadi's human rights submissions were considered.

As to the right to property, the CFI decided that there had been no such violation, since the freezing of funds did not constitute an arbitrary, inappropriate or disproportionate measure.²⁴⁷ As regards his right to be heard before the Community's authorities before the contested regulations were adopted, the CFI decided that the Council was not obligated to hear the applicant before a regulation was applied.²⁴⁸ With regard to his right to be heard by the Sanctions Committee, the CFI simply pointed out that no such process exists and that the SC resolutions do not provide any right of audience, but noted the procedure established by the Focal Point on de-listing although the Ombudsperson mechanism was not yet in place.²⁴⁹ Lastly, regarding the right to judicial review, the CFI underlined that its own full judicial review of the contested Regulation's lawfulness, and the indirect review of the Security Council's resolutions demonstrated that this right had not been violated.²⁵⁰

After this judgment, several jurisdictions followed the same path, such as Swiss Federal Supreme Court in the *Nada* case.²⁵¹ Here, the applicant had made a request for de-listing, given that the criminal proceedings against him had been terminated domestically. By following the same path as the CFI, the Swiss Federal Supreme Court invoked Article 103 of the UN Charter. Moreover, it emulated the *jus cogens* policy followed by the CFI in *Kadi*, but in a slightly different way: while determining that the only limits to the implementation of SC resolutions were *jus cogens* norms, it decided that the fundamental rights and procedural guarantees invoked by *Nada* did not belong to *jus cogens*.²⁵² Finally, it conceded that whereas the de-listing procedure available to individuals was not in accordance with the standards of judicial control granted by the Swiss Constitution, it was not in a position to correct that situation, which must be remedied by an international mechanism within the UN framework.²⁵³ This shows the dangers of using such a high principle as a yardstick to measure human rights. The policy followed by these two tribunals must be criticized, because they did not distinguish between the regime of *jus*

²⁴⁷ *Ibid*, paras. 243 to 251.

²⁴⁸ *Ibid*, para. 259.

²⁴⁹ *Ibid*, paras. 261 and 262.

²⁵⁰ *Ibid*, para. 283.

²⁵¹ *Youssef Nada v State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, Administrative appeal judgment, Case No 1A 45/2007; ILDC 461 (CH 2007)

²⁵² *Ibid*, para. 7(4).

²⁵³ *Ibid*, para. 8(3).

cogens norms and the regime of human rights. They remain distinct, and each has their own attributes and values.

5.2 The *Kadi* Case in the European Court of Justice.

The European Court of Justice (ECJ) overturned the CFI's judgment on *Kadi* in September 2008.²⁵⁴ In this judgment the ECJ adopted a completely different view regarding the applicable law. Instead of engaging in a systematic overview of EU law and its relationship with the UN regime of peace and security, it limited itself to analyzing its own legal system and its own human rights regime. It concluded that 'it is not a consequence of the principles governing the international legal order under the UN that any judicial review of the internal legal lawfulness of the contested regulation in the light of fundamental freedoms is excluded by virtue of the fact that the measure is intended to give effect to a resolution of the Security Council adopted under Chapter VII of the United Nations.'²⁵⁵ In this sense, it concluded that the Community judicature must, in accordance with the EC Treaty powers it has been conferred, ensure the full review of the lawfulness of all Community acts in light of general principles of Community law, 'including review of Community measures which, like the contested regulation, are designed to give effect to the resolutions of the Security Council under Chapter VII of the United Nations.'²⁵⁶ Thus, the ECJ effectuates its review within Community law, and not within international law, as the CFI did before.

The ECJ went on to analyze the human rights violations invoked by Mr. Kadi concerning his listing and the measures applied against him. In balancing these human rights interests with the regime of international security, it stated that it is the work of the Community judicature to apply "in the course of judicial review it carries out, techniques which accommodate, on the one hand, legitimate security concerns about the nature and sources of information...and, on the other, the need to accord the individual a sufficient measure of procedural justice."²⁵⁷ Concerning the right to a remedy, the ECJ determined that it had not been observed given the failure to inform the applicant of the evidence adduced against him, and the fact that the infringement had not been remedied in the

²⁵⁴ *Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission*, ECJ, Judgment of 3 September 2008.

²⁵⁵ *Ibid* para. 298.

²⁵⁶ *Ibid* para. 326.

²⁵⁷ *Ibid* para. 344.

course of the actions of the CFI.²⁵⁸ It was therefore held that the contested Regulation was adopted without any guarantee being given as to the communication of inculpatory evidence, or as to the right of being heard in that connection, and that the principle of effective judicial protection had been violated.²⁵⁹

Concerning the right to property, the ECJ found that the contested Regulation was adopted without furnishing any guarantee enabling Mr. Kadi to 'put his case to the competent authorities, in a situation in which the restriction of his property rights must be regarded as significant, having regard to the general application and actual continuation of the freezing measures affecting him'.²⁶⁰ This constituted an unjustified restriction of Mr. Kadi's right to property.

In the end, the ECJ set aside the Court of First Instance judgment and annulled the Council Regulations imposing financial freezing measures insofar as they concerned Mr. Kadi.

The judicial policy that the ECJ followed was framed in the European human rights regime, and did not rely on a hierarchy of norms between the UN system and the European one. This approach is far better than the one taken by the CFI, since it leaves it to States individually to establish measures which will implement the sanctions regimes of the SC, while ensuring respect of regional and international human rights instruments.

VI. Conclusion.

The listing procedures continue taking place in the SC. Member States continue to comply with the provisions of the resolutions imposing sanctions and asset freezes upon individuals and collective entities. However, important judicial precedents, such as *Kadi* in the ECJ have made the SC more reluctant to further develop this questionable sanctions regime. Indeed, the establishment of an Ombudsperson has undoubtedly been a step in the right direction, as the office strives to guarantee the procedural rights of petitioners.

It has also been demonstrated that the SC's far-reaching attempts to curtail terrorism with measures such as listing procedures can be counterproductive in the fight against terrorism, as it has clearly produced more conflicts of law than was initially thought. In the first place, it stands in sharp contrast with minimum human rights that are recognized in the majority of States. Secondly, they are at odds with domestic procedures which seek to

²⁵⁸ *Ibid* para. 350.

²⁵⁹ *Ibid* para. 352.

²⁶⁰ *Ibid* para. 369.

curtail terrorism, or which already have similar procedures in order to deter international and transnational crime.

It would be desirable that the SC satisfied its commitment to the maintenance of international peace and security without entering the realm of quasi-judicial determinations and quasi-legislative measures applicable to all States. Firstly, its legal authority to act in this manner is doubtful after close scrutiny of the UN Charter. Secondly, it does not enjoy the means, expertise and bodies to ensure the protection of human rights when discharging its duties, the obvious reason being because its primary function concerns peace and security. But one must not lose sight of the ultimate purpose: 'We the Peoples.'

Bibliography

1. Index of Authorities

- J. Alvarez, 'Hegemonic International Law Revisited', 97 *American Journal of International Law* (2003) 873-87.
- A. Bianchi (ed), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Hart Publishing, Oxford and Portland (2004).
- A. Bianchi, 'Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion', 17 *European Journal of International Law* (2006) 881-919.
- D. Dyzenhaus, 'The Rule of (Administrative) Law in International Law', 68 *Law and Contemporary Problems* (2005) 127-66.
- J.A. Frowein, 'Introduction to Chapter VII', in B. Simma (ed), *The Charter of the United Nations*, (2002) Oxford, Oxford University Press.
- I. Johnstone, 'The UN Security Council, Counterterrorism and Human Rights' in A. Bianchi, A. Keller (eds), *Counterterrorism: Democracy's Challenge*, Oxford, Hart (2008) 335-53.
- L. G. Radicati di Brozolo and M. Megalini, 'Freezing the Assets of International Terrorist Organizations' in A. Bianchi (ed), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford, Hart (2004) 377-413.
- P. Szasz, 'The Security Council Starts Legislating', 96 *American Journal of International Law* 96 (2002) 901-4.

United Nations Documents

Charter of the United Nations, 892 UNTS 119, 26 June 1945.

Security Council

S/RES/687 (1991) of 3 April 1991.

S/RES/713 (1991) of 25 September 1991.

S/RES/733 (1992) of 23 January 1992.

S/RES/748 (1992) of 31 March 1992.

S/RES/788 (1992) of 19 November 1992.

S/RES/794 (1992) of 3 December 1992.

S/RES/883 (1993) of 11 November 1993.

S/RES/914 (1994) of 27 April 1994.

S/RES/917 (1994) of 6 May 1994.

S/RES/1132 (1997) of 8 October 1997.

S/RES/1214 (1998) of 8 December 1998.

S/RES/1267 (1999) of 15 October 1999.

S/RES/1333 (2000) of 19 December 2000.

S/RES/1373 (2001) of 28 September 2001.

S/RES/1390 (2002) of 28 January 2002.

S/RES/1452 (2002) of 20 December 2002.

S/RES/1456 (2003) of 20 January 2003.

S/RES/1535 (2004) of 26 March 2004.

S/RES/1822 (2008) of 30 June 2008.

Economic and Social Council

Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/2006/98, 28 December 2005.

Reports of the Secretary General

Proposal for the Revitalization of the Counter Terrorism Committee, Annex to UN Doc. S/2004/124, 19 February 2004.

Fourth report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team appointed pursuant to Security Council resolutions 1526 (2004) and 1617 (2005) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities, Annex to UN Doc. S/2006/154, 10 March 2006.

International Law Commission

Martti Koskenniemi, Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, *Yearbook of the International Law Commission* (2006), Vol. II Part Two..

Human Rights Committee

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Committee, UN Doc. CCPR /C/79/Add.93 (1998), 18 August 1998.

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Committee UN Doc. CCPR/CO/71/SYR (2001), 24 April 2001.

General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4), Human Rights Committee, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), 31 August 2001.

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Committee, UN Doc. CCPR/CO/76/EGY (2002), 28 November 2002.

Online Information

Consolidated List, website of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999), available at <http://www.un.org/sc/committees/1267/consolist.shtml>, last visited on 5 July 2013.

Guidelines of the Security Council Committee Pursuant to Resolutions 1267 (1999) and 1989 (2011) Concerning Al-Qaida and Associated Individuals and Entities, available at http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267_guidelines.pdf, last visited on 5 July 2013.

Narrative Summaries of Reasons for Listing, website of the Security Council 1267/1989 Committee, available at <http://www.un.org/sc/committees/1267/NSTIH601E.shtml>, last visited on 5 July 2013.

Statistics Relating to the Focal Point for De-listing established pursuant to Security Council Resolution 1730 (2006), available at <http://www.un.org/sc/committees/dfp.shtml>, last visited on 5 July 2013.

European Court of Human Rights

Eckle v Germany, ECHR, 1982, Series A, No. 51 5 EHRR, 1983.

Zollmann v United Kingdom, European Court of Human Rights, decision on admissibility of 27 November 2003.

European Communities Court of First Instance

Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission, Court of First Instance of the European Communities, Judgment of 21 September 2005, Case T-315/01.

European Court of Justice

Yassin Abdullah Kadi v. Council and Commission, ECJ, Judgment of 3 September 2008.

International Conventions

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, CETS No. 005.

International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, 999 UNTS 171.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, 993 UNTS 3.

Other Documents

Expert Seminar on Targeting UN Financial Sanctions, Interlaken, Switzerland, March 1998.

Report on the Interlaken Expert Seminar on Targeting UN Financial Sanctions (1998), available at

<http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00620/00639/00641/index.html?lang=en>, last accessed on 5 July 2013.

Report on the 2nd Interlaken Seminar on Targeting UN Financial Sanctions (1999)

available at

<http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00620/00639/00641/index.html?lang=en>, last accessed on 5 July 2013.

EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD: HACIA UNA NUEVA PERSPECTIVA BASADA EN LOS DERECHOS HUMANOS.

SOCIAL MODEL OF DISABILITY: TOWARD A NEW PERSPECTIVE BASED ON HUMAN RIGHTS.

Jorge Alfonso VICTORIA MALDONADO*

RESUMEN. El modelo social de la discapacidad se presenta como un nuevo paradigma del tratamiento actual de la discapacidad, que ha tenido un desarrollo teórico y también normativo. Es un modelo que considera que las causas que originan la discapacidad no son religiosas, ni científicas, sino que son, en gran medida, sociales. Desde esta nueva perspectiva, se pone énfasis en que las personas con discapacidad pueden contribuir a la sociedad en iguales circunstancias que el resto de las demás personas, pero desde una valoración a la inclusión y el respeto a lo diverso. Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con los valores esenciales que fundamentan los Derechos Humanos, como la dignidad humana, la libertad personal y la igualdad, que propician la disminución de barreras y que dan lugar a la inclusión social, que pone como base los principios como: autonomía personal, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros. Se parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción social, no es la deficiencia que impide a las personas con discapacidad acceder o no a un determinado ámbito social, sino los obstáculos y barreras que crea la misma sociedad, que limitan e impiden que las personas con esta desventaja, incluyan, decidan o diseñen con autonomía su propio plan de vida en igualdad de oportunidades.

Palabras clave. Modelo social de la discapacidad, derechos humanos, accesibilidad universal, discriminación, barreras sociales.

ABSTRACT. The social model is a new paradigm for the actual treatment of disabilities, which has been experiencing theoretical and legal developments. The model considers

* Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán. victoria66456@hotmail.com

that the origins of disability are neither religious nor scientific, but largely due to social factors. From this new perspective, it is emphasized that people with disabilities can contribute to society in the same circumstances as the rest of the population, from the viewpoint of inclusion and respect of diversity. This model is closely related with human rights based values, such as human dignity, individual freedom and equality, which foster the reduction of barriers and lead to social inclusion setting the foundation of the following principles: personal autonomy, non-discrimination, universal accessibility, standardization, civil dialogue, inter alia. The premise is that disability is a social construction. Therefore, it is not the deficiency which prevents people with disabilities to access or not to a particular social sphere, but the obstacles and barriers created by the society itself limiting and preventing people with disabilities to be included, and to decide or design autonomously their own life plan from an equal opportunity standpoint.

Keywords: Social model of disability, human rights, universal accessibility, discrimination, social barriers.

I. Introducción.

La población con discapacidad desde una perspectiva de derechos humanos, deben estar dirigidos a equilibrar el acceso al ejercicio pleno de sus derechos y oportunidades en una sociedad dentro de la cual puedan desarrollar libremente y con dignidad sus propios planes y proyectos de vida. La sociedad mexicana ha estado viviendo graves conflictos que influyen negativamente en las personas con discapacidad, pensemos en la inseguridad, la falta de empleo, etc. De tal forma que la posibilidad de ubicar a estos grupos bajo la visión de los Derechos Humanos, consiste e implica controlar las trasgresiones por parte de las instituciones públicas, así como actos de particulares y de algunos grupos privados que igualmente los agreden. El principio de universalidad de los Derechos Humanos no encaja de manera uniforme en el contexto actual en el que se desarrolla experimenta y vive este grupo en situación de vulnerabilidad. La aplicación de las concepciones de los Derechos Humanos que no consideren la especificidad y la realidad social de esta población contradice el principio constitucional que garantiza la igualdad real y el trato preferente para las personas con discapacidad. Principios que vemos claramente consagrados en el artículo 1° de la Constitución mexicana.

En efecto, en la actualidad, las personas con discapacidad son consideradas desde el ámbito de los Derechos Humanos, como titulares plenos de derechos. Por ello,

hay que definir el contenido material y el alcance de los derechos, para lograr su vinculación y su visibilidad, de manera que sean exigibles para con la sociedad y las instituciones públicas, regulando mecanismos sencillos y expeditos de protección que garanticen su efectividad. Es decir, debe producirse el tránsito de *ciudadanos invisibles*, debido a las enormes barreras a las que se enfrentan continuamente, a *ciudadanos iguales y participativos*, por su integración en la vida de la comunidad.²⁶¹ En las últimas décadas estamos viendo un desarrollo importante, que va en ascenso, en los cambios que se están produciendo en nuestras sociedades occidentales respecto a las personas con discapacidad. Estos cambios, que se notan en todos los ámbitos, han supuesto una transformación en el propio modelo en que se estructura la forma de percibir y tratar a las personas con discapacidad en nuestras sociedades, pasándose de lo que se conoce como *modelo rehabilitador* al actual *modelo social*, que significa entender la cuestión de la discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos, señalando cómo este modelo supone un progreso frente a los modelos anteriores: el de *prescindencia*, el de *marginación* y el *rehabilitador*.²⁶² Precisamente en las últimas décadas la discapacidad ha sido considerada como una construcción socio-cultural dentro de un discurso basado en derechos, inspirada por los movimientos sociales de la década de los setentas. Los activistas de la discapacidad enfrentan la tarea de recrear la cultura de la *diferencia*, celebrando la *diferencia*. Se plantean debates muy intensos sobre la relación entre conceptos de equidad, igualdad, diferencia, similitud y su relación con los debates de la discapacidad.²⁶³

En efecto, hemos de comprender, que en la actualidad se está produciendo un cambio de percepción respecto a las personas con discapacidad, es decir, antes se les consideraba como personas enfermas, que debían de superar carencias y deficiencias a fin de adaptarse lo mejor posible a la sociedad existente, para lo que se les ofrecía el adecuado tratamiento médico, o en su caso, prestaciones económicas o sociales, que eran consideradas como beneficencia. Hoy en día, las personas con discapacidad son vistas como un colectivo de personas que se encuentran en una especial situación de

²⁶¹ Vid; Martínez, J. L., (ed.), *Exclusión Social y discapacidad*, Madrid, España, Universidad Pontificia de Comillas, 2005, p. 123.

²⁶² Vid; Campoy Cervera Ignacio., *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Carlos III-Dykinson, 2004, p. 10.

²⁶³ Moreno Angarita, Marisol., «Pistas para el diálogo entre salud pública y discapacidad: hacia una comprensión de la evolución del concepto de discapacidad», *Cuadernos del doctorado n° 8, Salud pública y discapacidad*, Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 76.

desventaja social debido a que la sociedad ha construido un “entorno”²⁶⁴ preparado sólo para un determinado estándar de personas con ciertas características; lo que traído como consecuencia, que tengamos que solucionar ese estado de cosas desde un reconocimiento de los derechos de igualdad y no discriminación de este grupo en situación de vulnerabilidad.²⁶⁵ Un cambio puede verse reflejado, en buena medida, en la evolución jurídica que se ha seguido en Yucatán (México), es la reciente expedición de la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación del Estado de Yucatán,²⁶⁶ en la que se reconocen los derechos a la igualdad y no discriminación y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como la promulgación del reglamento respectivo, con lo que se abre el camino a la instauración de políticas públicas eficaces para este sector poblacional.

Es necesario, entonces, como parte de una sociedad que empieza a reconocerse como una unidad en la diferencia, de manera especial y en el marco del enfoque de los Derechos Humanos, efectuar un estudio detallado que amplíe los horizontes de la dignidad humana y propicie que la calidad de vida se equilibre en beneficio de las personas con discapacidad. Estamos convencidos que los Derechos Humanos, además de ser percibidos de manera que respondan a la diversidad cultural y la diferencia, deben considerarse también de distinta manera. Para caracterizar esta nueva forma de aplicación de los Derechos Humanos, sugerimos tres líneas de reflexión que se interrelacionan de diferente forma: La primera, se relaciona con la capacidad que tiene un grupo de conocerse a sí mismo sobre la base de elementos fundados en el desarrollo de su propia realidad. En esta línea de análisis se resuelve los cuestionamientos ¿Quiénes somos? ¿Cómo pensamos? La segunda línea se enmarca en una identificación social, según la cual nos reconocemos como miembros, pero también reconocemos al otro, es decir, como sociedad definimos y luchamos por espacios en donde podamos participar y ser tenidos en cuenta. Esta línea resuelve el interrogante; Como grupo diferenciado por discapacidad ¿cómo podemos ser tomados en cuenta dentro de la mayoría?²⁶⁷

²⁶⁴ Podemos definir el *entorno* como: «el conjunto de elementos naturales y artificiales donde se desarrolla la vida humana». Vid; Polonio, B., / Ruiz, J., «Accesibilidad integral», en, *Rehabilitación clínica integral: funcionamiento y discapacidad*, Barcelona España, Ed. Masson, 2003, p. 437.

²⁶⁵ Vid; Campoy Cervera Ignacio, *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Op. Cit., p. 10.

²⁶⁶ Publicada en el Diario Oficial del Estado el 6 de julio de 2010. http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/programas/mujer/5_LegislacionNacionalInternacional/5.3/Yucatan/E.pdf Fecha de consulta el día 14 de mayo 2013.

²⁶⁷ Vid; Parra Dussan, Carlos, (Ed.), *Derechos Humanos y discapacidad*, Bogotá, Colombia, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004, pp. 15-16.

Finalmente, la tercera línea de reflexión se refiere a la política pública que articula el conocimiento con la sociedad, en la medida en que el conocer como sociedad o conocer otras sociedades implica poder exigir derechos y obtenerlos conlleva igualmente a que éstos sean reconocidos. Tal reconocimiento involucra la participación en todos los ámbitos de la sociedad. Esta tercera línea determina concepciones básicas relativas al disfrute de los derechos; preguntas como ¿qué derechos tienen las personas con discapacidad como minoría o grupo vulnerable? En este sentido, insistimos en la importancia de perfeccionar los mecanismos jurisdiccionales que tutelan los derechos de las personas con discapacidad en el Estado mexicano, así valorar el papel que desempeñan los organismos no jurisdiccionales el ámbito nacional y estatal que propenden por el bienestar de este grupo vulnerable.

Un análisis profundo de la realidad de la discapacidad en nuestro país, debe incluir temas como: determinar la situación actual de la población con discapacidad en México, analizando aspectos sociales, económicos y culturales; establecer el marco normativo vigente nacional y estatal para determinar cuáles aspectos pueden mejorar, buscando una regulación reflejo de la realidad mexicana; establecer cuáles son los derechos que más se garantizan o se vulneran a las personas con discapacidad y analizar cuál es la legislación vigente en el derecho internacional que protege y garantiza los derechos de las personas con discapacidad, determinando su incorporación a la normativa interna mexicana.

La respuesta a estos cuestionamientos permitirá generar una propuesta que aporte mayores garantías a las personas con discapacidad en los conflictos sociales, recomendaciones y propuestas para que el Estado se ajuste a la normatividad nacional e internacional y a los principios constitucionales que rigen esta materia.

II. Modelo social de la discapacidad.

El avance en la comprensión de la discapacidad y su teorización no es un proceso aislado de la realidad que se sitúa sólo en el plano de las ideas. Resulta evidente que está interrelacionado e impulsado por los acontecimientos socio-políticos, culturales y económicos que suceden en cada época histórica. Así, desde las décadas de los años sesenta y setenta del siglo XX, especialmente en el contexto de Estados Unidos, Gran Bretaña, países escandinavos, y más recientemente en España, aparecen diversos movimientos sociales por parte de colectivos «desfavorecidos», como personas de raza negra y otras minorías étnicas, mujeres y personas con discapacidad, que denuncian su

situación de marginación y piden el reconocimiento de sus derechos civiles como ciudadanos y ciudadanas en situación de igualdad social. En el caso de las personas con discapacidad surge en Estados Unidos el denominado *Independent Living Movement* (Movimiento de Vida Independiente), y otros grupos de similares características en otros países. Estos movimientos nacen y son promovidos por los propios discapacitados y discapacitadas y sus familias, que rechazan la vida en instituciones apartadas y ser sometidas a programas de rehabilitación, sin tener ningún control sobre sus vidas. Estas personas manifiestan que se sienten «oprimidas» y reclaman sus derechos pidiendo tomar por sí mismas las riendas de sus vidas.²⁶⁸

Es así que desde esta perspectiva de las políticas emancipadoras, cobran importancia las concepciones sobre “*persona*” y sobre “*sujeto*”, de tal manera, que los Derechos Humanos se ubican como los argumentos necesarios y oportunos para sacar de los límites al discapacitado y ubicarlo dentro de la sociedad como un actor social. De este modo el problema de la discapacidad no está en el individuo sino en la sociedad que lo rodea, en el contexto que lo acoge o lo rechaza.²⁶⁹ Una de las tentativas iniciales de aproximar la discapacidad a la cultura de los Derechos Humanos fue hecha en Inglaterra en la década de 1970 con la participación de un grupo de activistas con discapacidad que formaban parte del movimiento *de vida independiente* y de otros movimientos sociales, que denuncian su situación de marginación y reivindicaban la falta de reconocimiento de sus derechos civiles como ciudadanos y ciudadanas en situación de igualdad social. Lo que tuvo como resultado la redacción de un documento denominado *Los Principios Fundamentales de la Discapacidad*. Posteriormente, Mike Oliver presentó este conjunto de líneas bajo la denominación del *modelo social de la discapacidad*.²⁷⁰ En el mismo, se establecía, por primera vez, una diferenciación entre la *deficiencia* y la *discapacidad*, al tiempo que se explicaba que la discapacidad tenía que ser abordada holísticamente, es decir, como un todo, ya que en ella confluían una serie de dimensiones. En este sentido, el modelo social ha enfatizado en las barreras económicas, medioambientales y culturales en el contexto. Entre las barreras mencionadas, se señalan de una forma pormenorizada la inaccesibilidad a la educación, a los sistemas de comunicación e información, a los

²⁶⁸ Vid; Barnes Colin, «Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental», en Barton, L., (Comp.). *Discapacidad y Sociedad*, Madrid Morata, 1998, pp. 59-76

²⁶⁹ Vid; Muñoz Borja Patricia, *Construcción de sentidos del mundo de la discapacidad y la persona con discapacidad. Estudios de casos*, Cali, Colombia, Universidad del Valle, 2006, p. 69.

²⁷⁰ Vid; Oliver M., ¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada? En, Barton L., (Comp.). *Discapacidad y sociedad*, Madrid, Morata, 1998, pp. 34-58. Del mismo autor vid; *The Politics of Disablement*. Basingstoke: McMillan, 1990. *Understanding Disability*. Basingstoke: McMillan, 1996.

entornos laborales, al transporte, a las viviendas y los edificios públicos, o a los de servicio de apoyo social y sanitarios no discriminatorios. Se refiere a la devaluación de las personas etiquetadas por la imagen y su representación negativa en los medios de comunicación. Se establece que las personas con deficiencias son discapacitadas debido al rechazo de la sociedad a acomodar las necesidades individuales y colectivas dentro de la actividad general de la vida, económica y cultural.²⁷¹

Este modelo social de la discapacidad considera que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas, científicas, sino que son, en gran medida sociales²⁷². En efecto este nuevo paradigma social sobre la discapacidad, que se enmarca en los principios generales declarados por los Derechos Humanos, se origina en la segunda mitad del siglo pasado. Este movimiento multidimensional nace dentro de la disciplina de las ciencias sociales, el análisis de las políticas sociales y la lucha por los derechos civiles; específicamente aquellos relacionados con los derechos de las personas con discapacidad.²⁷³ En sus diferentes estructuras y contenidos, esta nueva propuesta encaminada tanto hacia la investigación social, la actualización de las políticas públicas, como a la consolidación de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad, se conoce como el *modelo social de la discapacidad*.²⁷⁴ En este nuevo paradigma, al considerar que las causas que están en el origen de la discapacidad son sociales, pierde parte de sentido la intervención puramente médica o clínica. Las soluciones no deben tener cariz individual respecto de cada persona concreta *afectada*, sino que más bien deben dirigirse a la sociedad.²⁷⁵

A diferencia del *modelo médico*, el cual pone énfasis en el tratamiento de la discapacidad, orientado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta, situando el problema de la discapacidad dentro del individuo,

²⁷¹ Vid; Barnes Colin, (1998). «Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental». En L. Barton (Comp.). *Discapacidad y Sociedad*, Madrid: Morata, p. 64. También vid; Díaz Balado, Alicia, «La inserción laboral de las personas con discapacidades en la Provincia de A Coruña desde una perspectiva de género». Santiago de Compostela: Universidade. Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2009, p. 79.

²⁷² La utilización del término *social* en este caso pretende subrayar que las causas que originan la discapacidad no son individuales – de la persona afectada-, sino sociales-por la manera en que se encuentra diseñada la sociedad-.

²⁷³ Vid; Fraser, V., «Opening Remarks», en *Challenging Orthodoxies: New perspective in Disability*. Proceedings of Research in disability and public policy summer Institute, Toronto, Canadá, Roeher Institute. Vid; Flores Briseño, G. A., «El modelo médico y el modelo social de la discapacidad: un análisis comparativo», en, Ribeiro Ferreira, M., / López Estrada, R, E., (eds.), *Políticas Sociales Sectoriales: tendencias actuales*, Tomo II, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 1999, pp. 239-250.

²⁷⁴ Vid; Boorse, C., «Health as a theoretical concept», *Philosophy of Science*, 1977, pp. 44, 542-549. También vid; Flores Briseño, G. A., «El modelo médico y el modelo social de la discapacidad: un análisis comparativo», *Op. Cit.*, pp. 239-240.

²⁷⁵ Vid; Pérez Bueno, L. C., *Discapacidad, Derecho y Políticas Públicas*, Madrid, Ed. Cinca, 2010, p. 84

considerándose que las causas de dicho problema son el resultado exclusivo de las limitaciones funcionales o pérdidas psicológicas, que son asumidas como originadas por la deficiencia; el *modelo social* pone énfasis en la rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad.²⁷⁶ En efecto, este modelo de Derechos Humanos se centra en la dignidad del ser humano y después, pero sólo en caso necesario, en las características médicas de la persona. Sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afectan y, lo que es aún más importante, sitúa el problema principal fuera de la persona, en la sociedad. En este modelo, *el problema* de la discapacidad se deriva de la falta de sensibilidad del Estado y de la sociedad hacia la diferencia que representa esa discapacidad. De ello se deduce que el Estado tiene la responsabilidad de hacer frente a los obstáculos creados socialmente a fin de garantizar el pleno respeto de la dignidad y la igualdad de derechos de todas las personas.²⁷⁷

El modelo social caracteriza a la persona con discapacidad a partir de: a) *El cuerpo*, más que identificar qué tan completo está anatómicamente y qué tan cerca funcione de acuerdo con la *norma*, las personas que optan por poner en práctica este modelo se centra en descubrir las habilidades y las capacidades que este individuo ha desarrollado con el cuerpo que posee, para luego, a través de procedimientos sistemáticos, potenciarlas; b) "*El entorno inmediato*" (la familia), se tiene en cuenta el proceso por el cual pasan sus miembros al recibir la noticia de que uno de ellos ha sufrido una lesión o dificultad que desembocará en una discapacidad. Según cómo evolucione ese proceso, los miembros de su familia construirán un concepto de su familiar, y justamente este concepto facilitará o entorpecerá el desarrollo de habilidades y capacidades que intervendrán de manera directa en su mayor o menor integración, primero en la familia y luego en los otros entornos. Aquí cobra importancia el proceso socializador, pues se parte del supuesto de que es éste el que puede facilitar o entorpecer la integración de las personas con discapacidad, dependiendo de las ideas, sentimientos e imágenes que cada miembro de la familia tenga sobre la discapacidad y de las prácticas sociales que desarrollen para lograr el equilibrio, y c) "*El medio*", como portador de

²⁷⁶ Vid; Pérez Bueno, L. C., *Discapacidad, Derecho y Políticas Públicas, Op. Cit* p. p. 84

²⁷⁷ Vid; Quinn G., / Degener, T., (Eds.), *Derechos Humanos y Discapacidad: Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, .Nueva York y Ginebra, Doc. HR/PUB/02/1, Naciones Unidas, 2002, pp. 11 y ss.

oportunidades en términos de la equidad y de la eliminación de barreras, o como portador de riesgos, para realizar acciones de prevención de la discapacidad.²⁷⁸

Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad para prestar los servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tomadas en cuenta dentro de la organización social.²⁷⁹ Precisamente, desde este modelo se insiste en que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que el resto de personas, -sin discapacidad-, pero siempre desde la valoración y el respeto de la diferencia. Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los Derechos Humanos y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios: autonomía personal, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, dialogo civil, entre otros. Parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social y resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. De igual manera, apunta a la autonomía personal de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propio proyecto de vida. Para ello, se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, y los fines de brindar una real igualdad de oportunidades.²⁸⁰

Abriendo un pequeño paréntesis, es preciso mencionar que, en igualdad de oportunidades o igualdad en el punto de partida, el reparto definitivo de los bienes sociales depende de los méritos y el esfuerzo de cada persona. De tal manera, que las acciones del Estado se dirigen básicamente al ámbito educativo, el equilibrio de las cargas familiares y la concientización social.²⁸¹ El profesor John Rawls precisa la idea de igualdad de oportunidades en el sentido de que «los que poseen el mismo nivel de talento y habilidad y la misma disposición a hacer uso de esos dones, deberían tener las mismas perspectivas de éxito independientemente de su clase social de origen. [...] En todas las

²⁷⁸ Vid; Muñoz Borja Patricia., *Construcción de sentidos del mundo de la discapacidad y la persona con discapacidad. Estudios de casos, Op. Cit.*, pp. 69-70.

²⁷⁹ Vid; Palacios Rizzo, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ediciones CINCA, 2008, p. 104.

²⁸⁰ Vid; Palacios Rizzo, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Op. Cit.*, pp. 26-27.

²⁸¹ Vid; Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM-IIIJ, 2005, pp. 155-157

partes de la sociedad debe haber aproximadamente las mismas perspectivas de cultura y logro para los que están similarmente motivados y dotados». ²⁸²

En este sentido, la igualdad de oportunidades se interpreta actualmente no en el sentido formal que tuvo en un principio-al modo como lo entendía el liberalismo clásico-, donde se pretendía que tan sólo eliminando barreras y estableciendo una igualdad de derechos se obtendrían posiciones laborales o sociales a través del mérito personal, es decir, se trataba de un modelo de libertades formales. Por el contrario, la igualdad de oportunidades en sus alcances actuales implica ser efectiva, no únicamente formal, y para que sea efectiva necesita no sólo el igual acceso a las posiciones, sino también igualdad en los resultados. ²⁸³ La igualdad en los resultados o la igualdad en el punto de llegada se determina en los términos de lo justo, lo bueno, lo equitativo; esto es, la participación de todos los grupos en cada uno de los ámbitos de la sociedad: trabajo, educación, capacitación, y obtención de bienes y servicios. Y en este punto, la falta de accesibilidad de las personas con discapacidad a estos ámbitos antes referidos, como el educativo, el laboral, los espacios públicos, etc., resulta fundamental para la construcción de un modelo social de la discapacidad.

Este “*modelo social de la discapacidad*”, pretende evaluar la interacción entre las personas con discapacidad, entre estas, el medio ambiente dentro del cual se desempeñan y la sociedad. El desarrollo este modelo social ha permitido establecer que, aun cuando una persona con discapacidad interactúa socialmente en forma diferente a otras personas, los problemas que confrontan no son originados debido a su discapacidad, sino principalmente a las actitudes que la sociedad manifiesta hacia la discapacidad. ²⁸⁴ Por ello, es la interacción de las diferentes limitaciones funcionales con los factores ambientales, la que en realidad determina que una persona exteriorice una discapacidad. En este sentido, la discapacidad está determinada por la diferencia que existe entre las habilidades de una persona, las demandas sociales y las limitaciones impuestas por el medio ambiente. Manifiesta cierta discapacidad debido a que es confrontada con un ambiente socio-cultural que le es discriminante y hostil. Se puede decir por ejemplo, que la discapacidad física o intelectual, no es un atributo de la persona, sino más bien el resultado de una serie de elementos condicionantes, o actividades y

²⁸² Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, España, Ed. Paidós, 2001, p. 74.

²⁸³ Vid; Fernández Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, España, Ed. Tecnos, 2003, pp. 121 y ss.

²⁸⁴ Vid; Quinn, P., «Social Work and Disability Management Policy: Yesterday, today, and tomorrow», *Social Work in Health Care*, 1995, pp. 20, 67-82. También vid; FLORES BRISEÑO, G. A., «El modelo médico y el modelo social de la discapacidad: un análisis comparativo», *Op. Cit.*, pp. 242-243.

relaciones interpersonales restringidas por el contexto social, económico y político de un país.²⁸⁵

Esta forma de pensar ha llevado a que diversas Organizaciones Sociales que representan los intereses e ideales de las personas con discapacidad, argumenten que la discapacidad ha sido considerada como elemento político de un sector social marginado que reclama la falta de igualdad e inclusión real en el sector laboral, vivienda y transporte. La falta de igualdad de oportunidades no es consecuencia real de la condición médica en sí misma, sino en gran medida de las actitudes de la marginación social y la discriminación, con la creación de estereotipos que implícitamente niegan o rechazan las habilidades y necesidades de las personas con discapacidad.²⁸⁶ Puede decirse entonces, que el *modelo social de la discapacidad*, visualiza y ubica el problema de la discapacidad dentro de la misma sociedad.²⁸⁷ El esfuerzo por lograr una plena integración de las personas con discapacidad debe orientarse hacia la eliminación, o al menos a la continua disminución de las barreras ambientales, físicas e ideológicas que limitan la participación e integración de las personas con discapacidad dentro de la sociedad.²⁸⁸

La inclusión social y económica, junto con la completa participación de las personas con discapacidad, depende de la estructuración y ampliación de un nuevo marco fundamentado en el significado real de la discapacidad dentro del contexto social moderno. Este nuevo marco conceptual será aquel que genere acciones sociales incluyentes que permitan a las personas con discapacidad vivir satisfactoriamente, ser útiles y económicamente independientes. Dicho marco, deberá satisfacer las normas nacionales e internacionales del bienestar, los Derechos Humanos, la democracia y los principios de ciudadanía. La aparición de este nuevo modelo, permitirá una visión holística encaminada hacia los sistemas y estructuras sociales, más que a resaltar las patologías, deficiencias y minusvalías de las personas. Actualmente las políticas sociales se han orientado hacia el ejercicio de aquellas acciones que faciliten la estructuración de las sociedades más incluyentes, más participativas y respetuosas de los Derechos

²⁸⁵ Vid; Bickenbach, Jerome. E., «Minority rights or Universal participation: The politics of disablement», en Jones, M., /Basser, M., (Eds.), *Disability, Diversity and Legal Change*, Martinus Nijhoff/Kluwer Dordrecht, 1999, pp. 101-116. Citado por, Flores Briseño, G. A., «El modelo médico y el modelo social de la discapacidad: un análisis comparativo», *Op. Cit.*, pp. 242-243.

²⁸⁶ Vid; Gartner, A., /Joe, T., *Images of the disabled: Disabling images*, New York, Praeger, 1987. Citado por Flores Briseño, G. A., «El modelo médico y el modelo social de la discapacidad: un análisis comparativo», *Op. Cit.*, pp. 242-243

²⁸⁷ Vid; Quinn, P., *Understanding Disability A Lifespan Approach*, SAGE Publications, 1998. También vid; Flores Briseño, G. A., «El modelo médico y el modelo social de la discapacidad: un análisis comparativo», *Op. Cit.*, pp. 242-243

²⁸⁸ Vid; French, S., «Disability impairment or Something in between?», en Finkelstein, V., French, S., Oliver, M., (Eds.), *Disabling barriers: Enabling environments*, London, SAGE, 1993, pp. 17-25. Citado por, Flores Briseño, G. A., «El modelo médico y el modelo social de la discapacidad: un análisis comparativo», *Op. Cit.*, p. 243.

Humanos.²⁸⁹ Como bien sostiene la profesora Ana Rosa Martín Minguijón, es necesario que los poderes públicos promuevan estas políticas que garanticen el ejercicio efectivo en igualdad de condiciones, siendo que las mismas, de carácter positivas o negativas, estén dirigidas a eliminar discriminaciones que supongan una violación auténtica de los derechos humanos de las personas con discapacidad, y se traduzcan en la existencia de instituciones y en medidas que tengan como objetivo la autonomía personal y la plena integración social.²⁹⁰ Sin duda alguna, como bien lo señala la profesora Ana Rosa Martín, la no accesibilidad constituye una forma sutil de discriminación, por lo tanto, el objetivo de la norma jurídica y de las políticas públicas en esta materia, será la de garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad como resultado de sumar la ausencia de marginación y discriminación con las medidas de acción positiva inspiradas en los principios de vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas de Estado en materia de discapacidad.²⁹¹

La vida de una persona con discapacidad tiene el mismo sentido que la vida de una persona sin discapacidad. En esta línea, las personas con discapacidad remarcan que ellas tienen mucho que aportar a la sociedad, pero para ello deben ser aceptadas tal y cual son, ya que su contribución se encuentra supeditada y asimismo muy relacionada con la inclusión y la aceptación de la diferencia. El objetivo que se encuentra reflejado en este paradigma es rescatar las capacidades en vez de acentuar las discapacidades.²⁹² En definitiva, puede forjarse un poderoso vínculo entre el modelo social de la discapacidad y la perspectiva de la discapacidad basada en los Derechos Humanos.²⁹³ La sociedad no

²⁸⁹ Vid; Flores Briseño, G. A., «El modelo médico y el modelo social de la discapacidad: un análisis comparativo», *Op. Cit.*, p. 249.

²⁹⁰ Vid; Martín Minguijón, Ana Rosa, «El menor con discapacidad. Precariedad en la regulación y en políticas específicas», en, AA.VV., *Los menores con discapacidad en España*, Madrid, Ediciones CINCA, CERMI, 2008, p. 410.

²⁹¹ Vid; Martín Minguijón, Ana Rosa, «El menor con discapacidad. Precariedad en la regulación y en políticas específicas», *Op. Cit.*, pp. 410-411.

²⁹² Vid; Palacios Rizzo, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, *Op. Cit.*, pp. 104-105.

²⁹³ Una variable de este modelo, está constituida por lo que podríamos denominar como *modelo de la diversidad*. Se trata de un modelo basado en los postulados de los movimientos de vida independiente y que, demandan la consideración de la persona con discapacidad (o con diversidad funcional, término que se utiliza por este movimiento y que ya está cobrando éxito), como un ser valioso en sí mismo por su diversidad. El modelo de la diversidad compartiría la visión de la situación de dependencia del modelo social, si bien podría añadirse que la situación que la provoca no tiene por qué ser considerada siempre como un mal o una limitación (ya sea individual o social). La persona con discapacidad o el mayor (al igual que el menor) es, sencillamente, una persona diversa a otra, con lo que su presencia en las sociedades (obviamente en igual satisfacción de derecho que el resto) es un verdadero factor de enriquecimiento. En términos de derechos, el modelo de la diversidad demanda el reconocimiento de derechos específicos de estos grupos, no tanto desde una argumentación de tipo individualista, sino más bien de tipo particularista. Vid; De Asís Roig, Rafael, / Palacios Rizzo, Agustina, *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2007, p. 27.

ha tenido en cuenta o ha excluido la diferencia implícita en la discapacidad a la hora de regular las condiciones de acceso y de participación en el contexto social. El objeto último desde la perspectiva del modelo de Derechos Humanos es construir sociedades que sean auténticamente integradoras, sociedades que valoren la diferencia y respeten la dignidad, la igualdad de todos los seres humanos con independencia de sus diferencias y discapacidades.²⁹⁴ Ello porque se considera que la discapacidad no es simplemente un atributo de la persona, sin un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. En consecuencia, el manejo del tema se requiere la realización de todas las modificaciones y adaptaciones necesarias, a los fines de alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida en comunidad. Por lo tanto, se requiere de la introducción de una serie de cambios sociales, muchos de ellos –tal vez todos- relacionados con los Derechos Humanos; lo importante será centrar nuestra reflexión en aquellas discapacidades que ubican a un sujeto en una situación de desventaja en el ámbito de la participación en la vida social; por lo tanto, se requiere de la búsqueda de soluciones a partir del respeto a los principios y valores esenciales que fundamentan los Derechos Humanos.²⁹⁵

En definitiva, decir que la discapacidad es un problema social implica además: a) que la problemática debe ser entendida en un contexto social, cultural, histórico y geográfico; b) que la deficiencia o daño de la persona afectada implica sólo una parte de la situación de discapacidad; c) que la resolución del problema implica tanto una adecuada rehabilitación como contar con una sociedad accesible; d) que una sociedad es accesible cuando depone barreras de todo tipo; e) que las barreras culturales constituyen la base donde se formulan las tangibles y las de tipo físico. Una sociedad es accesible cuando practica la tolerancia y el respeto hacia la diferencia, valorándola como algo positivo, única forma de construir una democracia verdadera. En conclusión, detrás de la cuestión de la discapacidad se encuentra el análisis más profundo aún, sobre el tipo de democracia que se pretende construir. Por ello, para el profesor Santiago Martín, «la

²⁹⁴ Vid; Quinn, G., / Degenert T., (Eds.), *Derechos Humanos y Discapacidad: Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Op. Cit., p. 13.

²⁹⁵ Vid; De Asís Roig, Rafael., / Aiello, A. L., / Bariffi, F., / Campoy Cervera, Ignacio., / Palacios Rizzo, Agustina, *Sobre la accesibilidad en el Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2007, p. 24. De los mismos autores también vid; «La accesibilidad universal en el marco constitucional español», *Derechos y libertades*, n° 16, enero 2007, p. 60. También vid; De Asís Roig, Rafael, «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos», en, Campoy Cervera Ignacio, (Ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Ed. Dykinson, 2004, pp. 66 y ss. También vid; De Asís Roig, Rafael, «Derechos Humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos humanos», en, Jiménez E., (Ed.), *Igualdad, No discriminación y Discapacidad*, Buenos Aires Argentina, Ed. Ediar-Dykinson, 2003, pp. 17-48.

actividad del jurista y del legislador no debe necesariamente focalizarse en las personas con discapacidad, y a veces ni siquiera en la discapacidad misma, sino en la sociedad y sus comportamientos para con ellos. Es la sociedad quien sufre discapacidades para valorar lo diferente, para entender las necesidades de quienes sufren impedimentos físicos, y para incluir a estos en la vida comunitaria».²⁹⁶

Ante este desafío, el papel que debe cumplir el Derecho, y más específicamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha de ser activo, convirtiéndose en un factor de cambio que logre generar actitudes tolerantes e inclusivas.

III. Referencias bibliográficas.

BICKENBACH, J. E., «Minority rights or Universal participation: The politics of disablement», JONES, M., /BASSER, M., (Eds.), *Disability, Diversity and Legal Change*, Martinus Nijhoff/Kluwer Dordrecht, 1999.

BARNES, C., «Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental», en, BARTON, L. (Comp.). *Discapacidad y Sociedad*, Madrid Morata, 1998.

BOORSE, C., «Health as a theoretical concept», *Philosophy of Science*, 1977.

CAMPOY CERVERA Ignacio, *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Carlos III-Dykinson, 2004.

DE ASÍS ROIG, Rafael, PALACIOS RIZZO, Agustina, *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2007.

DE ASÍS ROIG, Rafael, «Derechos Humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos humanos», en, JIMÉNEZ, E., (Ed.), *Igualdad, No discriminación y Discapacidad*, Buenos Aires Argentina, Ed. Ediar-Dykinson, 2003.

_____, «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos», en, CAMPOY CERVERA, Ignacio., (Ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Ed. Dykinson, 2004.

²⁹⁶ Martín J. Santiago, «La discapacidad como un problema social de derechos humanos», en, Campoy Cervera, Ignacio, Palacios Rizzo, Agustina, (Eds.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2007, p. 106.

- DÍAZ BALADO, A., «La inserción laboral de las personas con discapacidades en la Provincia de A Coruña desde una perspectiva de género», Santiago de Compostela: Universidade, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2009.
- FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, España, Ed. Tecnos, 2003.
- FLORES BRISEÑO, G. A., «El modelo médico y el modelo social de la discapacidad: un análisis comparativo», en, RIBEIRO FERREIRA, M., LÓPEZ ESTRADA, R, E., (eds.), *Políticas Sociales Sectoriales: tendencias actuales*, Tomo II, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 1999.
- FRASER, V., «Opening Remarks», en, *Challenging Orthodoxies: New perspective in Disability*. Proceedings of Research in disability and public policy summer Institute, Toronto, Canadá, Roeher Institute.
- FRENCH, S., «Disability impairment or Something in between?», en FINKELSTEIN, V., FRENCH, S., OLIVER, M., (Eds.), *Disabling barriers: Enabling environments*, London, SAGE, 1993.
- GARTNER, A., JOE, T., *Images of the disabled: Disabling images*, New York, Praeger, 1987.
- MARTÍN MINGUIJÓN, Ana Rosa, «El menor con discapacidad. Precariedad en la regulación y en políticas específicas», en, AA.VV., *Los menores con discapacidad en España*, Madrid, Ediciones CINCA, CERMI, 2008
- MARTÍN J. SANTIAGO, «La discapacidad como un problema social de derechos humanos», en, CAMPOY CERVERA, Ignacio, PALACIOS RIZZO, Agustina, (Eds.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2007.
- MARTÍNEZ, J. L., (ed.), *Exclusión Social y discapacidad*, Madrid, España, Universidad Pontificia de Comillas, 2005.
- MORENO ANGARITA, Marisol, «Pistas para el diálogo entre salud pública y discapacidad: hacia una comprensión de la evolución del concepto de discapacidad», *Cuadernos del doctorado n° 8, Salud pública y discapacidad*, Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 76.
- MUÑOZ BORJA, P., *Construcción de sentidos del mundo de la discapacidad y la persona con discapacidad. Estudios de casos*, Cali, Colombia, Universidad del Valle, 2006.
- OLIVER, M., ¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada? En L. BARTON (Comp.). *Discapacidad y sociedad*, Madrid, Morata, 1998, pp. 34-58. Del

- mismo autor vid; *The Politics of Disablement*. Basingstoke: McMillan, 1990.
- Understanding Disability*. Basingstoke: McMillan, 1996.
- PALACIOS RIZZO Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ediciones CINCA, 2008.
- PARRA DUSSAN, C., (Ed.), *Derechos Humanos y discapacidad*, Bogotá, Colombia, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004.
- PÉREZ BUENO, L. C., *Discapacidad, Derecho y Políticas Públicas*, Madrid, Ed. Cinca, 2010.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM-IIJ, 2005.
- POLONIO, B., RUIZ, J., «Accesibilidad integral», en, *Rehabilitación clínica integral: funcionamiento y discapacidad*, Barcelona España, Ed. Masson, 2003.
- QUINN, G., DEGENER T., (Eds.), *Derechos Humanos y Discapacidad: Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, .Nueva York y Ginebra, Doc. HR/PUB/02/1, Naciones Unidas, 2002.
- QUINN, P., *Understanding Disability A Lifespan Approach*, SAGE Publications, 1998.
- «Social Work and Disability Management Policy: Yesterday, today, and tomorrow», *Social Work in Health Care*, 1995.
- RAWLS John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, España, Ed. Paidós, 2001.

Crónica Jurídica Anáhuac

LAS VISITAS DE VERIFICACIÓN MIGRATORIA Y SU CONSTITUCIONALIDAD*

VERIFICATION VISITS IMMIGRATION AND ITS CONSTITUTIONALITY

Alfonso MANZANILLA ESQUIVEL**

RESUMEN. El presente trabajo pretende analizar a la luz de la razón jurídica, la inconstitucionalidad de la práctica de las visitas domiciliarias por parte del Instituto Nacional de Migración, como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, denominadas legalmente visitas de verificación migratoria y que están reguladas por la Ley de Migración y su Reglamento, así como supletoriamente, en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, las cuales, tienen como finalidad comprobar que los extranjeros que se encuentren en territorio nacional cumplan con las obligaciones previstas en la normatividad que regula la materia migratoria.

La base de partida para tal aseveración se halla en lo dispuesto en el antepenúltimo párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo que para respetar la jerarquía de leyes que se infiere de la interpretación vertida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación del artículo 133 constitucional, se debe plantear la viabilidad de una reforma al texto de la Carta Magna, con la intención de dar soporte constitucional a tales actuaciones de la Administración Pública Federal.

Palabras clave: Visitas domiciliarias, visitas de verificación migratoria, constitucionalidad, carácter migratorio, legalidad.

* Este trabajo se realizó como requisito de acreditación del Seminario de Titulación de la Maestría en Administración Pública de la Universidad Anáhuac Mayab, impartida por la Dra. María Guadalupe Sánchez Trujillo. El objetivo de este ejercicio, es que los alumnos muestren que han adquirido las competencias que la asignatura persigue.

** Licenciado en Derecho por la Universidad Marista de Mérida. Sus líneas de investigación son: administración pública, derecho administrativo y migratorio. Se ha desempeñado como servidor público para la Administración Pública Federal. Actualmente estudiante de la Maestría en Administración Pública por la Universidad Anáhuac Mayab y abogado asesor en derecho notarial y administrativo - migratorio. alfonsomanzanillaesquivel@hotmail.com.

ABSTRACT. The purpose of this paper is to analyze the unconstitutional practice of home visits -legally called migrant verification visits- performed by the National Institute of Migration, a decentralized agency of the Ministry of Interior, and regulated by the Immigration Act and its Regulation, as well as, in a supplementary manner, by the Administrative Procedure Federal Act. The aim of the visits is to verify that foreign nationals residing in Mexico comply with the obligations established under the immigration laws and regulations.

The bases of the above hypothesis are the provisions of the last paragraph of Article 16 of the Mexican Constitution. In order to comply with the hierarchy of laws established by the Mexican Supreme Court about Article 133 of the Constitution, there is the need of a Constitutional reform to provide legal standing to the aforementioned actions of the immigration authorities.

Keywords: Home visits, migrant verification visits, immigration status, legality.

I. Introducción.

En este trabajo se emplea una metodología de análisis jurisprudencial normativo no doctrinal, direccionado a evidenciar una debilidad de origen constitucional de la figura jurídica de la visita de verificación migratoria, instrumento con el que cuenta el Instituto Nacional de Migración, como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, para llevar a cabo el cumplimiento de sus funciones otorgadas mediante el texto legal que regula la materia administrativa migratoria, y la necesidad de que se fortalezca en su trasfondo constitucional, a consecuencia de su importancia y trascendencia práctica.

El análisis se llevará a cabo respecto de las normas jurídicas y jurisprudencias relacionadas al tema planteado, partiendo de una base práctica y desde la experiencia, lejos de profundizar en cuestiones de índole doctrinal, que pudieran ser objeto de otro estudio.

En el desarrollo del mismo, se habrá de destacar la supremacía de la Carta Magna sobre cualquier otro texto legislativo, la relevancia del Instituto Nacional de Migración como instancia de seguridad nacional y sus atribuciones, al igual que la encomienda que tiene en el ejercicio de sus facultades, para posteriormente, ahondar puntualmente, en la visita de verificación migratoria como herramienta de ejecución de funciones.

II. Análisis.

En el orden jurídico mexicano, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, representa la norma suprema del país y el acta constitutiva del Estado Mexicano, por lo que cualquier otra norma de derecho interno debe ser emitida en estricto apego y observancia a lo dispuesto en la misma, y en el supuesto de que el legislador omite tal circunstancia, generando una contravención, ésta deberá ser considerada inconstitucional, por no atender al principio de jerarquización de leyes que se deriva de lo dispuesto en su artículo 133:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Así lo ha interpretado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Supremacía constitucional y ley suprema de la unión. Interpretación del artículo 133 constitucional.

A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de "supremacía constitucional" implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la "Ley Suprema de la Unión", esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.²⁹⁷

A partir de tal disposición y su interpretación, es evidente que cualquier otra norma jurídica mexicana que se encuentre por debajo de la Constitución y ordene disposición en

²⁹⁷ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; 2007; Pág. 6

contrario a la misma, habrá de advertirse su inconstitucional, a través de los mecanismos legales establecidos para tal efecto.

Bajo esa tesitura, se observa que el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ordena en su antepenúltimo párrafo lo siguiente:

...

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

...

En ese sentido, se puede afirmar que la autoridad administrativa por mandato constitucional, sí se encuentra facultada para practicar visitas domiciliarias, sin embargo ésta ha sido delimitada exclusivamente a tres rubros, los cuales, son el sanitario, el policial y el fiscal. Dejando fuera de este listado, las cuestiones de carácter migratorio, debido a que las mismas, no encuadran en alguno de los tres campos de competencia referidos por la Carta Magna, a pesar de que son consideradas de orden público y de observancia general por los artículos primero, tanto de la Ley de Migración como de su Reglamento.

A su vez, es claro de la lectura de dicho texto, que el legislador en la redacción del citado artículo, fijó la restricción con tal propósito, siendo que si no lo hubiera querido así, las áreas de acción y competencia para la práctica de visitas domiciliarias por parte de la autoridad administrativa, habrían sido más amplias, dándose en un sentido enunciativo y no limitativo como finalmente quedaron establecidas en tal ordenanza.

De manera que, el Instituto Nacional de Migración es una autoridad que integra a la Administración Pública Federal, por ser un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, según disponen los artículos 19 de la Ley de Migración, 2 inciso C fracción III del Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación, y 2 fracción I y 26 de Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, el cual, tiene por objeto la ejecución, control y supervisión de los actos ejecutados por las autoridades migratorias en territorio nacional, así como la instrumentación de políticas en la materia, con base en los

lineamientos que expida la misma Secretaría, aunado a las atribuciones que le son otorgadas en el artículo 20 del primer ordenamiento legal citado.

Consecuentemente, es debido retomar el concepto de autoridad migratoria, con la intención de entender a profundidad la idea del presente trabajo, pudiendo emplearse el que establece la fracción I del artículo 3 de la Ley de Migración, que a su letra dice: "...servidor público que ejerce la potestad legal expresamente conferida para realizar determinadas funciones y actos de autoridad en materia migratoria".

Ahora bien y de manera concreta, la normatividad en materia migratoria, es la que dispone la potestad legal de la autoridad migratoria para la práctica de visitas de verificación migratoria, en el cumplimiento de sus atribuciones, así como los requisitos y formalidades de las mismas; específicamente, la Ley de Migración, en los artículos comprendidos del 92 al 96 de su capítulo III "de la verificación migratoria" del título sexto "del procedimiento administrativo migratorio", así como de su Reglamento, en los artículos comprendidos del 194 al 212 de sus capítulos primero de las "disposiciones comunes en materia de verificación y revisión migratoria" y segundo "de las visitas de verificación" ambos del título noveno "de los procedimientos administrativos en materia migratoria", así como de forma supletoria, según dispone el artículo 77 de la Ley de Migración, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en los artículos comprendidos del 62 al 69 de su capítulo "de las visitas de verificación" del título tercero "del procedimiento administrativo".

En ese tenor, cabe destacar que si bien la ley señala los requisitos y formalidades que deben obedecerse al ordenar y realizar una visita de verificación migratoria, así como su objeto, el cual, está estrictamente relacionado con la materia y las facultades de la autoridad migratoria, no establece como tal, un concepto o definición concreta; sin embargo, por emanar de la Administración Pública y por ende, de una autoridad administrativa, ha de considerarse un acto administrativo tanto por su naturaleza orgánica como material, con consecuencias jurídicas para con terceros.

No obstante, no exista una definición doctrinaria de visita de verificación migratoria, se puede definir como una acción que emana, se ordena y ejecuta por la autoridad migratoria competente en el desempeño de sus atribuciones, con la voluntad unilateral de acudir a un bien inmueble de manera espontánea e imprevista por el particular, a efecto de comprobar que los extranjeros que se encuentren en territorio nacional cumplan con las obligaciones previstas en la Ley de Migración y su Reglamento. Tal facultad, es prevista en el artículo 92 de la Ley de Migración, la cual, se interrelaciona directamente

con las obligaciones de las personas extranjeras en México, de resguardar y custodiar la documentación que acredite su identidad y su situación migratoria en el país, así como de exhibirla, cuando les sea requerida por las autoridades migratorias, tal como determina las fracciones I y II del artículo 16 del citado ordenamiento legal.

De lo expuesto, se desprende que a pesar de que la autoridades migratorias del Instituto Nacional de Migración, actúen dentro de un marco de legalidad para ordenar y practicar visitas de verificación migratoria por ser autoridades administrativas competentes en la materia, así como de que observen las exigencias del artículo 16 constitucional para ordenar y ejecutar actos de molestia a las personas y su domicilio, a través de un mandamiento escrito expedido por la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, se sigue violentando el texto constitucional y la supremacía del mismo, en virtud de lo dispuesto en el párrafo antepenúltimo del citado artículo previamente transcrito, el cual excluye a la materia migratoria para la práctica de visitas domiciliarias.

De ello resulta admitir, que no basta con que el órgano jurisdiccional competente declare la inconstitucionalidad de la norma, pues en base a la tesis que inmediatamente se refiere, la interpretación de la misma, no obliga ni mucho menos implica que la autoridad administrativa deje de aplicar la misma:

Jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes. Aunque las autoridades administrativas no están obligadas a aplicarla al emitir sus actos, sí deben cumplir las sentencias en las que, con base en aquélla, el tribunal federal de justicia fiscal y administrativa declare su nulidad.

El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa al estar obligado, en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, a aplicar la jurisprudencia, aun la que declara la inconstitucionalidad de una ley, debe, con base en aquélla, decretar la nulidad de las resoluciones administrativas que se hayan fundado en una ley declarada inconstitucional, por constituir un vicio de legalidad contrario al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ese caso, las autoridades administrativas deberán cumplimentar la sentencia dictada por el tribunal conforme a los lineamientos ahí establecidos, pues si bien es cierto que dichas autoridades al emitir sus actos, no están obligadas a acatar la jurisprudencia que haya declarado la inconstitucionalidad de una ley, por no preverlo así los artículos 192 y 193 de

la Ley de Amparo, también lo es que al dictar la resolución de cumplimiento no están acatando propiamente la jurisprudencia, ni se les está obligando a someterse a ella, sino a la sentencia del mencionado tribunal en que se aplicó.²⁹⁸

Sin embargo, el propósito del presente análisis, no pretende que desaparezca la figura de las visitas de verificación migratoria, dejando a las autoridades migratorias sin este mecanismo de control y verificación para cumplir su objeto y ejercer sus funciones, sino que busca hacer obvia la omisión legislativa al momento de emitir la ley que las contempla, para que en base a tal circunstancia, se realice la reforma pertinente al texto constitucional para otorgarles todo el respaldo y fortaleza de la Carta Magna.

De lo que se sigue, si en la actualidad el Instituto Nacional de Migración, como autoridad administrativa, ya cuenta con un mecanismo para el ejercicio de control y verificación sobre el fenómeno migratorio, a través de las visitas de verificación migratoria y considerando que es una instancia de Seguridad Nacional, según el Acuerdo por el que se reconoce al Instituto Nacional de Migración como Instancia de Seguridad Nacional, publicado en el Diario Oficial de la Federación, de fecha miércoles 18 de mayo de 2005, no se trata de que el Estado Mexicano le reste fortaleza, sino que debe buscar proveerlo de herramientas efectivas para que colabore de modo diligente con tal encomienda.

Por consiguiente, es preciso afirmar que la materia migratoria al igual que las leyes, reglamentos y demás disposiciones que la regulan, son del interés general debido a que la sociedad está interesada en que se atiendan con toda exactitud las disposiciones que norman la materia y que tiendan a evitar que penetren al país personas que puedan entrañar algún perjuicio para la colectividad, y por tal motivo, las transgresiones que le sean cometidas, tienen que reputarse por su naturaleza como graves, así como contemplar que los daños que producen, permean a toda la ciudadanía y por ende, a la seguridad nacional. Tal afirmación se desprende de la confrontación de ideas con la siguiente interpretación judicial: “Migración. La sociedad está interesada en que se cumplan, con toda exactitud, las disposiciones de la Ley de Migración que tiendan a evitar que penetren al país personas que puedan entrañar algún perjuicio para la colectividad, por lo que contra la aplicación de tales disposiciones, no procede la suspensión.”²⁹⁹

²⁹⁸ [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XX, Julio de 2004; Pág. 281.

²⁹⁹ [TA]; 5a. Época; Pleno; S.J.F.; Tomo XV; Pág. 239

Luego entonces y con base en el artículo 3 de la Ley de Seguridad Nacional, si por Seguridad Nacional se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, que conlleven a la protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país; la preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio; la defensa legítima del Estado Mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional; entre otros supuestos; y partiendo de que se destaca que son consideradas amenazas, según dispone en su fracción II el artículo 5 de la misma ley, los actos de interferencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación al Estado Mexicano, es notoria la importancia de que las instituciones que participan y actúan en aras de la protección y salvaguarda del país, sean dotadas de los medios idóneos, que justifiquen su incorporación al mencionado sistema.

En ese contexto, se debe comprender que el fenómeno migratorio es materia de competencia del Instituto Nacional de Migración, siendo que uno de sus graves problemas entre otros, es la migración irregular, la cual, es explicada por la Organización Internacional de las Migraciones de las siguientes formas:

Migración clandestina: Migración secreta, oculta o disimulada en violación de los requisitos de inmigración. Ocurre cuando un extranjero viola las regulaciones de ingreso a un país; o cuando habiendo ingresado al país legalmente prolonga su estadía en violación de las normas de inmigración.

Migración irregular: Personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de envío, de tránsito o receptor. No hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara de migración irregular. Desde el punto de vista de los países de destino significa que es ilegal el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío la irregularidad se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o pasaporte válido o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país. Hay sin embargo una tendencia a restringir cada vez más

el uso del término de migración ilegal a los casos de tráfico de migrantes y trata de personas.³⁰⁰

Es necesario señalar que el Instituto Nacional de Migración, tiene que atender una encomienda bastante difícil, la cual, debe ser abordada a través de un esquema integral de soluciones, porque los flujos migratorios representan un verdadero reto para el gobierno mexicano por su cualidad transnacional. Asimismo, no se puede dejar de reconocer que a través de la migración, las organizaciones delictivas cometen ilícitos, actualizándose de esta forma, distintas conductas tipificadas por la legislación mexicana como delitos especiales, tales como el tráfico ilícito de personas en sus distintas modalidades, contemplado en los artículos 159 y 160 de la Ley de Migración, y así como, todos los delitos en materia de trata de personas y sus generalidades, consagrados del artículo 10 al 38 de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos. Consecuentemente, se justifica que el Capítulo II del Título Séptimo del Reglamento de la Ley de Migración, contemple específicamente, un procedimiento para que las autoridades migratorias detecten, identifiquen y brinden atención a personas extranjeras víctimas de delito. De tal modo, que cualquier delito en estas materias debe ser prevenido y combatirse coordinadamente, con la participación de sociedad civil y las autoridades, en donde, particularmente las de carácter migratorio, deben estar en las primeras filas de la contienda.

III. Conclusión.

Como resultado se concluye que ante la importancia de salvaguardar al Estado de Derecho mexicano y la supremacía de la Constitución Federal, así como para darle justificación constitucional a las visitas de verificación migratoria debido a su relevancia en el ámbito migratorio, se soporta el hecho de la imperiosa necesidad de reformar el texto del antepenúltimo párrafo del artículo 16 de la Constitución Federal, a efecto de incorporar la materia migratoria dentro de los rubros para practicar visitas domiciliarias por parte de la autoridad administrativa, por tratarse de cuestiones de orden público y observancia general, para que así, el Instituto Nacional de Migración pueda cumplir a cabalidad con su objeto y sus atribuciones, dejando de contravenir los principios consagrados en el artículo 1° constitucional.

³⁰⁰ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Glosario sobre Migración (2006).

La inclusión de la disciplina migratoria al rubro de las visitas domiciliarias, debe ser visto como una de las muchas materias administrativas que contemplan las visitas domiciliarias en sus normativas, sin que tengan un reconocimiento constitucional y que deben integrarse por la valía que tiene en el ejercicio de facultades de las autoridades respectivas, tal como pudiera ser lo competente a la defensoría del consumidor, siendo objeto de esta misma línea de estudio y análisis normativo jurisprudencial no doctrinal.

Fuentes de información.

Hemerografía

Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Glosario sobre Migración*, 2006.

Consulta realizada en la página web
http://aulavirtual.iom.int/file.php/93/Glosarios/Glosario_de_Migracion.pdf

Interpretaciones judiciales

Jurisprudencia: “Jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes. Aunque las autoridades administrativas no están obligadas a aplicarla al emitir sus actos, sí deben cumplir las sentencias en las que, con base en aquélla, el tribunal federal de justicia fiscal y administrativa declare su nulidad”. [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XX, Julio de 2004; Pág. 281. Consulta realizada en la página web de Jurisprudencia y Tesis Aisladas IUS de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos: <http://ius.scjn.gob.mx>, de fecha 27 de noviembre de 2012.

Tesis Aislada: “Migración”. [TA]; 5a. Época; Pleno; S.J.F.; Tomo XV; Pág. 239. Consulta realizada en la página web de Jurisprudencia y Tesis Aisladas IUS de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos: <http://ius.scjn.gob.mx>

Tesis Aislada: “Supremacía constitucional y ley suprema de la unión. Interpretación del artículo 133 constitucional”. Consulta realizada en la página web de Jurisprudencia y Tesis Aisladas IUS de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos: <http://ius.scjn.gob.mx>

Legislación

Acuerdo por el que se reconoce al Instituto Nacional de Migración como Instancia de Seguridad Nacional, publicado en el Diario Oficial de la Federación, de fecha miércoles 18 de mayo de 2005. Consultado en la página del Instituto Nacional de Migración:

http://www.inm.gob.mx/static/marco_juridico/pdf/acuerdos/2010/44_ACUERDO_D_OF_18-MAY-2005.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Consulta realizada en la página web del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos:
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

Ley de Migración. Consulta realizada en la página web del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos:
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra.pdf>, de fecha 27 de noviembre de 2012.

Ley de Seguridad Nacional. Consulta realizada en la página web del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos:
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSegNac.pdf>

Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Consulta realizada en la página web del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos:
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/112.pdf>

Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos. Consulta realizada en la página web del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSEDMTP.pdf>

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Consulta realizada en la página web del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos:
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153.pdf>

Reglamento de la Ley de Migración. Consulta realizada en la página web del Diario Oficial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos:
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5270615&fecha=28/09/2012

Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación. Consulta realizada en la página web del Portal de Obligaciones de Transparencia del Instituto Federal de

Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de los Estados
Unidos Mexicanos:

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5294185&fecha=02/04/2013

COLLOQUIUM

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA GLOBALIZACIÓN. SUS REPERCUSIONES EN EL ESTADO MEXICANO.

CONSTITUTIONALITY CONTROL AND GLOBALIZATION. THEIR IMPLICATIONS IN THE MEXICAN STATE.

Luis Alfonso MÉNDEZ CORCUERA*

RESUMEN. El control de constitucionalidad consiste en examinar la regularidad del acto de autoridad conforme a la Constitución. Desde sus inicios ha ido en constante evolución, siendo uno de sus avances más significativos la jurisdicción constitucional transnacional, que analiza las relaciones y los conflictos entre el ordenamiento constitucional y los del derecho internacional, particularmente en el ámbito de los derechos humanos. Esta nueva jurisdicción abrió una vía para la interpretación y cumplimiento efectivo de los tratados internacionales por parte de los Estados, la cual ha trascendido en el Estado Mexicano, mediante diferentes sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Control de constitucionalidad, Globalización, Jurisdicción constitucional transnacional, Tribunales internacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Control de Convencionalidad.

ABSTRACT. Constitutionality control aims to examine the legality of the actions of an authority under the State Constitution. Since its inception, this concept has been constantly evolving, being the rise of transnational constitutionalism one of its most significant breakthroughs. Transnational constitutionalism analyzes the relationship and conflict derived from the convergence between the domestic constitutional order and international law, particularly in the field of human rights. This new concept opened the way for the interpretation and effective implementation of international treaties by the State

* Secretario de estudio y cuenta del Tribunal Constitucional del Estado de Yucatán, Maestro en Derecho Empresarial y Doctorando en Derecho, mendezcorcuera@yahoo.com.mx

Parties, and has led to a variety of condemnatory sentences by the Inter-American Court of Human Rights against the Mexican State.

Keywords: Constitutionality control. Globalization, Transnational Constitutionalism, International Courts, American Court of Human Rights, Conventionality control.

I. Introducción.

En un principio podría pensarse que el control de constitucionalidad y la globalización no guardan relación; sin embargo durante el transcurso del presente ensayo se demostrará que dichos temas actualmente convergen y que esta afinidad ha tenido gran impacto en nuestro país.

El desarrollo de este escrito se divide en cuatro partes. En el primero se explica en qué consiste el control de constitucionalidad y la globalización, situación que nos ayudará a entender la relación entre estos. Posteriormente, en el segundo apartado se menciona a la jurisdicción constitucional transnacional como el punto de convergencia entre ambos temas.

En la tercera parte se expone cómo la jurisdicción constitucional transnacional mediante los tribunales supranacionales trasciende en diversos ámbitos a los Estados. Finalmente, se analizan las repercusiones que ha tenido esta jurisdicción en México.

II. Análisis sobre el Control de Constitucionalidad y la Globalización.

Para poder entender la relación entre estos dos temas, resulta conveniente que primero se estudie en qué consiste cada uno de ellos.

Cuando hablamos de control estamos refiriéndonos a la realización de actividades relacionadas con la revisión, verificación o comprobación de diversos tipos de objetos, como pueden ser actos o acciones, incluso normas. Es por esto que en el ámbito jurídico el control se refiere al establecimiento de mecanismos tendentes a evitar el ejercicio abusivo o no conforme a derecho del poder.³⁰¹

Debe señalarse que existen tres tipos de control: el de legalidad, el de constitucionalidad y el de convencionalidad. El primero consiste en analizar la

³⁰¹ Cfr. Huerta Ochoa, Carla, “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie año XXXVI, número 108, Septiembre-Diciembre, Año 2003, consultado el 12 de junio del 2013, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/108/art/art6.htm>

conformidad del acto en relación a las normas ordinarias;³⁰² el segundo reside en examinar la regularidad del acto conforme a la Constitución,³⁰³ y el tercero es la verificación entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³⁰⁴ que en nuestro país en base a los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe extenderse a todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Ahora bien, el control de constitucionalidad deriva de la concepción de la Constitución como una norma jurídica que produce efectos jurídicos plenos de manera autónoma. Esto implica que sus normas no requieren desarrollo posterior por el órgano legislativo para originar efectos jurídicos. En consecuencia, el cumplimiento de los preceptos constitucionales es obligatorio y, por ende, su trasgresión debe ser sancionada por tratarse de una conducta antijurídica³⁰⁵.

El control de constitucionalidad es la facultad de comparar una norma dictada por el poder político (legislativo o ejecutivo) con la Carta Magna, para hacer prevalecer a ésta sobre aquellas, por cuanto la Constitución, al ser la norma suprema de un sistema jurídico jerarquizado, limita al legislador en el ejercicio de sus funciones, así la constitucionalidad de la ley depende de su adecuación a la norma suprema y será considerada válida en tanto no la contravenga.

Como principal parámetro del control de constitucionalidad se encuentran los derechos humanos, por cuanto fundamentan los deberes de la autoridad y su competencia, punto que se protege no sólo a través de los mecanismos específicos como el juicio de amparo, sino también por los demás medios de control, como podría ser la acción de inconstitucionalidad. Con base a este parámetro, la presunción de constitucionalidad se encuentra limitada cuando está en juego una restricción a un derecho fundamental, de tal manera que una ley será constitucional hasta que se demuestre que la medida limitante es la alternativa menos lesiva posible para evitar un peligro claro e inminente.

Este control se puede ejercer jurisdiccionalmente o para-jurisdiccionalmente, el primero es a través de instrumentos jurídicos procesales destinados a restaurar el orden

³⁰² Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución, (La Justicia Constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 73.

³⁰³ *Ibidem*, p. 61.

³⁰⁴ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*). Serie C., No. 154, párr. 124.

³⁰⁵ Huerta Ochoa, Carla, "La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos", *op. cit.*

constitucional a través de un órgano con carácter de tribunal, que ejerce dicho control observando el principio de supremacía constitucional; en cambio el segundo se realiza mediante procedimientos o actuaciones de autoridad, no jurisdiccionales, encaminados a velar por el orden constitucional.

El maestro Fix-Zamudio, basado en las contribuciones de Mauro Cappelletti, mencionaba que al ejercerse el control constitucional vía jurisdiccional, se pueden presentar diversas jurisdicciones: a) jurisdicción constitucional de la libertad; b) jurisdicción constitucional orgánica y c) jurisdicción constitucional transnacional.³⁰⁶

a) La jurisdicción constitucional de la libertad, se refiere a “los instrumentos especificados en la mayoría de los ordenamientos constitucionales para tutelar jurídicamente los derechos humanos establecidos en tales ordenamientos, y en los últimos años, también los consagrados en los instrumentos internacionales”.³⁰⁷ A manera de ejemplo, se encuentran el habeas corpus, el juicio de amparo, etc.

b) La jurisdicción constitucional orgánica, puede definirse como:

La que se dirige a la protección directa de las disposiciones y principios constitucionales que consagran las atribuciones de los diversos órganos del poder, y en este sector podemos señalar el control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, en especial el calificado como control abstracto de las propias normas constitucionales, el cual puede resolver las controversias entre los diversos órganos del poder sobre el alcance de sus facultades y competencias, en particular tratándose de normas legislativas.³⁰⁸

A manera de ejemplo, se encuentran la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y el control previo de inconstitucionalidad.

c) La jurisdicción constitucional transnacional, que “examina las relaciones y los conflictos entre el ordenamiento constitucional y los del derecho internacional, particularmente en el ámbito de los derechos humanos”.³⁰⁹ Esta jurisdicción se abordará en el segundo apartado.

En la actualidad algunos autores agregan un cuarto sector;

³⁰⁶ Héctor Fix-Zamudio, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho Procesal Constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa y Colegio de Secretario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, T. I, pp. 285 y 286.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 286.

³⁰⁸ Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho Procesal Constitucional”, *op. cit.*, T. I, p 292.

³⁰⁹ *Ibidem*, p 294.

d) La jurisdicción constitucional local, que “comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas”.³¹⁰ En México se observan que distintas entidades federativas han modificado sus constituciones para incorporar mecanismos de control constitucional: Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.³¹¹

Por otra parte, en cuanto a la globalización debe señalarse que dicho término presenta muchas aristas, por una parte se le ve como un proceso o conjunto de procesos, toda vez que se le concibe como un fenómeno activo y organizado espacialmente en el tiempo, que tiene múltiples manifestaciones, como es la económica, social, política, cultural, etc.

Además, se le considera de larga duración, pues aparece en un primer momento como un fenómeno económico y político, que posteriormente tendrá implicaciones sociales y culturales; es decir, se desarrolla en forma paulatina.

Igualmente, este proceso refuerza las identidades de las comunidades en los niveles local y regional, debido a que la globalización se manifiesta con los procesos de localización. Esto se debe a que por un lado, ha conllevado una desterritorialización, en virtud de que van desapareciendo las fronteras; pero, por otro lado, los puntos de vista regionales, nacionales y locales se han afianzado, debido a las características similares que presentan en cuanto a sus formas de vida y de sociabilidad basadas en sus relaciones más constantes, en la proximidad y en la interactividad derivadas de la globalización.³¹²

Asimismo, existen múltiples factores que han sobrellevado a la globalización, como lo son el libre mercado, la tecnología, la revolución informática. De igual forma, hay diversos actores que influyen en este proceso, como son las organizaciones

³¹⁰ Ferrer Mac-Gregor Eduardo, en García Belaunde, Domingo y Saldaña Barrera Eloy Espinosa (Coord.), *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 84.

³¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Legislación*, consultado el 13 de junio de 2013, en http://www.scjn.gob.mx/normativa/Paginas/legislacion_rec_juridicos_copia.aspx

³¹² Cfr. Galindo Hernández, Carolina, “La teoría del Estado en la era de la globalización: algunas aproximaciones y problemas pendientes”, en Hoyos Vásquez, Guillermo, *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*, Buenos Aires, CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2007, pp. 158-160.

intergubernamentales (OIG'S); organizaciones no gubernamentales (ONG'S); empresas transnacionales y multinacionales.

Como consecuencias actuales de la globalización puede mencionarse que ha aumentado el flujo de mercancías y de capital; asimismo están desapareciendo las fronteras; y hay una mayor participación de la sociedad.

Esto ha repercutido en múltiples enfrentamientos o conflictos entre órdenes jurídicos y políticos diferentes, que no obstante buscan una finalidad común, que es la interconexión entre ellos. También concurren varias áreas del derecho que se han desarrollado primero en el ámbito nacional y cuya evolución ha significado su traslado al nivel internacional, en donde han adquirido reglas y actores propios, encargados de su vigilancia y cumplimiento para una homologación internacional; por ejemplo, la materia de derechos humanos, medio ambiente y comercio internacional.³¹³

En este contexto, el Estado ha dejado de ser el actor principal, en virtud de que cada vez tienen más importancia los organismos internacionales y su normatividad, que diseñan políticas comunes a las cuales los países tienen que ajustarse, en busca de una homogeneidad.

2.1 Jurisdicción Constitucional Transnacional.

Debido a la globalización de los fenómenos políticos, económicos y sociales que han alcanzado al derecho, ha significado la interrelación entre la globalización y el control constitucional, a través de la aparición de una nueva etapa en este control, la mencionada jurisdicción constitucional transnacional que ha dado como resultado la creación de distintos órganos jurisdiccionales supranacionales, de carácter regional o universal, encargados de interpretar los tratados internacionales.

Este nuevo ámbito constituye una manifestación de la jurisdicción constitucional de la libertad en su dimensión transnacional, en la que se establece una jurisdicción internacional para conocer de aquellas formas especiales de recursos y de procedimientos jurisdiccionales que tienen por objeto principal la protección judicial de los derechos fundamentales del hombre.

³¹³ Fix, Fierro, Héctor y López Ayllón, Sergio, "El tratado de Libre Comercio de América del Norte y la Globalización del Derecho. Una visión desde la sociología y la política del derecho", en Witker, Jorge, Coord., *El tratado de libre comercio de América del Norte. análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, T. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, pp. 24 y 25.

El surgimiento de una revisión judicial transnacional de la constitucionalidad de normas, tuvo su origen al final de la Segunda Guerra mundial, debido a la existencia de múltiples violaciones a estas prerrogativas por parte de los Estados, que habían modificado sus normas o las interpretaban en forma arbitraria a fin de legalizar actos que vulneraban estos derechos, por lo que se concluyó que su protección ya no podía quedar sólo en sus manos, sujeta a criterios subjetivos, sino que debían regularse y vigilarse en el plano internacional a fin de garantizar su protección.

De ahí tenemos, el surgimiento de tratados internacionales en DDHH y de Tribunales Internacionales, tanto a nivel universal como regional, y algunos *ad hoc*.

En el plano universal de las Naciones Unidas, la protección jurisdiccional de los derechos humanos está a cargo de la Corte Internacional de Justicia, que fue establecida en 1945, en La Haya, Países Bajos, siendo la heredera de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Sus funciones principales son resolver por medio de sentencias las disputas que le sometan los Estados (procedimiento contencioso) y emitir dictámenes u opiniones consultivas para dar respuesta a cualquier cuestión jurídica que le sea planteada por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, o por las agencias especializadas que hayan sido autorizadas por la Asamblea General de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas (procedimiento consultivo); sin embargo su funcionamiento ha tenido diversos obstáculos, como lo son las reservas formuladas por los Estados a los tratados de DDHH y el que el sometimiento a su jurisdicción contenciosa sea voluntario; no obstante su jurisdicción consultiva no depende del consentimiento de los Estados, aunque las posibilidades de protección en materia de DDHH está limitado por la naturaleza de este tipo de jurisdicción.³¹⁴

De la misma forma, tenemos a la Corte Penal Internacional que surgió a raíz del Estatuto de Roma³¹⁵ y tiene su sede en la ciudad de La Haya, Países Bajos. Tiene como objeto juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad; es decir, violaciones al Derecho Internacional Humanitario.

En el ámbito regional en Europa, este desarrollo se derivó del estudio de numerosas constituciones surgidas en la segunda posguerra de la aplicación directa de tratados internacionales y del *corpus juris* del derecho internacional, así como de la

³¹⁴ Cfr. Carrillo Salcido, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995, pp.111 y 112.

³¹⁵ Consultado el 13 de junio de 2013, en http://www.tsjyuc.gob.mx/publicaciones/Convencionalidad/Archivos/Penal_Mundial/30_EstatutoRomaCortePenalInternacional.pdf

supremacía del derecho comunitario creado en Europa e interpretado en forma uniforme por el Tribunal de Luxemburgo, además del establecimiento de instrumentos de protección internacional de los Derechos Humanos a través de la Comisión y de la Corte Europea de los DDHH, con sede en Estrasburgo, lo que trajo conflicto entre las disposiciones internas y las normas internacionales.³¹⁶

Como resultado, en esta región existen dos instancias cuyas decisiones involucran al orden constitucional: la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.

La primera tiene su sede en Estrasburgo y su origen se debe al Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos³¹⁷ que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Actualmente desapareció la Comisión Europea de Derechos Humanos que también estaba contemplada en dicho instrumento, por lo que la Corte funciona en forma permanente, y sus facultades son jurisdiccionales y consultivas.

La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo, tiene su origen en los acuerdos regionales como lo son: el Tratado sobre la Comunidad Europea,³¹⁸ Comunidad Europea del Carbón y del Acero,³¹⁹ y la Comunidad Atómica Europea,³²⁰ etc. Ésta decide si un miembro ha contravenido sus obligaciones contractuales, así como la interpretación de los mismos con carácter vinculante, a solicitud de los tribunales nacionales, y en la cual también se pueden ventilar asuntos relacionados con los derechos humanos.

Por otra parte, en América Latina existen como organismos internacionales para la protección de los DDHH: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consagrados por los artículos 33 y 73 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y en vigor el 18 de julio de 1978. La Corte inició funciones el 3 de septiembre de 1979, y su primera decisión fue pronunciada el 13 de noviembre de 1981.³²¹

La Comisión tiene entre sus funciones: la promoción de los Derechos Humanos en el Continente; formulación de recomendación a los países miembros; rendir un informe

³¹⁶ Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 7a ed., México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 543.

³¹⁷ *Vid.* Consultado el 13 de junio de 2013, en www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A.../0/Convention_SPA.pdf

³¹⁸ Consultado el 13 de junio de 2013, en www.ecb.int/ecb/legal/pdf/ce32120061229es00010331.pdf

³¹⁹ Consultado el 13 de junio de 2013, en [www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/.../Tratados\(0397-0475\).pdf](http://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/.../Tratados(0397-0475).pdf)

³²⁰ Consultado el 13 de junio de 2013, en [www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/.../Tratados\(0476-0576\).pdf](http://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/.../Tratados(0476-0576).pdf)

³²¹ Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, *op. cit.*, pp. 544 y 545.

anual sobre la situación de los DDHH en el Continente ante la Organización de Estados Americanos; y la presentación de casos ante la citada Corte Interamericana.³²²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José, Costa Rica, constituye la instancia judicial del sistema regional de protección de los citados derechos, y desarrolla dos funciones: competencia contenciosa y consultiva. En su primera competencia resuelve de las consultas formuladas con motivo de la interpretación de las normas internacionales sobre Derechos Humanos. En cambio, la competencia contenciosa inicia cuando la Comisión somete un caso para su análisis, para luego seguirse un proceso que culmina con el dictado de una sentencia, aunque cabe la posibilidad que dentro del procedimiento exista un arreglo conciliatorio.³²³

En otro orden de ideas, África cuenta con dos órganos para la protección de los Derechos Humanos, la Comisión Africana y Corte Africana de Derechos Humanos; los cuales son considerados como órganos procesales regionales para la protección de los derechos fundamentales.

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue establecida en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, pero empezó a funcionar en 1987, fecha en la que celebró su primera sesión ordinaria, en Addis Abeba, Etiopía. Su sede se encuentra en Banjul, Gambia.³²⁴

Tiene entre sus funciones la promoción de los derechos humanos, para concientizar a la sociedad sobre temas de DDHH, como un esfuerzo para afianzar su protección. Otra función significativa es la protección de los DDHH, para cumplir esta tarea, está facultada para conocer comunicaciones interestatales e individuales.³²⁵

La Corte constituye un órgano clave porque complementa el mandato de protección de la Comisión y refuerza el compromiso de la Unión Africana (UA) en la realización de los derechos humanos y de los valores fundamentales de tolerancia, solidaridad, igualdad de género y acción humanitaria en el continente africano. La Asamblea de la Unión Africana acordó en 2004 su fusión con la Corte Africana de Justicia.

³²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Mandato y funciones*, consultado el 25 de abril de 2013, en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp>

³²³ Morales-Paulín, Carlos A., “Derecho Procesal Constitucional. Una aproximación”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa y Colegio de Secretario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, T. II, p. 1764.

³²⁴ Cadet Odimba, Jean, “Protección de los derechos fundamentales en África”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 6, julio-diciembre de 2006, p.124.

³²⁵ *Ibidem.*, p.126.

La Corte se encuentra en Arusha, en Tanzania y tiene dos funciones: una contenciosa y una consultiva. Respecto a la primera, podrá analizar casos presentados por la Comisión, los Estados Parte y las organizaciones gubernamentales, y por los individuos cuando el Estado responsable haya aceptado previamente la competencia de la Corte para recibir este tipo de comunicaciones, que versen sobre la interpretación y aplicación de la Carta Africana, el Protocolo y cualquier otro instrumento relativo a los derechos humanos. En su función consultiva, la Corte también podrá emitir opiniones a solicitud de una organización reconocida por la UA o por un Estado Parte, sobre cualquier disposición de la Carta Africana o cualquier otro instrumento africano sobre derechos humanos.³²⁶

Finalmente, se han creado diversos Tribunales Internacionales *Ad hoc* para conocer casos específicos de violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, como lo son el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ambos órganos jurisdiccionales fueron concebidos mediante resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 y 1994.³²⁷

En tal orden de ideas, en este apartado se pudo observar que el control constitucional se convirtió en un mecanismo para la globalización, por cuanto a través de la jurisdicción transnacional constitucional se abrió una vía jurisdiccional para la interpretación y cumplimiento efectivo de los tratados internacionales por parte de los Estados, toda vez que antes los compromisos internacionales quedaban al arbitrio de los propios gobiernos.

De igual forma, debe señalarse que los tribunales supranacionales, han conseguido cierta homologación en materia de derechos humanos entre los Estados sometidos a su jurisdicción, en virtud de los lineamientos que aparecen en sus sentencias.

III. Trascendencia de la Jurisdicción Transnacional Constitucional en los Estados.

La jurisdicción transnacional constitucional mediante los tribunales supranacionales que la conforman, ha trascendido de diversas formas dentro de los Estados, una de estas ha sido el ámbito jurídico, por cuanto ha conllevado a que estos atiendan tanto a los tratados, a las sentencias y en general a la jurisprudencia

³²⁶ *Ibidem.*, pp. 141 y 142.

³²⁷ *Vid.* Consultado el 13 de junio de 2013, en <http://www.icty.org/> y <http://www.unicttr.org/>

internacional, para compatibilizar su orden jurídico interno al ámbito internacional; un ejemplo de ello, es la sentencia de fecha 5 de febrero del año 2001, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), que dio como resultado que el Estado Chileno modificara su Constitución en relación al derecho humano a la libertad de expresión.

Asimismo, también han repercutido en el derecho interno de los Estados Partes, al introducir el Control de Convencionalidad, que como se ha mencionado, consiste en la verificación entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Debe señalarse que este control tiene dos vertientes: la *concentrada* por parte de la Corte interamericana, en sede internacional; y otra de carácter *difusa* por los jueces nacionales, en sede interna. La *concentrada* se debe a la potestad de la Corte Interamericana para resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana, al encomendársele la facultad exclusiva de garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, teniendo dicho fallo carácter definitivo e inapelable, por lo que los estados se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes.³²⁸

El de carácter *difuso*, es el que debe realizarse por los jueces y órganos de administración de justicia nacionales de los estados que han suscrito o se han adherido a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y con mayor intensidad a los que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana. Este control constituye una manifestación de la “constitucionalización” o “nacionalización” del derecho internacional y consiste en el deber de estos jueces, de hacer un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la Convención, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la citada Corte que interpreta ese *corpus iuris* interamericano.³²⁹

Esta doctrina nació a nivel interamericano, en la sentencia pronunciada el 26 de septiembre de 2006 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso

³²⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano”, en Carbonell Miguel y Salazar Pedro (Coord.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, Universidad Autónoma de México, 2011, p. 368.

³²⁹ *Ibidem*, p. 370 y 371.

Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile; y si bien es cierto que existían antecedentes de algunos votos particulares sobre el tema, va a ser a través de esta resolución en que este Tribunal Supranacional estableció dicho deber para los jueces nacionales.

En la citada resolución, la Corte señaló que si bien los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, también lo es que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos; por lo tanto, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³³⁰

Otra forma en que los Tribunales Internacionales han impactado a los Estados sometidos a su jurisdicción, es el aspecto económico, por cuanto han dictado pautas importantes en materia de derechos económicos, sociales y culturales que están conformados por una amplia categoría, tales como, salud, educación, seguridad social, sindicación, negociación colectiva, vivienda, alimentación, agua potable, identidad y diversidad cultural. Como ejemplo de lo anterior, podríamos mencionar la sentencia de fecha 24 de agosto de 2010 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay,³³¹ en donde el citado Órgano Supranacional condenó al Estado por su incumplimiento en garantizar niveles adecuados de alimentación, salud, educación para la mencionada comunidad, y con ello, se crearon pautas sobre estos derechos para los demás Estados Partes.

Asimismo, dicha jurisdicción internacional ha repercutido en el sistema de propiedad de los Estados; un ejemplo de lo anterior, sería la sentencia de fecha 21 de agosto de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua,³³² en donde se determinaron aspectos relativos a la propiedad de tierras comunales, estableciéndose que la posesión es título suficiente para que a los indígenas se les reconozcan el derecho de propiedad

³³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, op.cit., p. 124.*

³³¹ Consultado el 13 de junio de 2013, en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>.

³³² Consultado el 13 de junio de 2013, en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>.

sobre las tierras que habitan, impactando con este criterio el régimen de propiedad en América Latina.

IV. Consecuencias de la Jurisdicción Transnacional Constitucional en el Estado Mexicano.

Dicha jurisdicción transnacional también ha trascendido en el Estado Mexicano, mediante diferentes sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hacia nuestro país: Caso Castañeda Gutman; Caso González y otras (“Campo Algodonero”); Caso Rosendo Radilla Pacheco; Caso Fernández Ortega y otros; Caso Rosendo Cantú y otra; y caso Cabrera García y Montiel Flores.

La primera sentencia condenatoria fue la de fecha 6 de agosto de 2008, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, Serie C., No. 184.³³³

Este asunto se originó por la inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos por parte de los particulares (la única vía existente en ese momento, era la acción de inconstitucionalidad que no puede ser promovida por un particular); y el consecuente impedimento para que el señor Jorge Castañeda Gutman inscribiera su candidatura independiente a la Presidencia de México para las elecciones que se celebraron en julio de 2006.

Al resolverse este caso, la Corte concluyó que el Estado no ofreció a la presunta víctima un recurso efectivo para reclamar la violación de su derecho político a ser elegido; y por lo tanto contravino el artículo 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Castañeda Gutman; asimismo, no consideró probado que el sistema de registro de candidaturas a cargo de partidos políticos constituya una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido previsto en el artículo 23.1.b de la Convención Americana y; por lo tanto, se había constatado una violación al artículo 23 de dicho tratado.³³⁴

Como resultado de lo anterior, se reformó el orden jurídico interno para permitir que el Tribunal Electoral de la Federación dentro de su ámbito de competencia pueda analizar la inconstitucionalidad de normas generales en materia electoral. Igualmente,

³³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de fecha 6 de agosto de 2008, (*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, Serie C., No. 184.

³³⁴ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*.

dicha resolución significó el aval internacional al sistema de registro de candidaturas a cargo de partidos políticos.

El segundo asunto condenatorio a nuestro país, fue la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 16 de noviembre de 2009, Caso González y otras (“campo algodnero”) vs. México (*excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*), Serie C., No. 205.³³⁵

Este asunto se originó con motivo de la desaparición y ulterior muerte de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodnero de Ciudad Juárez el día 6 de noviembre de 2001. Se adujo ante la Corte que hubo una ausencia de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la indebida respuesta de las autoridades frente a la desaparición; la ausencia de debida diligencia en la investigación de los asesinatos; así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada.

El citado Tribunal Supranacional concluyó que el Estado violó los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal reconocidos en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno prevista en el artículo 2 de la misma, así como con las obligaciones contempladas en el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, por la falta de adopción de medidas que permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición y prevenir adecuadamente la violencia contra la mujer; además de la falta de medidas para que los funcionarios responsables de recibir las denuncias, tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato; asimismo, se determinó que el Estado incumplió con su deber de investigar y con ello su deber de garantizar los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do

³³⁵ Caso González y otras (“campo algodnero”) vs. México (*excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*), Serie C., No. 205

Pará. Por los mismos motivos, se consideró que violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de los familiares de las víctimas. De igual forma, se dispuso que la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación, por lo que el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, respecto al deber de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de dicho tratado. También se declaró que el Estado violó el derecho a la integridad personal, previsto en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por los sufrimientos causados a los familiares de las víctimas. Finalmente, se razonó que el Estado violó el derecho a la integridad personal, dispuesto en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por los actos de hostigamiento que sufrieron los familiares de las víctimas.³³⁶

Como resultado de lo anterior, se dio un cambio en las políticas públicas respecto al tema de discriminación hacia la mujer; un ejemplo es que en las Procuradurías y los Tribunales de nuestro país, se están implantando una serie de protocolos de actuación que tienen como finalidad eliminar todas las formas de discriminación que existen hacia las mujeres y sus familiares, en las averiguaciones previas y en los procesos judiciales.

Por otra parte, debe señalarse la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 23 de noviembre del año 2009, en el Caso Radilla Pacheco vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C., No. 209.³³⁷

Este asunto tiene su origen en la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero, México. Hecho que se prolonga hasta la fecha, por cuanto el Estado Mexicano no ha establecido el paradero de la víctima ni se han encontrado sus restos. Ante el citado Órgano Jurisdiccional se alegó que a más de 33 años de los hechos, existe total impunidad ya que el Estado no ha sancionado penalmente a los responsables, ni ha asegurado a los familiares una adecuada reparación.

³³⁶ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (“campo algodoner”) vs. México, *op. cit.*

³³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 23 de noviembre del año 2009, en el Caso Radilla Pacheco vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C., No. 209

Al resolverse, el mencionado Tribunal Supranacional concluyó que el Estado Mexicano era responsable de la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, consagrados en los artículos 7.1, 5.1, 5.2, 3 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asimismo se contravinieron los artículos 1.1 de la misma y I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en virtud de la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco, realizada por agentes militares. Asimismo, declaró responsable al Estado por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, administrados con el artículo 1.1 de la misma, por las situaciones y circunstancias vividas por los familiares de la víctima durante su desaparición. Igualmente, resolvió que el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y los artículos I incisos a), b) y d), IX y XIX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de investigación diligente y efectiva ante la justicia ordinaria; la indebida aplicación de la jurisdicción militar en el presente caso; así como la falta de un recurso que permitiera impugnar el juzgamiento de la detención y posterior desaparición forzada. Finalmente, concluyó que el Estado incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada de personas.³³⁸

Como resultado de lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tramitó el expediente varios 912/2010, en el cual al dictar la sentencia de fecha 14 de julio del año 2011, reconoció que el artículo 57 del Código de Justicia Militar relativo a la jurisdicción militar era incompatible con la Convención Americana, y por ello dentro de un plazo razonable, se debían hacer las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención.

De igual forma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación modificó el sistema de control constitucional existente en el país, pues por una parte reconoció que todos los jueces deben realizar el control difuso de constitucionalidad, y por otra parte añadió una

³³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. México, *op. cit.*

nueva forma de control, el de convencionalidad. En dicha resolución se dispuso que este último debe ser ejercido *ex officio* por todos los órganos que tengan funciones materialmente jurisdiccionales (cualquier tribunal de toda índole, como son los órganos jurisdiccionales pertenecientes al Poder Judicial del Estado), ya que se tiene la obligación constitucional de interpretar siempre los tratados de manera más beneficiosa para la persona, pues el control de convencionalidad está acorde con el espíritu y la letra del artículo 1 constitucional reformado y el 133 de nuestra Carta Magna; en consecuencia dicho control se debe realizar por todos los jueces del Estado Mexicano de acuerdo a la propia Constitución, sin gozar de la facultad de formular declaratoria de inconstitucionalidad de leyes (competencia exclusiva del Poder Judicial de la Federación); pero pudiendo dejar de aplicar la norma local por ser contraria a nuestra Carta Magna o a los tratados internacionales de derechos humanos.³³⁹

Según el Dr. Ferrer Mac-Gregor, dicho cambio en el control constitucional nacional se debe a:

- a) las cuatro sentencias condenatorias al estado mexicano (*Caso Rosendo Radilla Pacheco; Caso Fernández Ortega y otros; Caso Rosendo Cantú y otra y caso Cabrera García y Montiel Flores*), donde se establece este deber para los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles; b) lo previsto en los artículos 1o. (obligación de respetar los derechos), 2o. (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 (normas de interpretación más favorables) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la cual fue suscrita y ratificada por nuestra nación; c) lo contemplado en los artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado) del Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados; d) La reforma constitucional del 10 de junio del año 2011, en materia de derechos humanos; y e) la señalada resolución de fecha 14 de julio del año 2011, en la consulta a trámite del expediente varios 912/2010 “Caso Rosendo Radilla Pacheco”, donde acepta este control.³⁴⁰

³³⁹ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *sentencia dictada el 14 de julio de 2011, en el expediente varios 912/2010, sobre el cumplimiento de la sentencia de la Corte interamericana en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 4 de octubre de 2011, sección 2, párr. 27-29.

³⁴⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano”, *loc. cit.*, pp. 340- 342.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que el nuevo control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control constitucional (control concentrado y el difuso), pues parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1o. y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial.³⁴¹ Por ello, replanteó el control constitucional existente, considerándose que el control concentrado se ejerce en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto (antes se consideraba al amparo como parte del difuso); en segundo término, el control difuso por parte todos los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes; esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.³⁴² Debe señalarse que dicha interpretación resulta cuestionable, por cuanto las características del juicio de amparo son propias del control difuso de constitucionalidad, como lo es que los efectos de sus sentencias son *inter partes*.

De igual manera, se estableció como parámetro de análisis para este tipo de control: todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133); así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte; criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contenidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte; y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.³⁴³

Asimismo, debe aclararse que de conformidad con los artículos 1o. y 133 de nuestra Constitución, esto último debe hacerse extensivo al *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual según la mencionada Corte Interamericana, está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). De esta forma el juzgador nacional no debe limitar su interpretación a las normas del

³⁴¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *sentencia dictada el 14 de julio de 2011, en el expediente varios 912/2010, sobre el cumplimiento de la sentencia de la Corte interamericana en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, op. cit.*, párr. 30.

³⁴² *Ibidem*, párr. 34 y anexo del párr. 36.

³⁴³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *sentencia dictada el 14 de julio de 2011, en el expediente varios 912/2010, sobre el cumplimiento de la sentencia de la Corte interamericana en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, op. cit.*, párr. 31.

propio Sistema Interamericano de Derechos Humanos sino que debe utilizar documentos del Sistema Universal de Naciones Unidas, de la Corte Europea de Derechos Humanos, etc.; a fin de lograr la interpretación más protectora posible; por ende, es viable que cite de manera orientadora una sentencia del Tribunal Constitucional Español, lo que implica que los juzgadores deben estar pendientes de lo que están resolviendo tribunales en otras partes del mundo, mostrándose con esto una interconexión entre ellos así como la repercusión que puede tener una sentencia que se dicte; por ejemplo en Alemania.

Como resultado de lo anterior, actualmente en México existe un debate tanto doctrinal como judicial, sobre el principio de supremacía constitucional, pues ahora se da importancia a los tratados internacionales.

Recordemos que el principio de supremacía constitucional consiste en que ninguna autoridad puede contravenir la Ley Fundamental, por cuanto al ser la Constitución la fuente de todo el ordenamiento jurídico, todas las autoridades deben ajustar su actuar a las disposiciones de ésta; por lo tanto, todos sus actos, acuerdos, o resoluciones deben de estar inspirados directa o indirectamente en los principios de la Carta Magna.³⁴⁴ En efecto, la Carta Fundamental constituye la máxima jerarquía, contra la cual no puede atentar el resto del ordenamiento jurídico, siempre en subordinación y en situación descendente, por lo que se convierte en el referente obligado de toda interpretación.

La importancia de este principio reside en que expresa la soberanía del Estado, organiza sus poderes e impone cotos a la actividad de las autoridades, a fin de que las libertades de que goza el pueblo no sean arbitrariamente restringidas por los depositarios del poder público, esto trae consigo la seguridad jurídica.³⁴⁵

Es por ello que en México, nuestra Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y su cumplimiento se antepone ante cualquier norma y ante toda clase de autoridad, las cuales se están obligadas a respetarla por encima de cualquier ley o reglamento, siendo que dicho principio es consagrado en el artículo 133 de nuestra Carta Magna.

Sin embargo, actualmente pudiera pensarse que dicho principio se encuentra en crisis como consecuencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y

³⁴⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Universidad Autónoma de México, nueva serie, año 1, número 1, enero-abril de 1968, p 102.

³⁴⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Los Tribunales Constitucionales y La Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Poder Judicial de la Federación, 2003, pp. 17 y 18.

de la sentencia del Caso Radilla; por cuanto a decir de algunos autores como Miguel Carbonell o Carmona Tinoco, dieron como resultado la existencia del bloque de constitucionalidad y el uso del control de convencionalidad.³⁴⁶

No obstante, debe señalarse que la aplicación del control de convencionalidad y la posible existencia de un bloque de constitucionalidad (recuérdese que dicho tema está pendiente de resolverse por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011),³⁴⁷ no conllevan a un debilitamiento de la supremacía constitucional, pues no se trata de un problema de jerarquía, ya que por mandato de la propia Constitución, se hace un análisis de qué es lo más beneficioso para la persona, pues establece dentro de su composición que se prefiera siempre aquella norma que beneficie más a la persona, por lo que se tiene que abandonar en los casos en que estén involucrados derechos humanos, los criterios tradicionales interpretativos donde todo se ve en forma piramidal; toda vez que ahora las normas constitucionales y las internacionales son complementarias y siempre debe preferirse a aquella interpretación, que es más acorde a la persona, por cuanto la reforma constitucional en materia de derechos humanos quiso poner en el centro los derechos humanos de las personas, siendo los tratados internacionales un instrumento para tal fin, toda vez que al suscribirlos, el Estado realmente se compromete con sus ciudadanos a respetarles las prerrogativas que en ellos se contemplan.

Por lo tanto, la reforma al artículo 1º Constitucional y el Caso Rosendo Radilla, lejos de debilitar la supremacía constitucional, vienen a reinterpretar la Constitución de una forma más amplia y fortalecida; de tal suerte, que se empieza hablar de un bloque de constitucionalidad de derechos humanos, que permite interpretar la Constitución desde la propia Carta Magna y desde los tratados internacionales por mandato de la propia Ley Fundamental³⁴⁸.

V. Conclusiones.

Como conclusiones podemos señalar:

³⁴⁶ Carbonell, Miguel, “Videoconferencia de la Mesa Panel sobre Características de los Derechos Humanos”, en *Diplomado sobre Argumentación Jurídica sobre Derechos Humanos*, FLACSO- CONATRI, 2011.

³⁴⁷ *Vid.* Las versiones taquigráficas de las sesiones públicas ordinarias del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebradas los días 12, 13 y 15 de marzo de 2012.

³⁴⁸ *Cfr.* Lelo de Larrea, Ministro Zaldívar, *Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, celebrada el jueves 2 de febrero de 2012, p. 44, consultada el 13 de junio del 2013, en http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/pl20120202v2.pdf.

1.-La globalización y el control de constitucionalidad se encuentran relacionados mediante la jurisdicción constitucional transnacional, la cual examina las relaciones y los conflictos entre el ordenamiento constitucional y el internacional, especialmente en materia de derechos humanos.

2.-Mediante ésta última, el control de constitucionalidad se convirtió en un mecanismo para lograr la globalización en el ámbito de la justicia, por cuanto abrió una vía para la interpretación y cumplimiento efectivo de los tratados internacionales por parte de los Estados, particularmente en DDHH.

3.- Igualmente, los tribunales supranacionales creados por medio de los tratados, han conseguido cierta homologación sobre derechos humanos entre los Estados sometidos a su jurisdicción, lo que redundará en una mayor protección de estas prerrogativas, en claro beneficio de las personas.

4.- Como se pudo ver, dicha jurisdicción ha tenido un impacto jurídico, económico y social en los Estados a través de las distintas sentencias dictadas por los Tribunales Internacionales, por cuanto se han establecido parámetros sobre estos temas, los cuales todas las naciones están obligadas a seguir.

5.-Esta jurisdicción también ha repercutido en el Estado mexicano mediante diferentes sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hacia nuestro país: Caso Castañeda Gutman; Caso González y otras ("Campo Algodonero"); Caso Rosendo Radilla Pacheco; Caso Fernández Ortega y otros; Caso Rosendo Cantú y otra y caso Cabrera García y Montiel Flores. Esto ha ayudado a que las autoridades en nuestro país empiecen a tomar en cuenta los tratados internacionales en DDHH, así como los criterios de los organismos supranacionales protectores de los mismos.

6.- La aceptación del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad que todos los jueces mexicanos deben ejercer, implica que estos deben aplicar las normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como del Sistema Universal; a fin de lograr la interpretación más protectora posible, lo que conlleva a que los juzgadores deben estar pendientes de lo que están resolviendo tribunales en otras partes del mundo, mostrándose con esto: a) una interconexión entre ellos, y b) la repercusión que puede tener una sentencia que se dicte, por ejemplo, en Alemania; lo que a la larga significaría una homologación en materia DH.

7.-Finalmente, la existencia del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, lejos de debilitar el principio de supremacía constitucional, lo han fortalecido, al permitir la interpretación de la Constitución en forma más amplia y protectora de los derechos humanos.

Fuentes de Información.

CADET ODIMBA, Jean, "Protección de los derechos fundamentales en África", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 6, julio-diciembre de 2006.

CARBONELL, Miguel, "Videoconferencia de la Mesa Panel sobre Características de los Derechos Humanos", en *Diplomado sobre Argumentación Jurídica sobre Derechos Humanos*, FLACSO- CONATTRIB, 2011.

CARRILLO SALCIDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995.

CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 7a ed., México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*). Serie C., No. 154.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de fecha 6 de agosto de 2008, (*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, Serie C., No. 184.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras ("campo algodonero") vs. México, Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009, (*excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*), Serie C., No. 205.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C., No. 209.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, en GARCIA BELAUNDE, Domingo y SALDAÑA BARRERA, Eloy Espinosa (Coord.), *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano", en Carbonell Miguel y Salazar Pedro (Coord.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, Universidad Autónoma de México, 2011.

FIX, FIERRO, Héctor y LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, "El tratado de Libre Comercio de América del Norte y la Globalización del Derecho. Una visión desde la sociología y la política del derecho", en Witker, Jorge, Coord., *El tratado de libre comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, T. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Universidad Autónoma de México, nueva serie, año 1, número 1, enero-abril de 1968.

_____, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho Procesal Constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa y Colegio de Secretario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, T. I.

GALINDO HERNÁNDEZ, Carolina, "La teoría del Estado en la era de la globalización: algunas aproximaciones y problemas pendientes", en Hoyos Vásquez, Guillermo, *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*, Buenos Aires, CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2007.

HUERTA OCHOA, Carla, "La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie año XXXVI, número 108, Septiembre-Diciembre, Año 2003, consultado el 13 de junio del 2013 en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/108/art/art6.htm>.

KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución, (La Justicia Constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

MORALES-PAULÍN, Carlos A., "Derecho Procesal Constitucional. Una aproximación", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa y Colegio de Secretario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, T. II.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *sentencia dictada el 14 de julio de 2011, en el expediente varios 912/2010, sobre el cumplimiento de la sentencia de la Corte interamericana en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 4 de octubre de 2011, sección 2.

_____, *Los Tribunales Constitucionales y La Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Poder Judicial de la Federación, 2003.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la nación*, celebrada el jueves 2 de febrero de 2012, p. 44, consultada el 13 de junio del 2013, en http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/pl20120202v2.pdf.

HACIA EL SISTEMA ESPECIALIZADO DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES EN EL ESTADO DE YUCATÁN.

TOWARDS A SPECIALIZED JUSTICE SYSTEM FOR ADOLESCENTS IN THE STATE OF YUCATAN.

Gabriela Patricia SANTINELLI RECIO*

RESUMEN. La reforma al artículo 18 constitucional del 12 de diciembre de 2005, que creó un Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en México, constituye el tránsito a la adopción en nuestro país del modelo garantista para cimentar los procesos que se sigan a las personas de entre 12 años cumplidos y menos de 18 años por la comisión de alguna conducta tipificada como delito por las leyes penales. Este trabajo expone brevemente el desarrollo del sistema en México, su evolución en Yucatán a partir de 1972 a la fecha, y los avances y retos que enfrenta para lograr su eficiencia.

Palabras claves: Adolescentes, justicia, debido proceso, sistema especializado, reforma constitucional.

ABSTRACT. The constitutional reform of article 18 on December 12th, 2005 created a Comprehensive Justice System for Adolescents in Mexico, which constitutes the transition towards a human rights based model for young people between 12 and 18 years old that have committed felonies. This document exposes briefly the development of the system in Mexico, its evolution in Yucatán from 1972 to date, and the challenges it faces to achieve efficiency.

Keywords: Adolescents, justice, due process, specialized system, constitutional reform.

* Licenciada en Derecho, Maestra en Administración Pública por la Universidad Anáhuac Mayab. Actualmente, doctorante de Gobierno y Gestión Pública por la misma Universidad. gaby_santinelli@hotmail.com

I. Introducción.

El presente trabajo tiene la finalidad de revisar las ideas previas al establecimiento del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en México, esbozando la aparición de los modelos de justicia aplicados en materia de menores en nuestro país y la evolución legislativa que han tenido en Yucatán de 1972 a la fecha. No se pretende agotar el tema, por el contrario, se busca motivar nuevas y más amplias investigaciones al respecto y para ello se ha considerado necesario recabar, sistematizar y analizar la información generada hasta el momento actual, en virtud de que no existen estudios previos que integren en un solo documento lo anterior, ya que toda la información que aquí se presenta se encuentra dispersa en varias obras.

Asimismo, es importante apuntar que se trata de un tema actual y de reciente inclusión en el sistema jurídico mexicano ya que tiene un poco más de 7 años su implementación.

La reforma de 2005 al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en adelante, CPEUM, sin duda alguna, cambió por completo la concepción que se tenía de la infancia en nuestro país y su relación con la justicia, al establecer un sistema especializado para quienes cometieran algún delito del orden penal y tuvieran entre 12 años cumplidos y menos de 18, al considerárseles sujetos de derechos y obligaciones; y garantizar de igual manera el debido respeto a los derechos fundamentales como a los específicos, propios de su condición etárea; es decir, con ella se deja sin efecto la función tutelar y administrativa que ejercía el Estado a través del Poder Ejecutivo para juzgar y sancionar a los menores infractores, para trasladar estas funciones al Poder Judicial, quien en sus procedimientos jurisdiccionales tendrá como obligación salvaguardar sus derechos fundamentales además de los propios de su situación especial de personas en desarrollo.

En la entidad, con la promulgación del decreto número 712 publicado en el Diario Oficial del Gobierno del Estado el 1º de Octubre de 2006 que contiene la *Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Yucatán*, -la cual entró en vigor hasta el 15 de Junio de 2007-, se marca el cambio de paradigma que en materia de adolescentes infractores de la ley penal se había generado y que se fundamentaba en esa función tutelar del Estado, al tomarlos en cuenta como objetos de protección y no como sujetos de responsabilidad, es decir, de derechos y obligaciones.

La reforma a la Constitución Federal en materia de seguridad y justicia del 18 de Junio de 2008 introduce el nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral en la República

Mexicana, que en Yucatán inicia el 15 de noviembre de 2011, la cual impulsa la elaboración de una nueva Ley de Justicia para Adolescentes que cumpla con los requisitos del nuevo sistema propuesto (acusatorio y oral) y que incluya los principios rectores del sistema integral especializado, particularmente determinados con el fin de lograr la reintegración plena del adolescente a la sociedad, a su familia y su cultura; así es como el 21 de Octubre de 2011 se publica en el Diario Oficial del Gobierno del Estado el decreto número 453 que contiene la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Yucatán, la cual está vigente a partir del 18 de Febrero de 2012.

En la presente investigación se utiliza el método analítico porque se abordará un tema que se refiere problemático y que es la evolución legislativa de las formas de Justicia Penal para Menores hasta el establecimiento del Sistema Integral de Justicia Especializado en Adolescentes en Yucatán, que tiene por objeto promover la reeducación, reintegración familiar, social y cultural de los adolescentes en conflicto con la ley penal, será sintético ya que complementará el método anterior al recomponer los elementos que lo conforman en un todo coherente a fin de tener claridad en el mismo. Será deductivo porque analizará el tema de lo general a lo particular y será también exegético, porque durante el mismo se interpretarán los diferentes textos normativos positivos relativos al modo de tratar la justicia juvenil en el paso de los años hasta llegar al establecimiento del Sistema Integral de Justicia Especializado en Adolescentes.

II. Consideraciones teóricas en torno al derecho de minoridad.

Las leyes de justicia para menores en la actualidad son diseñadas bajo las premisas de la autonomía del derecho del menor con respecto del derecho penal y desde luego el modelo garantista, que dan forma al cambio de paradigma en torno a la manera de verlos cuando por cualquier motivo infringen la ley penal. El sostenimiento de esta autonomía no es asunto nuevo, pero cobra mayor relevancia a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño.³⁴⁹

El derecho de menores o minoridad ha sido un tema del que se empezó a hablar desde la década de los años sesenta del siglo XX, pese a que los argumentos de separación no eran los más adecuados, como lo ejemplifica en su afirmación González del Solar al señalar que:

³⁴⁹ El artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, prevé la obligación de los Estados Partes de “promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para quienes se alegue hayan infringido las leyes penales...”

los hallazgos de la ciencia demostraron que ya no era posible que padres y maestros trataran al niño y al adolescente como adultos de menor talla, por su parte, los legisladores habían reconocido en el menor su disminuida comprensión y habían erigido como única defensa la consagración jurídica de su incapacidad sin tomar en cuenta que ésta estaba *in sita* en un mundo propio que requería integral defensa.³⁵⁰

Por su parte García Ramírez sostiene que el derecho correccional de menores infractores es un feliz desarrollo del derecho penal que gradualmente ha conquistado autonomía.³⁵¹

El mismo jurista refiere que en todos los países ha sido preciso separar a los menores del derecho sancionador reservado a los adultos, “ya que primero se atenuaron las penas para los menores, se les excluyó del rigor de la pena, luego se les eximió de la pena ordinaria y se dispusieron para ello penas especiales, más benignas, tenues penas; finalmente, se les sacó del derecho penal”³⁵². Esta salida del derecho penal, como dice el mismo autor, habría ocurrido un siglo atrás, por la vía de la inimputabilidad, o dicho con otras palabras, una decisión de política penal apartó a los menores del imperio de la ley punitiva con todas sus consecuencias, y permitió construir un sistema normativo y orgánico *ad hoc* dotado de categorías e instituciones propias.³⁵³

Para Rodríguez Mancera, la legislación penal y la legislación de menores son sumamente diferentes en su contenido; en este sentido, el Derecho del Menor y el Derecho Penal gozan de autonomía y por tanto son distintos; adicionalmente ambos señalan objetivos que no coinciden, en el primero se procura la tutela del menor mismo, siendo ésta su forma de proveer a la seguridad jurídica, mientras que en el Derecho Penal, se tutelan bienes jurídicos en vista a prevenir futuras conductas lesivas de los mismos de manera socialmente intolerable.³⁵⁴

Aunque la autonomía es un asunto muy discutido, en la realidad la separación del derecho de menores del derecho penal se plasma en la reforma al artículo 18

³⁵⁰ González del Solar, José, *Delincuencia y derecho de menores. Aporte para una legislación integral*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986, pp. 28 y 29.

³⁵¹ Islas de González Mariscal, Olga y Carbonell, Miguel, *Constitución y Justicia para Adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 85.

³⁵² *Ibidem*, pp. 87 y 88.

³⁵³ García Ramírez, Sergio, “Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional”, *Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos de la Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2006, pp. 59-60.

³⁵⁴ Rodríguez Mancera, Luis, *Criminalidad de Menores*, 3ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 359.

constitucional que a su vez motivó las adecuaciones pertinentes en las legislaciones locales.

III. Modelos aplicados en materia de justicia de menores.

En los primeros años del siglo pasado no existía en México un derecho especial para menores y tampoco había otras disciplinas especializadas en la niñez. Las experiencias acumuladas en varias partes del mundo y el conocimiento, permitieron la construcción de una identidad propia para la infancia, así, conforme transcurrió el siglo XX, la niñez se consolidó como un campo específico de estudio, en áreas como la medicina, la psicología, la pedagogía y en los ámbitos de la justicia y el derecho.³⁵⁵

En el caso de México, los estudiosos en el tema coinciden en que se han aplicado tres modelos, los cuales presentan características que los diferencian entre sí, estos son, el penal, el tutelar y el de garantías, los cuales corresponden o embonan con diversas instituciones nacionales y tratados internacionales.³⁵⁶

a. El modelo penal.

Este modelo empezó a implementarse en México entre 1920 y 1940, cuando se fundaron los Tribunales para Menores. El primero se crea en San Luis Potosí en 1923 y años más tarde, en 1926 el correspondiente al Distrito Federal. Trata de justificar la necesidad de crear una justicia especial para menores,³⁵⁷ permitiendo que niños y adolescentes quedaran fuera de tribunales y prisiones para adultos; de esta forma los llamados internados correccionales, antes en manos de órdenes religiosas y patronatos de beneficencia, terminaron por traspasar sus funciones al Estado.

Castillo López con precisión y nitidez dice, “muy tarde se han incorporado a las instituciones sociales y jurídicas las cuestiones vinculadas a los niños, ha sido ésta la tónica infalible por lo menos en la cultura occidental. Fue en el año de 1924 cuando la colectividad internacional asumió la necesidad de plasmar en un documento, al que denominó la Convención de Ginebra, los derechos del niño”.³⁵⁸

³⁵⁵ Azaola, Elena, “Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores”, *Memoria del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores*, México, UNAM-IIIJ, Cuadernos del Instituto, núm. 1, 1996, pp. 19 y 20.

³⁵⁶ Arellano Trejo, Efrén, Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública- Cámara de Diputados LX Legislatura, México, Documento de Trabajo núm. 3, septiembre 2006, p. 2

³⁵⁷ Azaola, Elena, *op cit.*, nota 8, p. 21.

³⁵⁸ Castillo López, Juan Antonio, *Justicia de Menores en México. El desfase institucional y jurídico*, México, Porrúa, 2006, p. 63.

En otras palabras, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), adoptó la llamada “Declaración de los Derechos del Niño”, (26 de septiembre de 1924), conocida también como “Declaración de Ginebra” (reformulada en 1959), que se refiere como un acontecimiento sobresaliente porque este instrumento internacional fijó tres lineamientos para el tratamiento de los menores, que mantienen su vigencia hasta la fecha, a saber; primero, los menores fueron definidos como personas con derecho a una protección especial; segundo, se determinó que deberán de contar con los apoyos que se requieran para desarrollarse saludablemente, y tercero, se estipuló que las leyes promulgadas en la materia deberán de considerar fundamentalmente el “interés superior del niño”. (Principio segundo de la Declaración).

b. El modelo Tutelar o de menores en situación irregular.

Este modelo tiene un significado relevante y decisivo en 1974, cuando se promulga la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal. En su primer artículo transitorio derogó los artículos 119 y 122 del Código Penal, los cuales comprendían el título denominado “Delincuencia de menores”.

Los referentes de dichos consejos fueron los que ya existían en Morelos (1959) y Oaxaca (1964). Como puntos sobresalientes podemos señalar que definió la edad mínima para la minoría de edad, siendo hasta los 18 años y creó la figura de los consejeros, los cuales eran los encargados de imponer sanciones retributivas, ya que “sustituían a los padres cuyas deficiencias educacionales fueran notorias y protegían las necesidades básicas del menor, entre otras cosas”.³⁵⁹

Otro punto a resaltar de esta Ley es que pretendió también sustraer a los menores del derecho penal para incorporarlos al derecho tutelar, en éste ya no se habla de pena, sino de “tratamiento”, no de corrección sino de “readaptación social”, no de reclusión sino de “internamiento” y no de liberación, sino de “externación” o “reintegración social”.³⁶⁰ Sin embargo, unas de las principales críticas de este modelo fue el hecho de que los menores infractores se encontraban en un régimen de excepción y el Estado se erigió como el representante legítimo de sus intereses, como padre o tutor sustituto, teniendo la facultad de desempeñarse incluso fuera del control judicial, confiscó además una gran parte de

³⁵⁹ Martell Gómez, M. Alberto, *Análisis penal del menor*, México, Porrúa, 2003, p. 8.

³⁶⁰ Azaola, Elena, *op cit.*, nota 8, p. 22.

sus derechos, por lo que este modelo paradójicamente los colocó en una posición de desventaja respecto a los adultos.

En este sentido, los menores eran detenidos sin orden de aprehensión e incluso a solicitud de sus padres; no se requería que supieran de qué o quién los acusaba; prácticamente no tenían defensa ni tenían la posibilidad de apelar las resoluciones del Consejo; no existía un procedimiento formal mediante el cual se demostrara el supuesto ilícito o se admitieran pruebas de descargo; además era posible privarlos de la libertad por un periodo que no tenía relación con la presunta falta cometida; no se les reconocían las garantías del derecho penal para adultos, se les podía iniciar un procedimiento no sólo por haber actualizado los supuestos normativos previstos en las leyes penales sino por cuestiones de carácter administrativo, por encontrarse en estado de riesgo y a los “*incorregibles*”. Este último caso, el de los llamados *incorregibles* era inconcebible en un Estado de derecho. Por lo que toca a los menores en estado de riesgo, es decir, aquellos que por la simple sospecha de una cierta proclividad, disposición o riesgo de perpetrar conductas sancionadas penal, moral o socialmente, contra sí mismo o contra su entorno, bastaba para segar indefinidamente la libertad personal del menor.³⁶¹

En este modelo el juez es la figura central del procedimiento y tiene carácter paternalista, las funciones jurisdiccional y asistencial se confunden en su actuación, operó para dar solución al problema de los menores en “situación irregular”, las medidas que se aplican son de naturaleza tutelar de tratamiento, de protección y de apoyo o asistencia, los menores de edad en conflicto con la ley penal, se consideran “seres inadaptados” o “enfermos” que requieren de ayuda para su reincorporación a la vida social, como sujetos pasivos de la intervención jurídica, como objetos y no sujetos de derecho; como inimputables y, por ende, incapaces de responsabilidad penal.

Con el transcurrir del tiempo, se fueron haciendo cada vez más evidentes las violaciones a los derechos fundamentales para con los menores, producto de la concepción tutelar, por lo que como respuesta a todos estos excesos surgió una nueva visión del derecho de menores que les devolviera las garantías que habían perdido.

c. El modelo de garantías o de protección integral.

Detrás de este modelo que pretende corregir todo lo negativo del sistema tutelar, se encuentran diversos instrumentos internacionales sobre la materia que México había

³⁶¹ Castillo López, Juan Antonio, *op cit.*, nota 11, p. 66.

suscrito y que cuestionaban al modelo anterior, de lo que se fija como propósito devolver a los menores las garantías que se les habían negado y de lo cual toma este nuevo modelo su nombre, *garantista*. Los menores entonces ya son reconocidos como sujetos de derechos y garantías de la persona adulta, además de los específicos por su condición de personas en desarrollo, responsables de sus actos (con ciertos límites). El procedimiento al que se les somete es similar al de los adultos y las medidas que se les imponen se basan en principios educativos.³⁶²

La ONU declaró a 1985 como el “Año Internacional de la Juventud”. El 26 de noviembre del mismo, la Asamblea General de ese organismo ratificó las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, conocidas como “Reglas de Beijing”. Este instrumento internacional contribuyó a definir la importancia de contar con leyes e instituciones especializadas para la atención de los menores infractores, que al mismo tiempo satisfagan las necesidades de justicia, respeten sus derechos como niños y hagan hincapié en el bienestar de los mismos.

Años más adelante, la misma ONU adoptó el 20 de noviembre de 1989 la “Convención de los Derechos del Niño”, la cual fue ratificada y promulgada por México en 1991. En este documento se establece por primera vez en el marco internacional, que se entiende por niño “a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (artículo primero de la Convención). Igualmente, en su artículo tercero ratifica la obligación para que los Estados adherentes tomen “una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño”, en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas o los órganos legislativos, concernientes a los niños.

También se destaca en el artículo 40, la inclusión del principio de presunción de inocencia, la obligación de informar al inculcado sobre los cargos que se le imputan y la obligación de que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, en una audiencia equitativa conforme a la ley.

La Convención tiene entre tanto contenido destacable, que considera a los menores como sujetos de derechos y no como objetos de tutela, fue el instrumento internacional que motivó el análisis y estudio por parte de los especialistas sobre la importancia de la protección jurídica de éstos.

³⁶² Islas de González Mariscal, Olga y Carbonell, Miguel, *op cit.*, nota 4, p. 50.

La adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de México, tuvo un impacto evidente en la promulgación de dos nuevas leyes y una reforma constitucional, las cuales tomaron los principios y lineamientos que se desprenden de dicho instrumento jurídico y que fueron:

a) Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Señala que tiene por objeto “reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como la adaptación social de aquellos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal”, (artículo primero).

Esta norma mantiene en vigencia la figura de los consejos de menores, de los cuales regula su estructura y funcionamiento y estipula que éstos son competentes para conocer la conducta de las personas mayores de 11 años y menores de 18. Esta ley tuvo su vigencia a finales de 1991 y sustituyó a la de 1974.

b) Reforma al artículo 4 de la CPEUM.

Esta inició su proceso legislativo en el año de 1999 y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de abril de 2000. Tuvo el propósito de hacer explícito el reconocimiento de los derechos de la niñez, elevarlos a rango constitucional y determinar el deber de los padres de preservar estos derechos y del Estado de proveer lo necesario para el pleno ejercicio de los mismos.

c) Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, (reglamentaria del artículo 4 de la CPEUM).

Se publicó el 29 de mayo de 2000, estableció como objeto garantizar a las niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales señalados en la Constitución. Hace distinción entre niños y los que son adolescentes. Los niños son quienes tienen hasta 12 años y los adolescentes aquellos que tienen desde 12 años cumplidos hasta antes de 18.

Debido al tránsito del modelo tutelar al de garantías la ciencia del derecho penal ha tenido un fuerte impacto, por lo que todo estudio de esta rama, así como de sus teorías, excluye sistemáticamente lo concerniente a la comisión de conductas por parte de menores de edad, toda vez que tiene en cuenta que éstos no cometen delitos.

Esto ha producido un cambio de lenguaje, aceptado casi unánimemente por los profesionales especializados: se habla de infracción en vez de delito, consejo de menores

en vez de tribunal de menores, medida de tratamiento en lugar de pena o sanción, centros de tratamiento en lugar de centros de rehabilitación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene en dos criterios que la ley penal no se debe aplicar a los menores de 18 años, pues éstos sólo podrán ser sujetos de medidas tutelares y educativas, las cuales no revisten jurídicamente el carácter de penas.³⁶³

IV. La Reforma Constitucional al Artículo 18.

Carbonell en el prólogo de la obra de Vasconcelos, “La Justicia Penal para Adolescentes en México. Análisis de las leyes estatales” de la que nos referiremos más adelante, fue preciso cuando señaló que la reforma al artículo 18 de la CPEUM publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre de 2005, aunque breve en su literalidad, llamó de inmediato la atención de los especialistas, tanto en el ámbito del derecho penal como en los estudios constitucionales. El reto que implicaba consistía en poder hacerla totalmente efectiva cuando entrara en vigor, el 12 de septiembre de 2006.

Ésta ordena en su párrafo cuarto que la Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus competencias, un sistema integral de justicia que será administrado a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Se trata de una de las modificaciones más importantes al sistema de justicia nacional en los últimos años, que transforma definitivamente la concepción que se tenía de la infancia y la relación de ésta con la justicia. Como se advierte, a partir de ella se señala con precisión el universo de los sujetos que pueden acceder al sistema integral de justicia para adolescentes, es decir, aquellas personas que tengan más de 12 años y menos de 18. Esta definición termina con la facultad de los Estados para tratar como mayores de edad, a efecto de su enjuiciamiento penal, a personas que no habían cumplido los 18 años, lo anterior, en evidente y expresa violación de los diversos tratados internacionales que exigen un tratamiento distinto para adultos y para menores, entendiendo por menores a quienes no hubieran cumplido los 18 años de edad, y que por el hecho de ser estos instrumentos internacionales ratificados por el Senado, al igual que la Constitución son, la Ley Suprema de toda la Unión en términos del artículo 133 constitucional.

³⁶³ Jiménez García, Joel Francisco, *Derechos de los niños*, 2ª ed., México, Cámara de Diputados, UNAM, 2001, Colección Nuestros Derechos, pp. 44-48.

Es de destacar que a partir de esta reforma, en el artículo 18 de la CPEUM queda establecido que en todos los procesos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal. “El derecho al debido proceso es una garantía a favor de los adolescentes reconocida ahora por todos”.³⁶⁴ En el Estado se reflejó en el texto del artículo 19 fracción III de la Ley de Justicia para Adolescentes del 1º de octubre de 2006 y en la vigente en el artículo 3, al apuntar que: “A ningún adolescente se le podrá imponer medida alguna, sino después de una sentencia firme obtenida en un proceso tramitado de manera pronta, completa e imparcial, con arreglo a esta Ley y con observancia estricta de las garantías y derechos fundamentales”. (*sic*).

En consecuencia, antes de 2005, dicho principio o garantía no les era reconocido a los adolescentes, de ahí que se insistía en la relevancia de su inclusión en el precepto constitucional como una clara muestra del rompimiento de la forma tutelar en que el Estado reaccionaba ante los menores de edad que cometían delitos y del modo de redefinir su actuación ante los aquellos que se encontraban en conflicto con la ley penal.

Así, las leyes tutelares vigentes en los Estados antes de ésta indicaban que el objetivo del procedimiento que se seguía ante los consejos era el tratamiento, orientación y protección de los menores infractores para lograr su readaptación social, sin hacer mención que dicha finalidad incluyera la comprobación de la existencia de delitos y la responsabilidad de algún sujeto en su comisión.³⁶⁵

Como ejemplo, en Yucatán tenemos que el artículo 1º de la Ley para la Rehabilitación Social de los Menores, señalaba que los menores de dieciséis años de edad no eran responsables de sus faltas cometidas que fueran sancionadas por Código de Defensa Social, por lo que no podían ser sometidos a proceso ante las autoridades judiciales, sin embargo apuntaba que, por el hecho de infringir dicho código quedarían bajo la protección directa del Estado, el cual, previa investigación, observaciones y estudios necesarios podría dictar las medidas conducentes tanto para lograr su rehabilitación y encausar su educación y adaptación, como para prevenir en lo general toda conducta infantil y juvenil antisocial.

Se puede decir que desde la entrada en vigor de la referida reforma constitucional, todos los Estados de la República, han emitido leyes en la materia y puesto en funcionamiento

³⁶⁴ Vasconcelos Méndez, Rubén, *Avances y retrocesos de la justicia penal para adolescentes*, México, Novum/UNICEF, 2012, p. 2.

³⁶⁵ Vasconcelos Méndez, Rubén, *La Justicia para adolescentes en México. Análisis de las leyes estatales*, México, UNAM-III, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-México, 2009, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 490, pp. 8-10.

su sistema especializado, el último que lo hizo fue el estado de Guerrero, el cual expidió la propia el 23 de agosto de 2011 y que entró en vigor el 24 de febrero de 2012, sin embargo, es de notar que muchas de ellas fueron promulgadas a última hora, ya sea días antes o después del plazo máximo fijado en la Constitución, lo que exhibe lamentables casos de legislación “al vapor”, carentes del debate serio y sustentado, ni del análisis indispensable que merece un tema tan relevante, en virtud de que el artículo primero transitorio de ésta fijó el término de 3 meses para iniciar en vigor, a partir del cual los Estados de la Federación y el Distrito Federal contarían con un plazo de 6 meses para crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del decreto, en términos del segundo artículo transitorio.

De manera general, en este contexto se produce la reforma de 2005 al artículo 18 de la Constitución mexicana que, sin lugar a dudas supone un avance de enormes proporciones no sólo para el tema de la justicia para adolescentes, sino también para el conjunto de los derechos fundamentales.

Sin embargo, hay que recordar que cuando se da este cambio legislativo, ni el sistema acusatorio regía los procesos penales en México ni la doctrina de la protección integral se había afianzado en el ámbito de la atención a la infancia, a pesar de que desde 1990 era parte del ordenamiento jurídico. De esta suerte, incorpora ambos aspectos al establecer un sistema de justicia especializado propio de las características de los sujetos a quienes se dirige, estructurado por los principios de la Convención de los Derechos del Niño y por los que rigen a los sistemas penales de corte acusatorio.

V. El Sistema Integral de Justicia Especializado en Adolescentes.

Por disposición del artículo 18 de la CPEUM, los Estados han conformado para responder a las infracciones de la ley penal cometidas por personas entre 12 y 18 años, sistemas integrales de justicia especializados, configurados como una protección jurídica especial y regidos y compuestos por principios, derechos, órganos, procedimientos, mecanismos y garantías especiales.³⁶⁶

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 7.

“Un sistema de justicia juvenil es un conjunto de normas e instituciones creadas para dar respuesta a la situación de una persona menor de 18 años de edad imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito”.³⁶⁷

Siempre Beloff asienta que “el sistema de responsabilidad penal juvenil tiene que ver estrictamente con las formas de organización de la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por los adolescentes”.³⁶⁸

Esta noción es compartida por todas las leyes del país, pero la que con mayor precisión la ha definido es la de Yucatán, que señala que el sistema integral de justicia para adolescentes como “el conjunto de elementos normativos, órganos y procedimientos aplicables a adolescentes a los que se refiere esta Ley”. (Artículo 8º).

VI. Evolución de la justicia penal para adolescentes en Yucatán.

A través de la siguiente tabla se expone la evolución que ha tenido la justicia penal para adolescentes en Yucatán, a partir de 1972 hasta la fecha.

EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES EN YUCATÁN.				
	Código/Ley	Publicación	En vigor	Características
1	Código de Menores del Estado de Yucatán	5/junio/1972 Decreto Núm. 151	Al día siguiente de su publicación. 6 de junio 1972	*Considera al menor como inimputable por su falta de desarrollo mental. (Art. 4). *Considera menores a las personas que no han cumplido 16 años. (Art. 2). *Las medidas son de carácter educativo, tutelar y preventivo. La predominante es la de reclusión. (Art. 10). *El Tribunal de Menores goza de amplias facultades para determinar la reclusión. (Art. 13). *Consta de 38 artículos

³⁶⁷ Beloff, Mary, “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos”, *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, 2001, núm. 3, p. 19.

³⁶⁸ Beloff, Mary, “Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos”, *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, 2000, núm. 2, p. 79.

			y 2 transitorios.	
2	Ley para la Rehabilitación Social de los Menores	1/junio/1981	Al día siguiente de su publicación. 2/junio/1981	<p>*Los menores de 16 años no son responsables de las infracciones cometidas por ellos sancionadas en el código penal y quedarán bajo la protección directa del Estado. (Art. 1).</p> <p>*Crea el Consejo Tutelar para Menores, integrado por 3 miembros: abogado, médico y educador, de los cuales uno debía ser mujer y eran nombrados cada 6 años por el Gobernador del Estado (Art. 2, 17 y 19).</p> <p>*Las atribuciones del consejo para la investigación, estudio, decisión e imposición de los tratamientos o medidas de rehabilitación, tutelares, educativas o preventivas, no tendrán más límite que la Ley, la moral y las buenas costumbres.(Art. 27).</p> <p>*La reclusión deberá ser preferentemente en una institución pública descentralizada, denominada Escuela de Educación Social para Menores, (Art. 31)</p> <p>*Las medidas aplicadas son: internamiento institucional, libertad vigilada o amonestación. (Art. 57).</p> <p>*No establece un límite máximo ni parámetro para su fijación.</p> <p>*Consta de 66 artículos y 4 transitorios.</p>

3	Ley para el Tratamiento y Protección de los Menores Infractores del Estado de Yucatán.	12/ago/1999 Decreto núm. 210	Al día siguiente de su publicación, 13/ago/1999	<p>*Representa el inicio a una nueva etapa de la evolución de la justicia para menores en el Estado por ser de influencia garantista. (Art. 9).</p> <p>*Tiene por objeto establecer los mecanismos para la adecuada protección <i>social</i> de los menores infractores (Art. 1, fracc. I).</p> <p>*Considera menores infractores a las personas de más de 11 años y menos de 16 que cometan conductas tipificadas en la legislación punitiva del Estado. (Art. 5).</p> <p>*El Ejecutivo del Estado organiza un sistema de administración de justicia y tratamiento para menores infractores, (Art. 6).</p> <p>*Les reconoce derechos al menor, como recibir nuevas alternativas de vida, garantizar su bienestar para su adaptación social, a recibir un trato humanitario, equitativo, justo, (Arts. 6 y 7).</p> <p>*Les reconoce el derecho de la presunción de la minoría de edad (Art. 15)</p> <p>*Les reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita con objeto de defender y asistir a los menores en cada una de las etapas procesales (Art. 34).</p> <p>*Queda prohibido el maltrato, la</p>
---	--	------------------------------------	---	--

				<p>incomunicación, la coacción psicológica, o cualquier otra clase de acción que atente contra su dignidad e integridad física o mental (Art. 7).</p> <p>*La Escuela de Educación Social de Menores Infractores tiene a su cargo la vigilancia de los mismos durante el proceso que se les siga ante el Consejo de Menores Infractores, así como aplicar las medidas de tratamiento interno o externo.(Art. 36).</p> <p>*Las medidas son de orientación, protección y tratamiento interno o externo. (Art. 45).</p> <p>*Consta de 150 artículos y 4 transitorios.</p>
4	<p>Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Yucatán.</p> <p>NOTA. EL 7 DE DIC./2006 SE PUBLICA NUEVAMENTE LA LEY DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES DEL ESTADO DE YUCATÁN, SIN PERDER SU VIGENCIA, YA QUE LA MINUTA ENVIADA POR EL PROPIO CONGRESO DEL ESTADO MEDIANTE OFICIO NÚM. CEY/2057/2006 DE FECHA 29 DE SEPTIEMBRE DE 2006, CONTIENE INCONSISTENCIAS EN SU REDACCIÓN. LA PRESENTE LEY ENTRÓ EN VIGOR EL 15 DE JUNIO DE 2007 POR DECRETO NÚMERO 752</p>	<p>1º/oct/2006 Decreto núm. 712</p>	<p>A los 6 meses de su publicación. (Artículo Transitorio Primero) (1º/abr./2007)</p>	<p>*Tiene por objeto establecer en el Estado el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, (Art. 1, f. I).</p> <p>*Son sujetos a esta ley los adolescentes entre 12 años cumplidos y menos de 18; (Art. 10).</p> <p>*Establece para su aplicación e interpretación acudir a los principios rectores del Sistema, la CPEUM, los instrumentos internacionales aplicables, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la Constitución Política del Estado de Yucatán, siempre para maximizar los derechos de los</p>

PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DEL GOBIERNO DEL ESTADO EL 30 DE MARZO DE 2007, EN EL CUAL SE REFORMAN LOS ARTÍCULOS TRANSITORIOS PRIMERO Y CUARTO DE LA REFERIDA LEY.

adolescentes y minimizar los efectos negativos del Sistema, (Art. 4).

*Establece la supletoriedad del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales, siempre que no se opongan a los principios rectores del Sistema y ordenamientos aplicables, (Art. 5).

*La niña o niño menor de 12 años de edad es inimputable y solo podrán ser sujetos a rehabilitación, asistencia social y protección, (Art. 13).

*Contiene 25 principios rectores del sistema (Art. 2).

*Los adolescentes sujetos a la ley gozarán de los mismos derechos y garantías reconocidos a los mayores de 18 años y las que les correspondan por su condición especial derivada de su edad.(Art. 19).

*Consigna 32 derechos a los adolescentes sujetos a la Ley, (Art. 19).

*Establece 22 derechos a las víctimas u ofendidos (Art. 20).

*La aplicación de la ley corresponde a: la Procuraduría de Justicia, la Secretaría Gral. de Gobierno y el TSJ. (Art. 21).

*El CEAMA es un órgano desconcentrado

con plena autonomía técnica dependiente de la Secretaría Gral. de Gobierno, (Art. 27).

*Las funciones del CEAMA son, entre otras, aplicar al adolescente las medidas impuestas por el juez, elaborar el programa personalizado a cada adolescente con base en la resolución definitiva, (Art. 27, f. II y II).

*Adopta el sistema de corte mixto (escrito y oral), con mayor tendencia al acusatorio y oral, esquematizado en tres audiencias: de sujeción a proceso, de ofrecimiento de pruebas y de juicio. (Art. 63, 95, 100 y 102)

*Establece el principio de oportunidad (Art. 90).

*Las medidas a aplicarse, podrán ser de orientación, de protección y de tratamiento (modalidad interna o externa). (Art. 141).

*Las medidas tienen el objetivo de promover su reeducación y reintegración familiar y social, así como el desarrollo de su persona y capacidades. (Art. 139).

*Las medidas de tratamiento tienen por objeto lograr el pleno desarrollo del adolescente y sus capacidades, así como su reintegración familiar y social. (Art. 164).

				<p>*El tratamiento deberá ser integral, sistemático, interdisciplinario e involucra a la familia y comunidad. (Art. 165).</p> <p>*Consta de 212 artículos y 9 transitorios.</p>
5	Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Yucatán.	21/oct/2011 Decreto 453	A los 120 días de su publicación. 18/febr./2012	<p>*Adolescente es la persona que tenga entre 12 años cumplidos y menos de 18. (art.155)</p> <p>*El proceso es acusatorio y oral, (Art. 4).</p> <p>*El proceso tiene como eje rector la reintegración social, familiar y cultural dl adolescente; que se reparen los daños causados, que se resuelva el conflicto, restaurar la armonía social en un marco de respeto a los derechos fundamentales. (Art. 2).</p> <p>*El proceso se rige por 20 principios, (Art. 5).</p> <p>*El CEAMA es un órgano desconcentrado dependiente de la SGG, y sus funciones son, entre otras, aplicar al adolescente las medidas impuestas, elaborar a través del Consejo Técnico Interdisciplinario el programa personalizado de cada adolescente.</p> <p>*Las medidas son de orientación, protección y de tratamiento (modalidad interna o externa).</p> <p>*El objeto de las medidas es promover su reeducación,</p>

reintegración familiar, social y cultural, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades.

*Consta de 527 artículos y 7 transitorios.

VII. Medidas en la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Yucatán:

Encontramos que la reforma Constitucional al artículo 18, establece cinco reglas respecto a las medidas: a) se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso; b) deben atender a la protección integral y el interés superior del adolescente; c) deben ser proporcionales a la conducta realizada; d) tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades, y e) el internamiento se utilizará sólo como medida extrema, por el tiempo más breve que proceda y únicamente a los adolescentes mayores de 14 años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Estudiosos del tema coinciden en afirmar que lo más característico de la justicia para adolescentes es su sistema de sanciones.

Vasconcelos dice que, por el estatus especial del que gozan los adolescentes dentro del ordenamiento jurídico, las consecuencias de la comisión de delitos por parte de ellos deben conformarse con sus condiciones y ser distintas a las de los adultos.³⁶⁹

El texto constitucional señala que las medidas son la manera de responder del Estado a los adolescentes que cometen delitos.

De acuerdo al artículo 465 de la Ley vigente en Yucatán, será la autoridad jurisdiccional la que las determinará o las modificará cuando así corresponda para imponerse al adolescente, con el objetivo de promover su reeducación, reintegración familiar, social y cultural, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. Son de tres tipos: de protección, de orientación y de tratamiento, ésta última tiene dos modalidades, interna y externa.

Las medidas de protección consisten en prohibiciones o mandatos específicos que modifiquen el comportamiento del adolescente para reducir el impacto de factores generadores de conductas que afecten el interés de la sociedad. (Artículo 481). Se consideran cinco, y son: I.- la prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias

³⁶⁹ Vasconcelos Méndez, Rubén, *op cit.*, nota 18, pp. 11 y 12.

ilegales; II.- la prohibición de conducir vehículos motorizados; III.- la obligación de participar en programas institucionales; IV.- la obligación de cumplir normas del hogar o familiares, y V.- la obligación de residir en un domicilio específico o con determinadas personas.

Por lo que se refiere a las de orientación, estas consisten en acciones que brinden al adolescente experiencias de legalidad, los beneficios de la convivencia armónica y el respeto a las normas y a los derechos de los demás, (art. 474). Son de cinco clases en términos del numeral 475, a saber: I.- la amonestación y el apercibimiento, II.- la instrucción preventiva, III.- la prestación de servicios a favor de la comunidad, IV.- la obligación de realizar actividades ocupacionales, o, V.- la obligación de realizar actividades formativas.

Por último, las medidas de tratamiento consisten en la aplicación de métodos especializados, para lograr el pleno desarrollo del adolescente y sus capacidades, así como su reintegración familiar y social. (art. 489).

En la propia ley se señala que el tratamiento deberá ser integral, sistemático, interdisciplinario, e involucra a la familia y a la comunidad a la que pertenece el adolescente.

Refiere igualmente que son seis los objetivos principales del tratamiento, siendo estos:

I.- Desarrollar su autoconocimiento y fortalecer su autoestima, autodisciplina y recursos personales; II.- Mantener y desarrollar un estado de salud integral; III.- Estimular su capacidad de aprendizaje y procurar su educación básica, IV.- Identificar su perfil vocacional y orientarlo para que tenga una forma honesta de percibir ingresos; V.- Desarrollar su capacidad para establecer vínculos positivos con su familia y comunidad y adaptarse a su entorno, y VI.- Fortalecer en él hábitos, sentimientos y valores para su desarrollo personal y social.

El tratamiento con la modalidad externa tendrá una duración mínima de un año y máxima de cinco años, estando el adolescente ubicado en un domicilio y bajo la responsabilidad y autoridad de las personas o de institución que el Juez designe en su resolución.

Es necesario profundizar en este tema, toda vez que si bien es cierto que el juez responsabiliza a los padres, tutores o representantes del adolescente infractor (personas que determine), del cumplimiento de esta medida, no tiene la posibilidad de incluir ningún

medio coercitivo que garantice su estricta realización; esto es, hemos observado que en muchos casos la indicación del juez no pasa de un mero deseo, o inclusive de una promesa ante él, de la que sólo participan los padres, tutores o quienes se encuentren acreditados como sus representantes, al estar en la sala de oralidad y que desaparece al terminar la audiencia, por esta razón en la mayoría de las veces no se consolida la finalidad de la misma.

Por lo que respecta al tratamiento con la modalidad interna, el Director del Centro Especializado en la Aplicación de Medidas para Adolescentes, (CEAMA), será el responsable durante su aplicación de la custodia del adolescente, y se toma como válida la información sobre el comportamiento y cumplimiento de la medida, que proporcione el Consejo Técnico Interdisciplinario, el cual estará conformado por especialistas en las áreas jurídica, médica, psicológica, educativa, de trabajo social y las demás que sean establecidas en el Reglamento Interior del Centro.

Se requiere revisar los mecanismos, requisitos, métodos de evaluación, perfiles y demás elementos que permitan una adecuada selección de aquellos que formen parte del mencionado Consejo, ya que en caso de no incluir a quienes demuestren capacidad, experiencia, profesionalismo, madurez, especialidad y otras aptitudes requeridas para tan importante responsabilidad, difícilmente puedan soportar científicamente las propuestas de cambio o modificación de la medida impuesta corriendo el grave riesgo de incurrir en falta de objetividad o de parcialidad en sus determinaciones; lo cual indiscutiblemente afectaría drásticamente el cumplimiento de su finalidad y que traería como consecuencia natural, la ineficacia no sólo de ellas, sino del sistema en su conjunto.

VIII. Conclusiones.

Primera.- A lo largo de la historia legislativa de México y nuestro Estado, se pueden apreciar los diversos esfuerzos por encontrar los procedimientos idóneos para los menores que hayan infringido las leyes penales vigentes para los mayores; los cuales van desde recibir el mismo trato administrado al delincuente adulto, o un trato severo pero diferente del establecido a aquellos, o bien, considerarlos como objetos de protección sin el reconocimiento de sus derechos fundamentales, recibiendo del Estado la tutela pública con los innumerables abusos y excesos que son consecuencia del libre e ilimitado ejercicio del llamado derecho punitivo; o como en la actualidad, como sujetos de

responsabilidad, con plena capacidad de goce de sus derechos fundamentales más los específicos en virtud de su situación especial por razón de edad.

Segunda.- En la evolución legislativa de la justicia penal para adolescentes en Yucatán, de 1972 a la fecha, se han implementado diversas clases de medidas para dar atención y solución al problema de las conductas delictivas de los menores de edad, que han ido desde su reclusión en un reformatorio, la administración del derecho penal para adultos, o la imposición de penas atenuadas, hasta llegar a la pretensión de operar un efectivo Sistema Integral Especializado de Justicia para Adolescentes, cuyo fin es lograr la reintegración social y familiar del adolescente infractor, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. Conocer si esta pretensión ha logrado concretarse requiere indudablemente de amplias y profundas investigaciones que no son materia de ésta, pero sí de motivarlas.

Tercera.- Las medidas impuestas son la característica más relevante del Sistema de Justicia para Adolescentes, por lo cual en el presente trabajo se les dedicó un apartado especial, y en nuestra opinión su definición, aplicación, evaluación, seguimiento, modificación o conclusión anticipada, son torales para lograr el cumplimiento de los fines que persigue el sistema integral especializado y de las cuales, las funciones de elaborar los programas personalizados de los adolescentes con base en lo que determine el juez, valorar sus resultados, sugerir su modificación o conclusión anticipada, recaen en Yucatán en el Consejo Técnico Interdisciplinario; por esta razón merece atención profundizar en la revisión de los mecanismos, requisitos, métodos de evaluación, perfiles y demás elementos que permitan una adecuada selección de quienes formen parte del mencionado Consejo, con el propósito de abonar a la consolidación de un sistema eficaz que cumpla con las expectativas de la sociedad en su conjunto, le devuelva la confianza y certidumbre de que aquellos adolescentes que cometan algún delito recibirán el programa de tratamiento preciso, de acuerdo a la gravedad de su conducta y circunstancias de los hechos imputados, para reincorporarlos plenamente a la vida útil dentro de la misma, es decir, vivir en un eficaz Estado de Derecho; ya que de no ser así, indiscutiblemente se reflejaría en la ineficacia del sistema y el quebrantamiento del mismo.

Se reconoce por tanto, que son parte importante para el éxito o fracaso del Sistema Integral Especializado; sin embargo, insistimos en que es necesario ahondar en todos sus demás elementos para poder opinar en forma puntual.

Cuarta.- México ha suscrito diversos instrumentos jurídicos internacionales que norman diferentes aspectos relacionados con los menores de edad y adolescentes y que en términos constitucionales, son la Ley Suprema de toda la Unión. Estos aspectos van desde su conceptualización como persona titular de derechos que deben ser respetados, los sistemas de protección de esos derechos, la estructuración de procedimientos para los adolescentes que hayan infringido leyes penales, sus derechos reconocidos a los privados de su libertad y demás lineamientos que se incluyeron en la conformación del Sistema Integral de Justicia Especializado en Adolescentes, al hacerlo distinto del impuesto a los adultos.

Quinta.- La reforma constitucional al artículo 18 vigente el 12 de marzo de 2006, fijó la obligación de la Federación, los Estados y el Distrito Federal de establecer en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que considera la Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su situación de personas en desarrollo les han sido reconocidos; lo cual transformó por completo la concepción que se tenía de la infancia en nuestro país y su relación con la justicia penal. Aunque no lo refiere ni acepta expresamente, crea esta reforma la necesidad de diseñar y constituir un sistema de justicia penal a los adolescentes con las particularidades típicas de su condición etárea.

Sexta.- La Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Yucatán, de octubre de 2011, constituye en nuestra opinión, la oportunidad real no sólo de identificar y modificar errores y consolidar los aciertos en miras a perfeccionar el sistema de justicia para los mayores de edad, ya que se anticipó en la incorporación de los principios fijados en la reforma constitucional de 2008 en materia de seguridad y justicia; por lo que se debe valorar más el proceso en el que se ha desarrollado su evolución legislativa hasta la constitución del Sistema Especializado en Justicia para Adolescentes en Yucatán, que representa un referente obligado para lograr aspirar a una sociedad armoniosa en la que impere un eficaz Estado de Derecho.

Fuentes de Información.

Libros

CASTILLO LÓPEZ, Juan Antonio, *Justicia de Menores en México. El desfase institucional y jurídico*, México, Porrúa, 2006.

GONZÁLEZ DEL SOLAR, José, *Delincuencia y derecho de menores. Aporte para una legislación integral*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Y CARBONELL, Miguel, *Constitución y Justicia para Adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, *Derechos de los niños*, 2ª ed., México, Cámara de Diputados, UNAM, 2001, Colección Nuestros Derechos.

MARTELL GÓMEZ, M. Alberto, *Análisis del menor*, México, Porrúa, 2003.

RODRÍGUEZ MACERA, Luis, *Criminalidad de Menores*, 3ª ed., México, Porrúa, 2000.

VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *Avances y retrocesos de la justicia penal para adolescentes*, México, Novum/UNICEF, 2012.

_____, *La Justicia para adolescentes en México, Análisis de las leyes estatales*, México, UNAM-IIJ, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-México, 2009, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 490.

Artículos en revistas especializadas

ARELLANO TREJO, Efrén, *Sistema Integral de Justicia para Adolescentes*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública-Cámara de Diputados LX Legislatura, México, Documento de Trabajo núm. 3, septiembre 2006.

AZAOLA, Elena, "Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores", *Memoria del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores*, México, UNAM-IIJ, Cuadernos del Instituto, núm. 1, 1996.

BELOFF, Mary, "Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos", *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, 2000, núm. 2.

_____, "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos", *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, 2001, núm. 3.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional", *Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes*, Programa de Cooperación sobre

Derechos Humanos de la Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2006.

VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, "Menores infractores: retrospectiva y prospectiva", *Criminalia, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, México, año LXVII, núm. 3, septiembre-diciembre de 2001.

Instrumentos Internacionales

Convención de los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, 1989

Declaración de los Derechos del Niño, (Declaración de Ginebra), 1924.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), 1985.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Menores del Estado de Yucatán. Publicado en el Diario Oficial del Gobierno del Estado el 5 de junio de 1972.

Decreto Número 752 por el que se reforma la Constitución Política del Estado de Yucatán, en sus artículos 72 y 73 Bis; se reforman los artículos transitorios séptimo y octavo, del decreto número 708, publicado en el Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán, el día 1 de octubre de 2006; y se reforman los artículos transitorios primero y cuarto de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Yucatán. Publicado en el Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán el 30 de marzo de 2007.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Yucatán. Publicada en el Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán el 1º de octubre de 2006.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Yucatán. Publicada en el Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán el 21 de octubre de 2011.

Ley para el Tratamiento y Protección de los Menores Infractores del Estado de Yucatán. Publicada en el Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán el 12 de agosto de 1999.

Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000.

Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Yucatán. Publicada en el Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán el 8 de Agosto de 2008.

Ley para la Rehabilitación Social de los Menores. Publicada en el Diario Oficial del Gobierno del Estado el 1º de junio de 1981.

Nueva publicación de la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Yucatán. Publicada en el Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán el 7 de diciembre de 2006.

RELACIÓN PRIVACIDAD Y TRANSPARENCIA. REGARDING PRIVACY AND TRANSPARENCY.

Víctor Manuel CARRAL CORTÉS*

RESUMEN. La privacidad y la transparencia son conceptos que comúnmente se advierten como opuestos, sin embargo su génesis los une de forma intrínseca. La privacidad debe entenderse a partir de la intimidad; mientras que la transparencia se origina en el derecho de acceso a la información pública, que a su vez encuentra fundamento en el derecho a la información. Tanto la privacidad como la transparencia tienen como punto común el derecho de la información de modo que su contradicción, aunque aparente, no es posible.

Palabras clave: derecho a la privacidad, acceso a la información, información pública.

ABSTRACT. Privacy and transparency are concepts that appear to be opposed from each other, however, their genesis intrinsically linked them. The concept of privacy has to be understood in terms of intimacy, and transparency finds its origin in the right to access information. Privacy and transparency have as common denominator, the right to information. Therefore, although apparent, there is not opposition between both concepts.

Keywords: right to privacy, access to information, public information.

I. Introducción.

El tema planteado busca contribuir a la conciliación de términos que se han dado por llamar antagónicos, parece que la privacidad y la transparencia son conceptos contrarios por naturaleza, sin embargo en su desarrollo encuentran puntos de comunión que impiden la ruptura total entre ellos.

La transparencia entendida como el immaculado cristal que deja a las miradas penetrar, sin más, en la información, se topa con el velo pudoroso de la privacidad que se erige como una protectora incansable de la esfera íntima del ser humano; así pues, hallar el espacio de convergencia parece ser una tarea hercúlea.

* Candidato a Maestro en Derecho Constitucional y Amparo en la Universidad Iberoamericana Puebla, profesor titular de "Historia del Derecho" en la misma universidad y abogado postulante, actus@live.com.mx

En el marco de esta aparente antinomia, toman fuerza conceptos afines como derecho a la información, derecho sobre la información y derecho de la información, cuya comprensión nos permitirá, sin rigorismos, alcanzar un terreno llano donde convivan la transparencia y la privacidad.

II. Privacidad.

Para atender al concepto de privacidad es indispensable tratar previamente la intimidad, aunque de modo alguno será nuestra intención extendernos en el tema más de lo estrictamente necesario para la construcción conceptual mínima requerida.

Para Gozaíni: “El derecho a la intimidad es amplio y omnicomprendivo. Ocupa sencillas manifestaciones del derecho a la soledad y a no ser perturbado en la vida privada, como también otras situaciones, por ejemplo, la reserva y confidencialidad de ciertos actos, la intimidad familiar, la defensa del honor, el derecho a la propia imagen, o la protección de la identidad...”³⁷⁰

En este sentido el autor sostiene que para la mayoría, la intimidad “se trata de un límite al derecho a la información, o bien, un derecho a la autodeterminación informativa”.³⁷¹

La importancia de proteger este derecho a la intimidad de la persona es una inquietud que, Gozaíni considera, debe compartir toda la sociedad pues no se trata de la información de uno, en la era de la información con la velocidad y capacidad de transferencia que ofrece internet, la autodeterminación informativa no puede ser menos que una preocupación colectiva.

La protección del derecho a la intimidad contra el uso de un tratamiento automatizado de datos personales no se plantea únicamente a consecuencia de problemas individuales, sino también expresa conflictos que incluyen a todos los integrantes de la comunidad internacional. Por eso –dice Estadella Yuste– “la idea de que la persona titular de los datos –el afectado– tiene interés, como parte de un grupo, en controlar el tratamiento automatizado de datos es reciente, ya que no aparece así en la denominada ‘primera generación’ de las leyes protectoras de datos, orientadas exclusivamente a la protección de la persona como entidad individual”.³⁷²

³⁷⁰ Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Habeas data: protección de datos personales*, Buenos Aires, Rubinzal-culzoni, 2001, p. 22.

³⁷¹ *Ídem*.

³⁷² *Ibidem*, p. 343.

Encontramos en Gozáini la tendencia natural de oponer la intimidad al derecho a la información, idea que de inicio es combativa, es decir, antes siquiera de que exista una colisión de derechos, el autor opone de inicio ambos elementos.

El primer antecedente que se tiene sobre el concepto de intimidad lo constituye la frase “the right to privacy is the right to be alone” (el derecho a la privacidad es el derecho a estar solo)³⁷³, que llegara a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América y que posteriormente fuera objeto de estudio de Warren y Brandeis en la obra “The right to privacy”.

De lo anterior es posible desprender la relación simbiótica entre intimidad y privacidad, Warren y Brandeis ubican en “the right to privacy” una concepción esencial de intimidad. Desde que ellos perfilaron el “right to be alone” se ha desarrollado mucho al respecto.

De entre los trabajos que se han hecho sobre el tema debemos destacar el realizado por Tenorio Cueto y Rivero del Paso, quienes ubican la génesis de la intimidad en la dignidad del ser humano, al señalar: “La intimidad es un ámbito jurídico que radica su origen en la propia dignidad del ser humano teniendo por ende, que ser protegida y tutelada como un derecho fundamental”.³⁷⁴

Originalmente la tutela al derecho a la intimidad se fundó en un concepto de propiedad, por lo tanto se utilizaron las herramientas de protección pensadas para el dominio, es decir desde una perspectiva “patrimonialista” de Derecho Privado; sin embargo, esta concepción fue evolucionando hasta acentuar, ahora, la protección en base a la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales, en un punto de vista mayormente de Derecho Público.³⁷⁵

La doctrina alemana ha optado por llamarlo “derecho a la autodeterminación informativa”. Cuando se habla del derecho a la intimidad desde el enfoque jurídico se alude “al derecho a la reserva de la vida privada”³⁷⁶

Es en la doctrina alemana donde encontramos, y nos valemos, de un puente conceptual que nos permite trasladarnos al estudio de la privacidad como concepto autónomo, pero derivado de la intimidad.

³⁷³ Cfr. Warren and Brandeis. *The right to privacy*, Harvard Law Review, en http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html, consultado el 7 de octubre de 2012.

³⁷⁴ Tenorio Cueto, Guillermo A. y Rivero Del Paso, María. *Análisis crítico de la protección de datos en México*, en *Los Datos Personales en México. Perspectivas y retos de su manejo en posesión de particulares*, México, Porrúa, 2012, p. 53.

³⁷⁵ Cfr. Delpiazzo, Carlos E. *Relaciones entre privacidad y transparencia ¿equilibrio o conflicto?*, en *Los Datos Personales en México, Perspectiva y retos de su manejo en posesión de particulares*, México, Porrúa, 2012, p. 6.

³⁷⁶ Cfr. Pla Rodríguez, Américo. *El Derecho laboral y la protección a la intimidad del trabajador*, en *Revista de Derecho Laboral*, XXXVIII, núm. 179, pp. 609 y ss.

Afirma Delpiazzo que “la globalización de la información privada ha adicionado una nueva tonalidad a la cuestión, que exorbita el concepto clásico de intimidad, abriendo cauce a su distinción de la privacidad, concebida como más amplia que aquélla al aludir datos no íntimos pero que la persona no quiere que sean difundidos.”³⁷⁷

El derecho a la privacidad se entiende de forma extensa y genérica, abarcando todo lo que la persona no desea que se conozca de manera general en la sociedad, la intimidad responde a una categoría más reservada, es un núcleo que se busca proteger con mayor esmero, por ser algo inseparable de nuestra persona.

Dicen Gómez-Robledo y Ornelas que “una diferencia básica entre intimidad y privacidad radica en que mientras ésta última puede ser totalmente eliminada, la eliminación total de la intimidad equivaldría a la destrucción de la autonomía individual de la fuente de la moralidad personal”³⁷⁸.

Entonces la privacidad es distinta a la intimidad, aquella puede definirse como el espacio de la vida humana “donde impera una transparencia relativa” donde cabe la posibilidad de la presencia de otro ser humano, donde la opacidad de la actuación no es total o donde es posible una interacción comunicativa.³⁷⁹

De lo anterior es posible hacer una distinción significativa, esto es, mientras que en lo íntimo la protección debe ser absoluta, total, en lo privado la protección es menos rígida, pues la participación de “otro” u “otros” es necesaria para su conceptualización.

La Ley española 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, en su exposición de motivos distingue entre intimidad y privacidad en el siguiente sentido:

1. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que,

³⁷⁷ Delpiazzo, Carlos E., *Op. Cit.* p.4.

³⁷⁸ Cfr. Gómez-Robledo, Alonso y Ornelas Núñez, Lina. *Protección de datos personales en México: el caso del Poder Ejecutivo Federal*, México, UNAM, 2006, nota 78, pp. 6 y 7.

³⁷⁹ Cfr. Garzón Valdés, Ernesto. *Lo íntimo, lo privado y lo público*, IFAI, Cuadernos de transparencia, núm. 6, México, p. 15.

coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.³⁸⁰

Del concepto de privacidad en contexto sociológico debemos pasar ahora al derecho a la privacidad. El derecho a la privacidad no puede considerarse como derecho natural del hombre, no viene dado desde el nacimiento, es resultado de la evolución de la sociedad a través de un proceso histórico donde se busca definir la actividad humana a partir de la esfera privada y pública. En otras palabras, más allá de discusiones sobre positivismo y naturalismo, este derecho no es innato al hombre, a diferencia del derecho a la vida o a la libertad, más bien es producto de una dinámica que durante el siglo pasado se fue acrecentando dentro de la sociedad, la publicidad de la vida gracias al estallido de los medios de comunicación trajo como consecuencia que se le hiciera frente a este flujo de la información, de modo que surge el derecho a la privacidad.

Todo derecho, por esencia, impone una obligación; así el derecho a la libertad contiene la obligación de no aprehender arbitrariamente, el de propiedad a no robar o despojar, el de imprenta a no censurar y así sucesivamente, a grado tal que no se pueda concebir uno sin otro. De modo que, el derecho a la privacidad, establece una obligación, tanto a los particulares como al Estado. Sobre ello Carpizo y Gómez Robledo manifiestan: “el respeto a la vida privada impone al Estado una doble obligación: no injerencia y no divulgación, para garantizar la privacidad, la autonomía y la tranquilidad a las que tiene derecho la persona fuera de la vida pública”³⁸¹.

Este respeto a la vida privada de que se habla es actualmente un reto para las empresas, gobiernos y titulares de la información. La mecánica global de transferencias monstruosas de información hace complicado que se tomen las medidas necesarias para su protección. Deben considerarse los desafíos que presenta internet, mismos que se multiplican con las redes sociales y las gigantescas bases de datos que empresas como Google, Apple o Facebook poseen. Con el estado que guardan las cosas, el desarrollo del derecho a la privacidad debe ir más allá de un plano económico de resarcimiento o como el caso mexicano de meras sanciones administrativas; en este sentido se pronuncia Gozaíni:

³⁸⁰ Consultado el 13 de marzo de 2013, en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1992-24189

³⁸¹ *Cfr.* Carpizo, Jorge y Gómez-Robledo Verduzco, Alonso. “Los tratados internacionales, el derecho a la información y el respeto a la vida privada”, Boletín mexicano de derecho comparado”, en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/10422>, consultado el 21 de junio de 2013.

La dificultad de encuadrar como derecho subjetivo (propio e intransferible) la noción de privacidad que pervive en el concepto de datos personales está en que no se puede reparar el daño con la sola concesión de una indemnización reparatoria. La invasión a la intimidad se relaciona con las posibilidades reales que se tengan para controlarla, de manera que los derechos emergentes de la protección de datos no pueden ser atendidos únicamente desde la visión economicista que mida el daño con la vara del resarcimiento. Es necesario que la protección del derecho se plantee como un problema social³⁸²

Una vez hecha la distinción entre intimidad y privacidad y acotados sus márgenes de acción, cabe hacer referencia a la materialización de ambos, es decir al derecho a la protección de datos personales.

Los conceptos de intimidad y privacidad son fundamentales para comprender el marco de protección de los datos personales, dado que es posible relacionar ambos conceptos con los dos tipos de tratamientos para los datos, es decir con los datos personales y los datos sensibles. Para hacer la distinción, una forma de definir los datos personales es en oposición a los sensibles; la legislación mexicana establece un listado de datos que deberán ser considerados sensibles, por lo tanto todos aquellos que no se encuentren enunciados, serán simplemente datos personales.

Una vez desarrollados los conceptos que preceden toca ahora estudiar brevemente a los datos personales. De manera genérica Araujo los define como “el conjunto de información sobre una persona física”.³⁸³

Decimos de manera genérica porque es evidente que la definición es insuficiente, tanto que podría ser equivocada. Puede existir información de una persona que no sea personal; veamos, el dato por sí solo no tiene contenido, esto es, aunque tenga contenido material, si se encuentra aislado no es relevante para la protección; para que un dato sea importante debe estar relacionado con otros, de modo que la información cruzada permita conocer algo sobre una persona.

La terminología relativa a este derecho es amplia, se utilizan con frecuencia en la doctrina, legislación y jurisprudencia como sinónimos: *derecho a la intimidad*

³⁸² Gozaíni, Osvaldo Alfredo., *Op. Cit.* p. 342.

³⁸³ Araujo Carranza, Ernesto. *El derecho a la información y la protección de datos personales en México*, México, Porrúa, 2009, p. 32.

*informática*³⁸⁴, *derecho a la privacidad*³⁸⁵, *derecho a la autodeterminación informativa*³⁸⁶, y *derecho a la protección de datos personales*³⁸⁷.

No es la intención del presente extenderse en el concepto de protección de datos personales, de modo que nos limitaremos a referir la situación que guarda en México. Este derecho está regulado principalmente en dos normas: la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

Esta diversidad de ordenamientos jurídicos responde a la división existente entre los datos personales en posesión del gobierno y aquellos cuyo tratamiento corresponde a los particulares. Cuando se afirma que este derecho se contiene principalmente en dos normas no se está afirmando que sean las únicas dos, existen disposiciones en leyes sobre protección al consumidor, buró de crédito, códigos penales, etc.

III. Transparencia.

Del mismo modo que para comprender el concepto de privacidad es preciso hacer alusión a la intimidad, en materia de transparencia debemos contemplar algunos conceptos relacionados como el derecho a la información y el derecho de acceso a la información pública.

Al respecto Ernesto Villanueva señala que “el derecho a la información es el concepto genérico o matriz al que se refiere el artículo 6º (constitucional)... El derecho de acceso a la información es una vertiente del derecho a la información, y la transparencia es una de las garantías legales para imprimir eficacia al derecho de acceso a la información pública en un Estado democrático.”³⁸⁸

Es por ello que la transparencia se comprende, en primer término, a partir del derecho a la información, que se divide en tres aspectos fundamentales que se desprenden del texto

³⁸⁴ Ruiz Miguel, Carlos. "El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español", *Revista General de Derecho*, Año LI, núm. 607, abril, 1995.

³⁸⁵ Escalante Gonzalbo, Fernando. "El Derecho a la privacidad", *Cuadernos de transparencia*, núm. 02, México, IFAI, 2008.

³⁸⁶ Murillo de la Cueva, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa*, España, Tecnos, 1991.

³⁸⁷ García González, Aristeo. "La Protección de Datos Personales: Derecho fundamental del siglo XXI. Un Estudio Comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/art/art3.htm>, consultado el 22 de junio de 2013.

³⁸⁸ Villanueva, Ernesto. *Función pública, declaración patrimonial y transparencia*, México, Novum, 2012, p. 10.

del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁸⁹, esto es, el derecho de toda persona para atraerse información, informar y ser informada.

El derecho a la información, en el sentido que nos ocupa, como fuente del derecho de acceso a la información pública está contenido en la primera acepción del artículo 19, es decir, el derecho de las personas para allegarse de información, en palabras de la Declaración, para investigar y recibir informaciones. En dicho contexto el derecho de acceso a la información pública puede visualizarse como una sección del derecho a la información, que a su vez consiste en un subtema del derecho de la información.

Ahora bien, la transparencia, refiere Villanueva, parece surgir desde la ciencia política y de la administración pública, pero fue adoptada por el derecho al momento que las leyes recogieron ese concepto, “la inserción de la transparencia en el derecho deviene de otra antigua institución jurídica que hoy se invoca como patente de un sistema democrático: la del principio de publicidad del Estado”.³⁹⁰

Norberto Bobbio reflexiona sobre el sentido de la publicidad en el Estado democrático y concluye:

Con redundancia se puede definir el gobierno de la democracia como el gobierno del poder ‘público’ en ‘público’. El error es sólo aparente porque ‘público’ tiene dos significados: si es contrapuesto a ‘privado’, como en la distinción clásica de *ius publicum* y *ius privatum*, que nos llega de los juristas romanos, o si es confrontado con lo ‘secreto’, por lo que no adopta el significado de perteneciente a la ‘cosa pública’, al ‘Estado’, sino de ‘manifiesto’, ‘evidente’, ‘precisamente visible’.³⁹¹

Podemos decir entonces que la transparencia es una garantía no jurisdiccional para ejercer el derecho de acceso a la información pública, es decir, constituye una de las herramientas legales para poner en marcha dicho derecho. Al menos como referencia debemos señalar que la transparencia no es el único instrumento del derecho de acceso a la información, también existe el acceso a la información pública a petición de parte, el sistema de protección de datos personales y el sistema de archivos públicos, así como la

³⁸⁹ “Artículo 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.” Declaración Universal de los Derechos Humanos. Consultado el 20 de junio de 2013 en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

³⁹⁰ Villanueva, Ernesto. *Op. Cit.* P. 7.

³⁹¹ Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 95 y 96.

rendición de cuentas, que si bien se asemejan a la transparencia, encuentra sutiles distinciones de las que no nos ocuparemos ahora.

IV. Relación entre privacidad y transparencia.

El derecho a la intimidad, la privacidad y la protección de datos guardan una estrecha relación con el derecho a la información, sin embargo suelen entenderse como opuestos. El derecho a la información se encuentra por lo general emparentado con la transparencia y la actividad gubernamental, mientras que la intimidad, privacidad y protección de datos se utilizan para evitar precisamente la transparencia, tan es así que se ha recurrido ya la analogía de un velo para dar opacidad al espacio reservado de las personas.

Aparentemente existe una oposición entre la transparencia y la privacidad. En definición es así, pues “*privacidad* alude al *ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión*, mientras que la expresión *transparencia* proviene del latín –*trans* (a través) y *parens entis* (que aparece)– por lo que refiere a lo *claro y evidente*, al cuerpo *a través del cual pueden verse los objetos claramente*, y el agregado calificativo *publica* connota la accesibilidad por todos.”³⁹²

Puede parecer entonces que la privacidad y la transparencia son derechos que se contraponen, situación que nos llevaría a plantear en cada caso concreto qué debe prevalecer, sin embargo es preciso analizar esta supuesta contradicción a la luz de la existencia o inexistencia de colisiones entre los derechos humanos; para ello hay dos visiones: el “conflictivismo” y el “coherentismo”.³⁹³

En relación a lo anterior señala Bidart Campos que “es claro que es el hombre, con su dignidad, con su naturaleza, con su personalidad, el que propone la materia de los derechos humanos, pero la proporciona porque es aquella misma naturaleza la que está inserta esencial y existencialmente en un orbe de relaciones sociales, en una sociedad”³⁹⁴; esto es, los derechos humanos no pueden entenderse como prerrogativas oponibles exclusivamente al Estado, surgen de las interacciones sociales y por tanto se erigen también frente a los demás particulares.

En el mismo sentido se manifiestan Serna y Toller:

³⁹² Delpiazzo, Carlos E. *Op. Cit.*, p. 3.

³⁹³ Entiéndase por ambas expresiones, las posturas que explican la relación entre los derechos; mientras que el conflictivismo afirma que es posible que estos entren en colisión, el coherentismo señala lo contrario y defiende, en cambio, la compatibilidad de los derechos. *Cfr. Ibídem*, p.17.

³⁹⁴ Bidart Campos, Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*, México, UNAM, 1989, p. 147.

...los derechos, a diferencia de los intereses de las personas, son armónicos (...). Los seres humanos tenemos pretensiones y somos capaces de advertir que los demás también las tienen, y que para cada uno la propia pretensión constituye una verdad incontestable. Un orden jurídico se construye al advertir esta igualdad de los diferentes individuos, que es precisamente lo que origina la concurrencia o el conflicto potencial. Si el otro es tratado como un obstáculo, como una cosa, no hay orden jurídico, sino violencia; pero si es reconocido como un igual, se podrá tratar de armonizar la propia aspiración con las ajenas y, sobre la base de una verdad común, construir una regla de convivencia, esto es, un orden jurídico.³⁹⁵

El equilibrio entre el derecho a la información por una parte y el derecho a la privacidad por otra, aboga a favor de este último cuando existen datos personales en poder de la Administración susceptibles de ser accedidos no sólo por el titular sino por terceros.³⁹⁶

De lo anterior se desprende que debe atenderse a la naturaleza de la información, toda vez que son diferentes en uno y otro caso, por ello no deben confundirse los datos personales que obran en expedientes o registros estatales con la información pública, esto quiere decir que el derecho de un ciudadano para tener acceso a la información en poder del Estado no se extiende a toda la información, sino sólo a aquella que se clasifique como pública, es decir, excluye a la de carácter privado o personal y a las reservadas en virtud de una norma de interés público.³⁹⁷

De modo que para evitar cualquier tipo de aparente confrontación entre ambos derechos es preciso regular sus efectos. Dicen al respecto Ekmedjan y Pizzolo que el ejercicio pleno de los derechos de privacidad y transparencia puede alcanzarse mediante la adecuada regulación del *habeas data*, dicha denominación proviene del vocablo en latín (con el significado de conservar, guardar o traer) y el segundo del inglés (alusivo a información o datos).³⁹⁸ Si bien es cierto que México no cuenta con la figura del *habeas data*, la postura de ambos autores puede asimilarse en el sentido de regular los mecanismos o procedimientos, tanto de transparencia como de protección de datos, de manera exhaustiva para evitar contradicciones normativas.

³⁹⁵ Serna, Pedro y Toller, Fernando. *Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 38 y 39.

³⁹⁶ Delpiazzo, Carlos E. *Op. Cit.*, p. 19.

³⁹⁷ Cfr. Basterra, Marcela I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 411 y ss.

³⁹⁸ Cfr. Ekmedjan, Miguel Ángel y Pizzolo, Calogero. *Habeas Data. El Derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 1.

La regulación en comento en el sector gubernamental se ha desarrollado en México en épocas recientes, como se aprecia en la información reservada que constituye un límite a la transparencia. En este último tema se manifiesta un ejemplo de la pretendida contradicción acceso-protección, ya que la transparencia está íntimamente ligada al principio de publicidad, pues ésta consiste en mostrar, mientras que aquella implica dejar ver, como a través de un cristal. Al respecto Horacio Cassinelli señala:

La restricción (al principio de publicidad) debe ser motivada en una razón que sea suficientemente importante como para compensar la razón genérica que aconseja la publicidad como resorte esencial del sistema republicano. No hay que olvidar que la restricción debe tener siempre un motivo legítimo, derivar de un acto inspirado en alguna razón atendible... Pero si no hay razones para la restricción, aunque tampoco existan motivos especiales para la publicidad, ésta procede.³⁹⁹

De lo dicho por Cassinelli, desprenderemos que la publicidad es la regla general y por lo tanto lo será la transparencia, pero ello no significa que toda la información tenga dicho carácter, ya que la misma ley establece como excepción los datos personales, de modo que podemos afirmar que no se da ningún choque entre ambos derechos, por el contrario encontrarán en su relación un complemento.

Hecha la distinción entre los derechos es posible concluir la no colisión entre ellos, pues su objeto regulado es distinto, mientras la transparencia tiene como tarea exponer a la mirada y opinión pública las actuaciones del gobierno, la privacidad busca alejar de esta misma mirada las cuestiones personales, las interacciones íntimas o los datos de los individuos, es así que claramente se observa que la finalidad de cada derecho es diverso.⁴⁰⁰

BIBLIOGRAFÍA.

ARAUJO CARRANZA, Ernesto, *El derecho a la información y la protección de datos personales en México*, México, Porrúa, 2009, p. 32.

BASTERRA, Marcela I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

³⁹⁹ Cfr. Cassinelli Muñoz, Horacio. *El principio de publicidad de la gestión administrativa*, en revista Derecho, Jurisprudencia y Administración, t. 58, pp. 165 y 166.

⁴⁰⁰ Para profundizar en el tema, sobre todo en cuestión de la relación entre datos personales y patrimoniales de funcionarios y la transparencia, se recomienda: Villanueva, Ernesto, *Op. Cit.*

- BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*, México, UNAM, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*, México, Fondo de cultura económica, 2007.
- CARPIZO, Jorge y GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. *Los tratados internacionales, el derecho a la información y el respeto a la vida privada*, Boletín mexicano de derecho comparado”, en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/10422>, consultado el 8 de octubre de 2012.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *El principio de publicidad de la gestión administrativa*, en revista Derecho, Jurisprudencia y Administración, t. 58.
- DELPIAZZO, Carlos E., *Relaciones entre privacidad y transparencia ¿equilibrio o conflicto?*, en Los Datos Personales en México, Perspectiva y retos de su manejo en posesión de particulares, México, Porrúa, 2012.
- EKMEDJAN, Miguel Ángel y PIZZOLO, Calogero, *Habeas Data. El Derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996.
- ESCALANTE GONZALBO, Fernando, *El Derecho a la privacidad*, Cuadernos de transparencia, núm. 02, México, IFAI, 2008.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, *La Protección de Datos Personales: Derecho fundamental del siglo XXI. Un Estudio Comparado*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/art/art3.htm>, consultado el 22 de octubre de 2012.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Lo íntimo, lo privado y lo público*, IFAI, Cuadernos de transparencia, núm. 6, México, 2005.
- GÓMEZ-ROBLEDO, Alonso y ORNELAS NÚÑEZ, Lina, *Protección de datos personales en México: el caso del Poder Ejecutivo Federal*, México, UNAM, 2006, nota 78.
- GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo, *Habeas data: protección de datos personales*, Buenos Aires, Rubinzal-culzoni, 2001.
- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, *El derecho a la autodeterminación informativa*, España, Tecnos, 1991.
- PLA RODRIGUEZ, Américo, *El Derecho laboral y la protección a la intimidad del trabajador*, en Revista de Derecho Laboral, XXXVIII, núm. 179.

- RUIZ MIGUEL, Carlos, *El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español*, Revista General de Derecho, Año LI, núm. 607, abril, 1995.
- SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- TENORIO CUETO, Guillermo A. y RIVERO DEL PASO, María, *Análisis crítico de la protección de datos en México*, en Los Datos Personales en México. Perspectivas y retos de su manejo en posesión de particulares, México, Porrúa, 2012.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Función pública, declaración patrimonial y transparencia*, México, Novum, 2012.
- WARREN and BRANDEIS, *The right to privacy*, Harvard Law Review, en http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html, consultado el 7 de octubre de 2012.