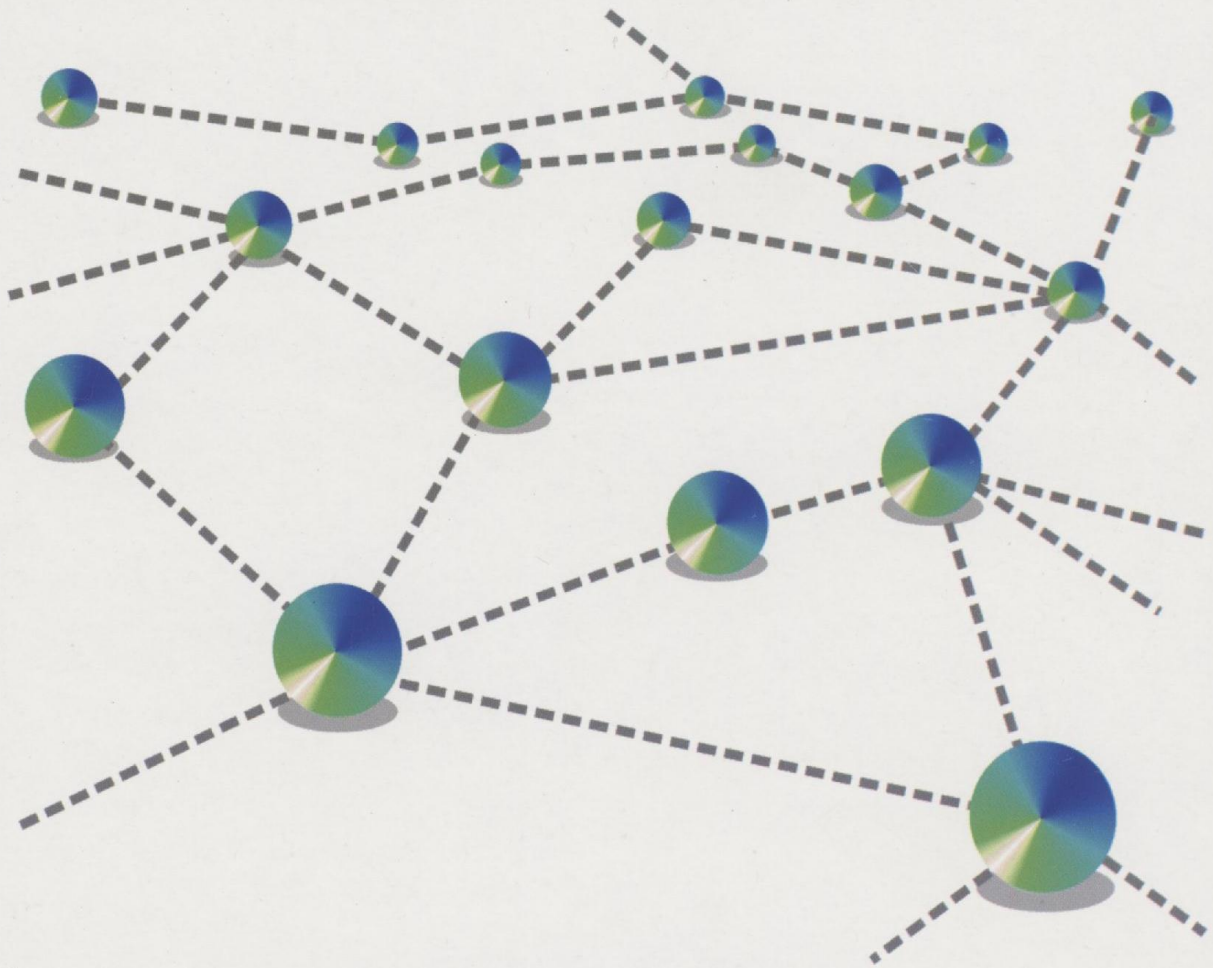


ESTUDIOS MULTIDISCIPLINARES DE DERECHO Y GLOBALIZACIÓN



Josefa Montalvo Romero
Coordinadora

**RED DE INVESTIGACIÓN
TRANSFORMACIONES JURÍDICAS**



ESTUDIOS MULTIDISCIPLINARES DE DERECHO Y GLOBALIZACIÓN

RED DE INVESTIGACIÓN “TRANSFORMACIONES JURÍDICAS”

**Xalapa, Veracruz, México
2013**

**ESTUDIOS MULTIDISCIPLINARES DE DERECHO Y
GLOBALIZACIÓN
RED DE INVESTIGACIÓN “TRANSFORMACIONES JURÍDICAS”**

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO, GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD
UNIVERSIDAD VERACRUZANA

De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente
sus autores.

Esta publicación es financiada por la Universidad Veracruzana.

- © Josefa Montalvo Romero
Coordinadora de la Red de Investigación
- © Cristina Martínez Pedraza
Encargada de la edición

ISBN: 9786079248406

Estudios Multidisciplinares es una publicación resultado del trabajo colaborativo que se efectúa dentro de la Red de Investigación Transformaciones Jurídicas adscrita al Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana. Domicilio de la publicación: Galeana y 7 de noviembre. C. P. 91000 Xalapa, Veracruz.

Queda estrictamente prohibida la reproducción parcial o total de esta obra, bajo cualquier medio electrónico o mecánico, sin la autorización por escrito de los autores.

UNIVERSIDAD VERACRUZANA

Sara Ladrón de Guevara
Rectora

Leticia Rodríguez Audirac
Secretaria Académico

Dra. Carmen Blázquez Domínguez
Director General de Investigaciones

José Luis Martínez Suárez
Director del Área Académica de Humanidades

Dr. José Antonio Hernanz Moral
Director General de Desarrollo Académico

Dra. Yolanda Jiménez Naranjo
Director General de la Unidad de Estudios de Posgrado

Dra. Socorro Moncayo Rodríguez
Coordinadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad

CONTENIDO

Presentación.....

PRIMERA PARTE GLOBALIZACIÓN Y REGIONALIZACIÓN

CAPÍTULO I

Derecho internacional, filosofía moral y justicia global. Cuestiones filosófico-jurídicas en un mundo globalizado.

Introducción

- 1.1 La filosofía moral y política y la cuestión de la justicia global (El “estado del arte”)
- 1.2 Las normas aceptadas por los Estados a través del derecho internacional son parte importante del universo moral
- 1.3 Derechos humanos en el mundo globalizado: más allá de la conciencia y del derecho positivo de los Estados
- 1.4 Un eslabón perdido: la justicia distributiva
- 1.5 Conclusiones

Fuentes de consulta

CAPÍTULO II

MERCOSUR y la Unión Europea: dos procesos a distintos niveles

Introducción

- 2.1 Niveles de integración económica de MERCOSUR y la UE
- 2.2 Aspectos políticos y sociales de la integración en MERCOSUR comparado con la UE
- 2.3 Aspectos jurídicos de la integración en MERCOSUR comparado con la UE
- 2.4 Conclusiones

Fuentes de consulta

CAPÍTULO III

Las relaciones internacionales político-económicas del siglo XXI

Introducción

3.1 Teoría política y economía política internacional

3.1.1 Teoría política

3.1.2 Economía política internacional y globalización

3.2 Estado de derecho internacional

3.3 Relaciones internacionales (concepto, historia y pensamiento)

3.3.1 Antecedentes

3.3.2 Relaciones internacionales contemporáneas

3.4 Conclusiones

Fuentes de consulta

CAPÍTULO IV

Notas para una teoría sobre el control de convencionalidad

Introducción

4.1 El Estado constitucional

4.1.1 Las notas distintivas de Estado constitucional y democrático de derecho

4.2 La internacionalización de los derechos humanos: El sistema interamericano de protección de derechos humanos

4.3 Origen y evolución del control difuso de convencionalidad en el Sistema Interamericano

4.3.1 Del caso Barrientos Altos al caso Gelman

Fuentes de consulta

SEGUNDA PARTE

PRIORIDADES JURÍDICAS GLOBALES

CAPÍTULO V

Trabajadores no comunitarios en España: condiciones de entrada, salida y protección social

5.1 El régimen general de acceso de los extranjeros al mercado de trabajo

5.1.1 Ideas previas

5.1.2 Caracterización general de las vías de acceso al mercado de trabajo

- A. Principios informadores de la política de inmigración y de acceso al mercado de trabajo
 - B. La orientación preferente de las ofertas de empleo hacia los Estados con los que se ha firmado acuerdo de regulación de flujos migratorios
 - 5.2 El retorno en el marco de las políticas comunitarias
 - 5.2.1 Consideraciones previas
 - 5.2.2 Delimitación conceptual y tipologías
 - 5.2.3 Política comunitaria de retorno
 - A. Antecedentes normativos
 - B. Retorno voluntario
 - C. Retorno forzoso
 - D. Fondo europeo para el retorno
 - 5.3 La protección de seguridad social de los trabajadores migrantes
 - 5.3.1 Consideraciones previas
 - 5.3.2 Los instrumentos normativos de garantía de la protección social de los inmigrantes: principios internacionales de seguridad social y convenios bilaterales
 - A. Los principios internacionales de seguridad social
 - B. Los convenios bilaterales de seguridad social
 - 5.4. El convenio bilateral de seguridad social suscrito entre España y México: ámbito y contenido de la protección
 - A. Aspectos generales
 - B. Normas específicas del derecho a pensión
 - C. Otras cuestiones
- Fuentes de consulta

CAPÍTULO VI

El notario como árbitro, mediador o conciliador en conflictos del agua

- 6.1 Disponibilidad de los recursos acuíferos
 - 6.2 Marco legal de los conflictos del agua
 - 6.3 Evolución histórica del notariado
 - 6.4 El notario en la actualidad
 - 6.5 La función social del notario moderno
 - 6.6 El notario como árbitro, mediador o conciliador
 - 6.7 Ventajas de la intervención notarial
- Fuentes de consulta

CAPÍTULO VII

Los derechos de las mujeres

Introducción

7.1 El empoderamiento de la mujer en la distribución de los bienes

7.1.1 El principio de escasez y el orden público económico

7.1.2 El empoderamiento de la mujer para el desarrollo de la familia

7.2 La desigualdad de género

7.3 Sin excusa, la no violencia en contra las mujeres

7.3.1 El derecho de las víctimas

7.3.2 El significado de la violencia

7.4 Del feminicidio a la transexualidad

7.4.1 Tipificación actual

7.4.2 Del feminicidio a la transexualidad

7.5 Conclusión

Fuentes de consulta

TERCERA PARTE

DERECHO Y EDUCACIÓN

CAPÍTULO VIII

Derecho a la enseñanza superior

8.1 Marco constitucional del derecho a la educación en México

8.2 El derecho a la enseñanza superior, en el marco del DIDH

8.2.1 Fines del derecho a la educación y fines de la enseñanza superior

8.2.2 Obligaciones generales en materia de derechos humanos y su configuración en el derecho a la enseñanza superior

8.2.3 Elementos de la educación y sus particularidades en el nivel universitario

8.2.4 Principios de derechos humanos y educación superior

8.3 Conclusión

Fuentes de consulta.

CAPÍTULO IX

La implementación del *Proyecto de Intervención* en el área del derecho. El caso de la maestría en derecho constitucional - Universidad Veracruzana

Introducción

9.1 Fundamentación epistemológica del Proyecto de Intervención (PI)

9.2 Importancia del PI en materia jurídica. Para qué utilizar PI en el área jurídica

9.3 Una propuesta de diseño instruccional para el PI

9.4 Experiencias sobre su aplicación en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Veracruzana (MDC - UV)

9.5 Conclusiones

Fuentes de consulta

CAPÍTULO X

Propuesta de definición de los objetivos de la enseñanza del derecho penal a partir del nuevo concepto de “adquisición de competencias”

10.1 Metas de la enseñanza del derecho penal: definición de contenidos y competencias.

10.1.1 Contenidos curriculares: objetivos prioritarios.

10.2.1 Competencias a adquirir en el aprendizaje del derecho penal.

10.2.1.1 Competencias básicas.

a) Importancia de la capacidad de pensar “por sí mismos”.

b) Capacidad de adoptar una perspectiva crítica.

c) Desarrollo del “pensamiento problemático”: reconocer la importancia específica del Derecho penal como ciencia orientada a la resolución de problemas reales.

10.2.1.2 Competencias específicas.

a) La capacidad para argumentar. El razonamiento jurídico

b) La técnica de la “subsunción” y la búsqueda de fuentes.

10.2 Importancia de los “valores” en el aprendizaje del derecho penal

Fuentes de consulta

PRESENTACIÓN

Las redes de investigación buscan favorecer el trabajo a través de grupos intra e interinstitucionales con esquemas de colaboración multi e interdisciplinaria para enriquecer el entendimiento de las problemáticas en el contexto global, impulsando la capacidad creadora de sus miembros.

Esta publicación nace en el marco de las actividades de la Red de Investigación “Transformaciones Jurídicas” adscrita al Centro de estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

La Red de Investigación nace con el objetivo de integrar una vía permanente de comunicación entre especialistas de diferentes áreas interesados en temas relevantes sobre las transformaciones de la ciencia jurídica contemporánea y el papel de la investigación y la docencia en la educación superior con la finalidad de realizar actividades académicas conjuntas que nos lleven a generar, comunicar y transferir conocimiento científico.

Estas actividades se agrupan en torno a dos líneas de generación y aplicación de conocimientos:

- Transformaciones jurídicas
- Vinculación de la investigación y la docencia en la Educación Superior.

El texto se encuentra dividido en tres grandes apartados, la primera parte “globalización y regionalización” está integrada por cuatro capítulos que nos dan un panorama general sobre temáticas influenciadas por los procesos globales. La segunda parte “prioridades jurídicas globales” nos presenta el análisis de problemáticas con actores específicos en contextos diversos. La tercera parte denominada “derecho y educación” nos presenta tres estudios encaminados al análisis de alternativas para el estudio del derecho.

La publicación contó con la colaboración de distintos CA’s y Grupos de Investigación de la Universidad Veracruzana así como otros adscritos a Instituciones de Educación Superior tanto nacionales como extranjeras: CA Ciencias Penales; CA. Estudios Institucionales José Ramón Cossío Díaz; CA. Riesgos socio-ambientales, vulnerabilidad y derechos humanos; CA. *Ratio Legis*;

CA. Estudios Estratégicos e Internacionales; CA. Transformaciones Jurídicas, todos adscritos a la Universidad Veracruzana. CA. Derecho, Estado y Sociedad Democrática/CA. Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (UMSNH); Grupo de Investigación del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España; Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Penal de la misma Universidad en Madrid, España y Grupo de Investigación sobre relaciones internacionales adscrito al Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

Los temas que aquí se abordan son reflejo de las líneas de generación y aplicación de conocimiento que se cultivan en cada uno de los CA's y grupos de investigación que participan, a quienes agradecemos el entusiasmo con que acogieron este proyecto.

Esta publicación es auspiciada con recursos obtenidos mediante participación en la convocatoria para el fortalecimiento de Cuerpos Académicos de la UV 2013.

Esperamos que este proyecto sea el primero de muchos que se darán en el marco de los trabajos de colaboración de la Red de Investigación "Transformaciones Jurídicas".

Josefa Montalvo Romero
Coordinadora de la Red.

PRIMERA PARTE
GLOBALIZACIÓN Y REGIONALIZACIÓN

CAPÍTULO I

Derecho internacional, filosofía moral y justicia global. Cuestiones filosófico-jurídicas en un mundo globalizado

Miguel Ángel Medina Romero
Teresa Maria Geraldés Da Cunha Lopes*

Introducción

Si bien este artículo nos ayuda a ver el panorama general del orden global, confesamos que hasta determinado punto puede ser leído como una utopía. Sin embargo, debemos tomar en serio la posibilidad de que el Derecho internacional tiene una base (un "grounding", como dicen los autores anglosajones) moral y, que por lo tanto claramente nos beneficiaría leer la experiencia histórica-evolutiva de la doctrina jurídica internacional a la luz de las aportaciones de la Filosofía moral y de la Filosofía política, para entender como surgen y evolucionan las reglas y las instituciones en un proceso que implica una cuidadosa consideración de alternativas que contrarresten las vías de las opciones "realistas" de las políticas de los Estados y del discurso del poder.

1.1 La filosofía moral y política y la cuestión de la justicia global (El "estado del arte")

La Filosofía moral y la Filosofía política contemporáneas han dejado una huella enorme en la construcción del Derecho y, en particular en cuestiones de Justicia global. Son, lo podemos colocar así, el epicentro de los actuales debates doctrinales, como puede ser evidenciado en el Derecho Internacional y, en particular en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Tal puede ser comprobado, en la permanente discusión de principios

* Integrantes del Cuerpo Académico Derecho, Estado y Sociedad Democrática y del Cuerpo Académico Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacán de San Nicolás de Hidalgo.

entre comunitaristas ¹ y cosmopolitas, en el ámbito del debate sobre la naturaleza supra territorial de los derechos individuales versus la soberanía del Estado, dos ejemplos, entre otros, que ilustran nuestra proposición de apertura, eje central del argumento desarrollado en este trabajo conjunto.

Algunos de estos debates se originan en cuestiones de ética interpersonal y luego se extienden en muchas direcciones, que van desde la cuestión de la Justicia globalizada y supranacional, al problema de la distribución de la riqueza económica o al diseño de la arquitectura de las instituciones internacionales. Cuestiones que también son fundamentales para el Derecho internacional, y que tienen mucho que ver con el establecimiento de normas globalizadas sobre conductas que pueden limitar la autonomía y las acciones de las sociedades y de las instituciones que crean para implementar esos estándares.

Esto es particularmente evidente, tal como arriba lo referimos, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Con efecto, la discusión sobre el fundamento del Derecho Internacional (desde los principios enunciados por Francisco de Vittoria en su obra "*De Indis*", cuyos argumentos, para allá de su eficiente utilización por Bartolomé de Las Casas en la polémica contra Ginés de Sepúlveda, servirán para la creación del moderno *Ius gentium*) y de los fundamentos de los Derechos Humanos, siempre se ha insertado en el "*área del pensamiento filosófico a lo largo de la Historia*"². Además, es evidente que la argumentación nace del imperativo kantiano de la "*Dignidad Humana*", presente desde las primeras formulaciones doctrinales, en los primeros textos normativos internacionales, codificado en la Carta de la UN, en los Pactos Internacionales y reforzado en la Declaración y Programa de Acción de Viena del 1993. Los tres Principios- *Libertad, Igualdad, Solidaridad*- están íntimamente conectados con la categoría ontológica de Dignidad que a su vez es central a la Ética. Es un campo que no solamente ha sido nodal en el desarrollo de la doctrina contemporánea de la Filosofía del Derecho, pero que también aparece como el tema central de algunos autores y obras de Filosofía moral y política que trabajan la cuestión de la existencia o ausencia de "*moralidad*" de las normas del Derecho internacional.

Pero regresemos, o mejor, recentremos el análisis sobre la cuestión de la Justicia global. Como consecuencia, la propia investigación, y cualquier teoría que resulta

1 Ver: a) ÁLVAREZ CIENFUEGOS, J., Un apunte sobre los Derechos Humanos y sus generaciones, in DA CUNHA LOPES, T. Et alii Globalización, Derechos Humanos y Sociedad de la Información, pp. 9-20, 2007, 2a ed., Ed. CienPozuelos, 2010; b) PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La tercera generación de Derechos Humanos*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2006.

2 VILLÁN DURÁN, Carlos, Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. p. 91, editorial Trotta, 2006.

de ella, parecen en gran parte ser generadas por la necesidad de entender, justificar o cuestionar las normas vigentes. O sea, la Filosofía moral y la Filosofía política no se limitan a interpretar y refundar el concepto de Justicia global. De hecho algunos de los ejemplos más notables producidos sólo pueden identificarse, tangencialmente, como parte de esa meta. Tal es el caso de la obra y pensamiento de Michael Walzer sobre la definición (y reformulación de conceptos que no habían tenido grande evolución desde los descriptores aquinianos de la Summa Theologica, pero que el impacto de las nuevas tecnologías sobre las nuevas formas de la guerra y sobre el derecho internacional han obligado a repensar³⁾ de las guerras justas e injustas. Walzer considera como primordial de su investigación someter a las normas legales del *Ius ad bellum* y del *Ius in bello* a un escrutinio ético.⁴

Otros filósofos continúan con esta tradición. Entre ellos destaco a : David Luban (sobre cuestiones de derechos humanos y criminalidad internacional), Jeff McMahan (sobre la distinción entre civiles y combatientes), Larry May (sobre la criminalización de la agresión y violaciones del *Ius in bello*), David Rodin (que trabaja sobre el *Ius ad bellum* y *Ius in bello*), y Henry Shue (sobre numerosos temas de los derechos humanos y del *Ius in bello*)⁵ . Podríamos también citar a James Nickel, Charles, Beitz, William Talbot⁶, y otros que han examinado las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) para determinar su fundamentación ética.

Tal demuestra que algunos de los más importantes autores contemporáneos consideran que la Ética juega un papel primordial en las Relaciones internacionales, o en la forma en que pensamos las Relaciones internacionales, y

3 a) ver DA CUNHA LOPES, T.M.G., Seguridad internacional y Derechos Humanos en el Siglo XXI: Problemas ético-jurídicos del uso de los Drones”, in Letras jurídicas, número 27, CEDEGS, UV, 2013, consultado el 4 de Julio 2013 en la web <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/27/A04.pdf>: b) Ver CASEY-MASLEN, Stuart, Pandora's Box? Drones strikes under Ius ad Bellum, Ius in Bello, and International Human Rights Law”, in International Review of the Red Cross, Volume 94 / Junio 2012, pp 597 625 DOI: 10.1017/S1816383113000118, Publicada online: 23 Abril 2013, consultada el 4 de julio 2013 en la dirección <http://journals.cambridge.org/IRC>,

4 WALZER, M, Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations, 2a. ed, 1992.

5 Remitimos al lector para los siguientes artículos o libros: a) LUBAN , ‘A Theory of Crimes Against Humanity’, in Yale Journal of International Law, No. 29, 2004 ; b) McMAHAN,M, Killing in War , 2009; c) MAY, L.,Aggression and Crimes Against Peace ,2008; d) RODIN, D.,, War and Self-Defense ,2002; e) SHUE H. y WIPPMAN, ‘Limiting Attacks on Dual-Use Facilities Performing Indispensable Civilian Functions’, Cornell International Law Journal, No. 35 , 2002 ; f) SHUE, H.,, Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy ,1980.

6 a) NICKEL, J., Making Sense of Human Rights, 2a. ed., 2006; b) BEITZ, C., The Idea of Human Rights, 2009; c) TALBOT, W., Which Rights Should be Universal? , 2005.

que por ende la investigación de los *corporii* normativos vigentes debe ser hecho a la luz de consideraciones éticas, para merecer un análisis serio.

Una práctica común entre estos investigadores es la de someter el Derecho Internacional al escrutinio ético y moral, pero sólo después de presentar un argumento más general sobre algún aspecto de la Justicia global. Un ejemplo clave de esta postura y, que abrió camino a otros, fue la obra "*Teoría Política y Relaciones Internacionales*" de Charles Beitz⁷, que ofrecía el argumento de que la existencia de un orden jurídico internacional estaba supeditada a la existencia de estados "*morales*" definidos sobre la manera como se construye el vínculo entre la autonomía del Estado e instituciones nacionales "*justas*" con las estructuras de Justicia distributiva.

Beitz proporcionó una evaluación ética de ciertas normas del Derecho internacional, por ejemplo, la defensa del Derecho de autodeterminación de los pueblos frente a los poderes coloniales, al conceptualizar este derecho como un justo reclamo de reparación de las injusticias sociales.

Desde un punto⁸ de vista opuesto, Mervyn Frost⁹ sostuvo que el sistema de los Estados soberanos en sí ayuda a la protección del Individuo y a promover su desarrollo, lo que justifica muchas de las normas básicas del Derecho internacional.

Una gran parte de los debates entre comunitaristas y cosmopolitas, al que hicimos referencia en el párrafo de apertura, entran en esta categoría, con teorías que proporcionan una hoja de ruta para aspectos clave de un orden mundial "*justo*", para el examen de las normas legales existentes y para "*disecar*" los elementos estructurales de las instituciones internacionales. David Held y otros autores que comparten su visión, presentan una concepción integral de un orden mundial cosmopolita, con énfasis en sus componentes legales. Esta polémica ha colocado bajo lupa y evaluado, por ejemplo, la estructura de la Unión Europea y las Naciones Unidas confrontando sus posiciones con la visión de Jürgen Habermas y lo ha hecho con el argumento de que el Derecho internacional se está convirtiendo en una "*constitución*" para una comunidad internacional "*kantiana*", que emerge del proceso de positivización de los Derechos humanos, una de las metatendencias del Derecho en los siglos XX y XXI.

En el curso de este trabajo, no alcanzamos a proponer una reorganización radical de los órganos de las Naciones Unidas, basada en la necesidad de diluir la

7 BEITZ, Ch., *Political Theory and International Relations*, 1979, pp.92-105.

8 FROST, M., *Ethics in International Relations: A Constitutive Theory*, capítulos 4-5, 1996.

9 *Ibidem*.

influencia de los Estados poderosos, lo que garantizará una mayor participación de las voces individuales y producirá un nivel de confianza en los mecanismos judiciales para la resolución de disputas y de controversias internacionales. Tal, será objeto de un trabajo ulterior que será el resultado lógico de este primero acercamiento a los principios y al desglose de las influencias recíprocas y retroalimentadoras entre la Ética, la Moral y el Derecho Internacional.

Otros autores dan una primacía a las Instituciones. Por ejemplo, Allen Buchanan argumenta que todas las cuestiones morales acerca de los deberes de los Individuos o de los Estados sólo pueden ser respondidas con una cuidadosa consideración de las instituciones que actualmente son capaces de permitir que esas tareas se lleven a cabo. En cuanto al fondo, Buchanan argumenta que la legitimidad de un Estado se convierte fundamentalmente en la legitimidad que le es otorgada por la observancia de los Derechos humanos. La participación democrática y la legitimidad institucional se convierten en factores similares. Es evidente que Buchanan se refiere a las normas, visualizando tanto la secesión y la intervención humanitaria como excesivamente protectoras de los Estados existentes, aun que insiste en que las nuevas normas tienen en cuenta la protección última de los Individuos.

Para otros teóricos, en la línea de Thomas Pogge, el enfoque se centra en la Justicia distributiva. Argumentando a favor de la globalización del principio de diferencia de Rawls para posteriormente hacer valer el punto de vista más robusto de la igualdad, Pogge sostiene no sólo que las reglas del comercio internacional y propiedad intelectual son injustas, sino también que los individuos en el hemisferio Norte están violando los derechos de no dañar los del Sur, participando en ese sistema de producción de periferias.

Algunos autores, tales como Amartya Sen¹⁰ han llevado el concepto de Justicia un paso más allá, construyendo un argumento poderoso de análisis centrado en la Justicia distributiva. es una amplia reflexión sobre la justicia como problema filosófico y práctica social. En la obra "La Idea de justicia", Amartya Sen habla de un concepto de Justicia concreto, que tiene en cuenta la relatividad cultural e histórica de sus formas, en detrimento de las "teorías contractuales" que aspiran a una Justicia perfecta y única. Para Amartya Sen "lo que nos mueve, con razón suficiente, no es la percepción de que el mundo no es justo del todo, lo cual pocos esperamos, sino que hay injusticias claramente remediabiles en nuestro entorno que quisiéramos suprimir".

10 SEN, Amartya "La Idea de Justicia", trad. Español publicada por Editorial Taurus, Febrero 2011, primera edición en Inglés de Penguin Books Ltd, 2009.

Otros, como Terry Nardin toman una tercera vía , no menos importante, con su llamado a una visión limitada de la Justicia supranacional basada en la noción tradicional positivista del Derecho internacional como una *Lex Mundi* (“Internacional law”). Lo hacen, a partir del modelo de democracia cosmopolita (ver Habermas y su idea de la constitucionalización) , de los cambios significativos en el ordenamiento jurídico internacional, en particular el desarrollo de los Derechos humanos, las limitaciones a la inmunidad del Estado, la noción de patrimonio económico común, y los poderes supranacionales de las organizaciones internacionales.

David Miller¹¹ parece basarse en una comprensión del derecho internacional de los refugiados para proponer una doctrina de los derechos de un Estado hacia los refugiados vs inmigrantes. Thomas Mertens¹², a su vez, se coloca en una postura crítica de Rawls, al señalar que este autor se acerca más a la posición de la tolerancia expresada en los principios fundadores de la ONU. Cuanto a Peter Singer¹³, observamos que este autor ha analizado la Carta de la ONU y las acciones del Consejo de Seguridad para hacer la prueba de los límites de la jurisdicción interna de un Estado en materia de las omisiones y de los abusos en el campo de los Derechos humanos.

El Derecho internacional ha sido, también, utilizado por algunos autores como una defensa del razonamiento ético. Robert Goodin, en su artículo pionero “What is So Special About our Fellow Countrymen?”¹⁴, recorre al Derecho Internacional para justificar obligaciones especiales de un Estado para con sus propios nacionales , señalando situaciones en que, en virtud del Derecho internacional, los derechos que un Estado tiene que garantizar a los extranjeros pueden en realidad ser mayores que sus deberes para con sus ciudadanos (por ejemplo, con respecto a la protección de la propiedad privada y la capacidad de las personas para el servicio militar) ¹⁵. Él usa estos ejemplos para refutar la afirmación nacionalista de que los Estados siempre deben imponer mayores impuestos a sus propios ciudadanos que a los extranjeros, dando por sentado que estas reglas cuentan como argumentos éticos para refutar la posición nacionalista .

11 Ver MILLER, Davis, ‘Distributing Responsibilities’, vol. 9, *Journal Pol. Phil.* , 2001, p. 453 y MILLER, Davis , *National Responsibility and Global Justice* , 2007, pp. 224-230.

12 MERTENS, Thomas, “Defending the Rawlsian League of Peoples: A Critical Comment on Tan”, vol. 18 *Leiden J. Int'l L.* , 2005, pp. 713-714.

13 Referimos el lector para SINGER, Peter, *One World: The Ethics of Globalization*, 2002, pp. 127-135.

14 GOODIN, ‘What is So Special About our Fellow Countrymen?’ in *Ethics*, no. 98, 1988, p. 663.

15 *Ibidem*.

Tan Kok-Chor¹⁶ utiliza la presencia de la coacción institucional a nivel del Derecho internacional como un argumento en contra de la opinión de Cohen sobre los derechos y los límites de la reciprocidad y de la justicia al interior del Estado-nación¹⁷. A su vez, Josué y Charles Sabel parten de un argumento similar para rechazar el punto de vista de Thomas Nagel¹⁸ sobre las limitaciones territoriales de la justicia. Argumentando en contra de las teorías sobre los derechos humanos, Beitz¹⁹ y Cohen toman efectivamente los Derechos humanos tal y como aparecen en los instrumentos jurídicos y generan argumentos en contra de una derivación de arriba hacia abajo de estos derechos.

Este enfoque sobre el uso de la ley como un argumento moral proporciona un puente entre los campos.

Como una especie de contrapunto a los ejemplos anteriores, cabe señalar que los filósofos que citan el Derecho internacional a veces se equivocan. El ejemplo más destacado en los últimos años es sin duda el de Rawls y de la "Ley de los Pueblos". Rawls cita, como referente del reconocimiento de los principios básicos de respeto mutuo entre los pueblos, a James L. Brierly y a su tratado del 1963 "Law of Nations".²⁰ Este movimiento representa al mismo tiempo un paso adelante y un paso atrás para la integración del Derecho internacional y de la Filosofía política.

En el lado positivo, se demostró que el Derecho internacional ya incorpora ciertos principios éticos. Para Rawls²¹, estos principios son defendibles desde una perspectiva contractualista, ya que serían acordadas por los pueblos democráticos en un momento fundador y luego propagados con el apoyo de los llamados "decent peoples"²², concepto extraordinariamente polémico.

Pero Rawls, en la obra ya citada, enunció una nueva formulación del Derecho internacional que, notoriamente, no refleja la evolución de las normas de los Derechos humanos que limitan la libertad de un Estado para autogobernarse.

16 TAN, K. Justice Without Borders: Cosmopolitanism, Nationalism, and Patriotism, 2004, pp. 175-177.

17 COHEN, 'Minimalism About Human Rights: The Most We Can Hope For?' in Journal Pol. Phil., no. 12, 2004, pp. 194-199.

18 NAGEL, Th. 'The Problem of Global Justice', in Phil. & Pub. Aff., no.33, p. 113.

19 BEITZ, C. The Idea of Human Rights, 2009.

20 BRIERLY, J.L., The Law of Nations, 6a. Ed, 1963.

21 RAWLS, J., The Law of Peoples, 1999, p. 37.

22 *Ibidem*.

Desde una perspectiva diferente, Saladino Meckled-García²³ desafía la noción de justicia cosmopolita, en parte, con el argumento de que no hay una estructura básica global porque ninguna potencia internacional puede asignar derechos y deberes por igual a todos los agentes, dejando, al construir este argumento, de lado la cuestión si una estructura básica requiere para tal efecto de una autoridad, y si dicha autoridad debe ser capaz de asignar deberes y derechos individuales frente a los derechos de los estados.

Uno de los ejemplos más evidentes, es el del Consejo de Seguridad que puede restringir eficazmente los derechos de las personas (por ejemplo, a no exportar determinados artículos a un estado contra el cual declaró sanciones), o el de la Corte Penal Internacional que puede enviar (o pedir a un estado que envíe) a alguien a prisión.

En el otro extremo, encontramos el optimismo de algunos cosmopolitas sobre la jurisdicción obligatoria de la CIJ, optimismo que nos parece basado en un malentendido del funcionamiento de la Corte. La Corte Internacional de Justicia es en realidad un tribunal muy conservador, ya sea como una consecuencia de un posicionamiento voluntariamente prudente para evitar casos políticamente controvertidos como lo hizo sobre las pruebas nucleares de Francia, el bombardeo de la OTAN de Serbia, y la declaración de independencia de Kosovo, o, como consecuencia de su evidente desdén para con la Justicia distributiva (“distributive justice”²⁴)

1.2 Las normas aceptadas por los Estados a través del derecho internacional son parte importante del universo moral

La Nueva Doctrina de la Intervención Internacional y el Concepto jurídico de la “*Obligación de Proteger*” colocan un caso interesante de este dialogo continuo y fructuoso entre la Filosofía moral, la Filosofía Política y la Justicia global, a partir del cual argumentamos en este artículo que las normas aceptadas por los Estados a través del Derecho Internacional son parte importante del universo moral.

Coloquemos la cuestión de la actualidad de la nueva doctrina de la intervención internacional introducida por la Resolución de la ONU sobre Libia y del concepto jurídico de la “*Obligación de proteger*”, en un momento en que en Siria, Bashar al-

23 MECKLED-GARCIA, S. “On the Very Idea of Cosmopolitan Justice: Constructivism and International Agency”, in *Journal Pol. Phil.*, no. 16, 2008, p. 261.

24 BLAKE, “Distributive Justice, State Coercion, and Autonomy”, *Phil. & Pub. Aff.*, no. 30, 2001, 257, p. 280.

Assad optó por una represión militar brutal de la oposición civil a su régimen.

Una intervención Internacional o regional fundamentada en el Derecho Internacional debe partir de dos cuestiones:

1.-¿ existe, o no, un fundamento jurídico que permite una injerencia externa en el territorio de un Estado, contra la voluntad de su gobierno, cuando se desarrolla una situación de urgente intervención humanitaria, generada por ese mismo gobierno, o por un sector de la población?

2.- en caso afirmativo ¿Cuál es el proceso de toma de decisiones, conforme al derecho internacional, que debe ser seguido?

Partimos de una respuesta afirmativa a la primera cuestión.

Un nuevo concepto jurídico "*la responsabilidad de proteger*" quedó validado en septiembre 2005 con la resolución 60/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁵, integrada al documento final de la 60a. Cumbre de la ONU. Es evidente que la propia terminología de la Resolución 60/1 A.G. determina su encuadramiento dentro del universo moral., a la vez que implica que , hoy en día, en Derecho Internacional, la soberanía del Estado-nación no es absoluta.

O sea, la comunidad internacional, a través de sus instituciones, tiene el derecho de vigilar todas las situaciones -genocidio, crímenes de lesa-humanidad, hambruna, etc.- que colocan en peligro la población de un Estado-miembro o un sector de esa población.

Así, cuando se verifican determinados elementos, el bien de la comunidad nacional en cuestión, y, el del conjunto de la comunidad internacional, puede trascender la exclusividad de competencias, que el Estado detiene en principio, pero no de manera absoluta, sobre su territorio.

Se podría argumentar, (algunos lo harán de nuevo) que esta responsabilidad "*de proteger*", sólo tiene un estatuto de "*soft law*", en la ausencia de una obligación vinculativa para los Estados, ya que no está expresamente reconocida en la norma consuetudinaria ni plasmada en una convención o tratado internacional.

Sin embargo, tanto por la solemnidad de la aprobación de la resolución 60/1, como

25 El texto final de la Resolución 60/1 de la Cumbre del 2005 puede ser consultado en la dirección <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/60/1>.

por el *consensus* generado al momento de su adopción, podemos hablar de la existencia de fuerza normativa.

Tal parece ser, también la opinión de los miembros del Consejo de Seguridad, que fundamentaron en esta interpretación, sus decisiones obligatorias contenidas en la Resolución 1706 (2006) sobre Darfour²⁶, Sudán, y, en particular en los “considerandos” de la Resolución 1973 (2011) sobre Libia en que declaran : “Considerando que el establecimiento de una prohibición de todos los vuelos en el espacio aéreo de la Jamahiriya Árabe Libia constituye un elemento importante para la protección de los civiles, así como para la seguridad del suministro de asistencia humanitaria, y un paso decisivo para la cesación de las hostilidades en Libia, Expresando preocupación también por la seguridad de los ciudadanos extranjeros y sus derechos en la Jamahiriya Árabe Libia, (...) 3. Exige que las autoridades libias cumplan las obligaciones que les impone el derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario, las normas de derechos humanos y el derecho de los refugiados, y adopten todas las medidas necesarias para proteger a los civiles, satisfacer sus necesidades básicas y asegurar el tránsito rápido y sin trabas de la asistencia humanitaria;”.

La “*Obligación de proteger*”²⁷, además, se apoya sobre los principios del Derecho Internacional que obligan los Estados a prevenir y a reprimir los crímenes internacionales²⁸.

Los artículos 138 y 139 del documento final de la 60.a Cumbre de las Naciones Unidas, son muy claros y especifican que la obligación de proteger tiene como fin crear para los Estados, y de forma subsidiaria para la Comunidad Internacional, la obligación de no permitir que estos actos contra los Derechos humanos y crímenes de lesa-humanidad sean cometidos en su territorio.

26 La Resolución 1706 del 2008 del Consejo de Seguridad, puede ser consultada en la dirección [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1706%20\(2006\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1706%20(2006)).

27 Ver el Documento de la ONU , “Enseñanzas extraídas de Rwanda, Las Naciones Unidas y la prevención del Genocidio”, consultado el 10 de junio 2013 en la dirección <http://www.un.org/spanish/preventgenocide/rwanda/responsibility.shtml>.

28 Remitimos el lector para dos artículos de opinión (no académicos) , DA CUNHA LOPES, T., “Libia , el Colapso del régimen de Gaddafi”, publicado en Radiar Noticias el 22 de agosto 2011 , que puede ser consultado en <http://radiarnoticiasmichoacan.blogspot.com/2011/08/libia-el-colapso-del-regimen-de-gaddafi.html> y para el artículo DA CUNHA LOPES, T., “La (I)Legalidad de la Intervención Militar Francesa en Mali”, publicado el 16 de enero 2013 in Grupo Crónicas Revista, y que puede ser consultado en <http://www.grupocronicasrevista.org/2013/01/16/la-ilegalidad-de-la-intervencion-militar-francesa-en-mali-teresa-da-cunha-lobes/>.

Así, en el caso de Libia y de la Resolución 1973 ²⁹del Consejo de Seguridad:

1.-La decisión era necesaria y ha cumplido con los requerimientos de la legalidad internacional.

2.-Aunque el establecimiento efectivo de la zona de exclusión aérea suponía un equilibrio de fuerzas en el terreno militar para los rebeldes, fueron estos quienes tuvieron que conseguir la caída del tirano.

3.- El mensaje político que trasladaba a otros dictadores la inacción de la comunidad internacional era mucho más riesgoso que lo que ahora se transmite, o sea lo que no se ha permitido a Gaddafi tampoco se debe tolerar a Assad

4.- el papel que fue asignado a la comunidad internacional, por la Resolución 1973 de la UN no fue el de promover la democracia, sino fue el de "*proteger a la población civil*" que Gaddafi se proponía, hasta el último minuto y a la última palabra radiodifundida, masacrar.

5.-la Soberanía del Estado, de los Estados en la actualidad no es absoluta frente a las violaciones de los Derechos humanos y, en particular, en condiciones en que bajo una dictadura, los pueblos no la pueden ejercer³⁰o cuando existe un riesgo para el "quebrantamiento de la Paz".

6.- Gaddafi, ayer, tal como Assad, hoy, han tenido siempre la opción de: a) de dejar expresarse a sus pueblos de forma pacífica respetando el ejercicio de sus derechos políticos; b) de respetar el consenso internacional que le pedía al primero, y le pide al segundo, no utilizar las fuerzas armadas para la represión.

Ambos han decidido no hacer ni uno ni el otro.

Gaddafi cayó (fue sumariamente ejecutado sin juicio) y su único hijo sobreviviente Seif al-Islam Gadafi, será enjuiciado por el nuevo régimen Libio y no por la Corte Penal Internacional³¹. Cuanto a Siria, es altura que Assad parta y que el fiscal de la

29 El texto integral de la Resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad sobre Libia puede ser consultado en el Portal Electrónico de las Naciones Unidas en la dirección <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1973%20> (2011).

30 Ver Carta de las Naciones Unidas, capítulo VII, art. 39- 51 que pueden ser consultados en la dirección <http://www.un.org/es/documents/charter/chapter7.shtml>.

31 El caso que se está presentando contra Seif al Islam Gadafi y otros altos miembros del régimen de su padre, iniciará incluido el jefe de inteligencia, Abdullah al Senussi, incluirá cargos por formar bandas criminales, incitar violación y detecciones ilegales.Libia consistentemente ha

C.P.I abra, de oficio, una investigación sobre los crímenes cometidos por las fuerzas armadas sirias contra la población civil.

Es el momento para la comunidad Internacional, a través del Consejo de Seguridad, de cerrar filas contra el régimen de Bashar al-Assad y de implementar esa "Obligación de Proteger" inscrita en los principios que rigen a las sociedades civilizadas.

Como muestra el examen crítico, incluso cuando se acepten las diferentes orientaciones del Derecho internacional y la Ética, en la medida en que ambos se ocupan de cuestiones de justicia global, sus enfoques son pobres en el sentido en que ignoran o descartan las ideas de la otra esfera o ámbito de análisis.

Los abogados y juristas internacionales tienen que cuidar el riesgo de la deriva teórica, a partir de un conjunto de argumentos, principios y normas para evaluar el estado actual de la norma internacional, la promoción de cambios a la misma y la creación de instituciones para su ejecución. Más allá de los académicos y especialistas en Derecho Internacional, debemos recorrer a la investigación ética, considerando que esta, también beneficia a los profesionales del Derecho.

Por ejemplo, el esquema de uno de los avances más significativos en nuestra comprensión de las obligaciones de los Estados de protección de los Derechos Humanos tuvo lugar cuando el Comité de la ONU sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó la doctrina desarrollada por Henry Shue de "*respetar, proteger y promover*"³². Ese marco normativo compuesto de un mosaico de Tratados, Convenios y Declaraciones, se ha convertido en parte de la interpretación aceptada de la legislación sobre Derechos humanos y ha ayudado a adaptar la ONU a dar respuestas a las fallas y omisiones de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones.

Pero los beneficios no son unilaterales, son mutuos a las dos disciplinas: al Derecho, en particular al ámbito del Derecho Internacional y a la Filosofía, con énfasis en los campos de la Filosofía moral y de la Filosofía Política. Con efecto, las normas aceptadas por los Estados a través del Derecho internacional son parte importante del universo moral que el filósofo considera. Como se ha señalado, algunos filósofos ya han demostrado las ventajas de conocer sobre el Derecho internacional y las Instituciones - sobre la construcción de argumentos basados en

rechazado las solicitudes de la Corte Penal Internacional para que Saif al Islam y Senussi sean extraditados y juzgados por crímenes contra la humanidad en La Haya.

32 SHUE, H., *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, 2d ed., 1996, p. 52.

estos, y sobre la prescripción de las visiones de la justicia global que trabajan con o, si es necesario, para sustituir a las instituciones existentes

1.3 Derechos humanos en el mundo globalizado: más allá de la conciencia y del derecho positivo de los Estados

Para ir más allá de la conciencia de la importancia del otro campo, los investigadores tendrán que administrar algunas lagunas fundamentales en los enfoques distintos a la justicia global. En primer lugar, la tarea tendrá que hacer frente a lo que parece ser una suposición tácita entre algunos filósofos que el Derecho internacional carece de una base moral y en su lugar no es más que un conjunto de prácticas, a las cuales la comunidad internacional y los Estados llegaron a través de la conveniencia política y del "discreto" civilizador construido por el reconocimiento de los estándares mínimos. Como se señaló anteriormente, parte de este artículo está dedicado a examinar si las normas internacionales y las instituciones surgen con referencia a un planteamiento externo, con raíces en la Filosofía moral, o si en realidad ellos son constitutivos de la moralidad.

También tendremos que considerar las ventajas y desventajas de la teoría ideal cuando se trata de la Justicia global, donde, después de todo, estamos hablando de cambiar el mundo real, a partir de soluciones concretas y no solamente de principios abstractos y de modelos utópicos .

El compromiso con el Derecho internacional implica un movimiento más allá de la teoría ideal. En este contexto, más filósofos deben estar dispuestos a comprometerse con el significado ético de una norma de Derecho internacional (y sus correspondientes instituciones) en la medida en que sugiere una aceptación por parte de los actores clave de una moral, y no sólo una posición política. Como Habermas ha dicho de cosmopolitismo, que "sigue siendo un vacío, incluso engañosa, sin promesa de una evaluación realista de la totalidad de las tendencias con capacidad en la que está inserto".

Sin embargo, los juristas también deben desafiar la suposición, muy cómoda pero difícilmente operativa, de que la investigación ética es irrelevante y/o innecesaria. Este esfuerzo requerirá mirar para allá de los métodos interpretativos y sacar a la luz los resultados concretos para las sociedades civiles de la presión globalizadora del Derecho Internacional de los Derechos humanos (DIDH). Un caso interesante de análisis es el caso de la China Popular y, de cómo las macro tendencias globalizadoras de los DIDH han obligado el Partido Comunista a un cambio discursivo y a una moderación en la práctica, de su naturaleza totalitaria y

represora, para encuadrar el movimiento hacia el exterior de sus masas, protagonizado por la disidencia y, por la sociedad civil.

En los últimos meses del 2012³³, China ha estado haciendo un ejercicio de auto-análisis o, podríamos decir, un examen de conciencia. En año de cambio generacional del liderazgo del Partido y del Estado, más de 300 de los líderes de primer nivel del Partido Comunista se reunieron en Beijing y discutieron las formas de impulsar la nación y de consolidar el “*poder cultural blando*” (“*soft power*”): un reconocimiento de que a pesar del peso económico creciente del país, China carece de la atracción magnética de un país como los Estados Unidos, o inclusive de otros países emergentes como de la India, Brasil o de México.

La reunión del partido del 15 al 18 de octubre 2012 fue el primer cónclave anual de su comité central para centrarse en el tema del “*poder blando cultural*”, un término que no es nuevo en China, ya que comenzó a ser utilizado por el partido oficial después que el presidente Hu Jintao lo usó, por la primera vez, en un discurso en 2007, pero que nunca, hasta este último trimestre del 2012, había sido colocado como tema central estratégico de la política oficial del Partido Comunista y, por ende, como prioridad nacional china.

La resolución adoptada habla de la necesidad urgente de crear un “*poder blando cultural*” (*soft power*) bajo los términos conceptuales definidos por, Joseph Nye³⁴ desde hace más de 20 años, como un componente de la fuerza nacional.

Un país con “*poder cultural blando*”, sostiene Nye y ahora el decálogo del Partido Comunista Chino, podría doblar a otros a su voluntad sin recurrir ni a la fuerza de las armas ni al mero imperialismo económico: “*El éxito depende no sólo del ejército que gana, pero también de la historia (de la civilización) que gana*”, escribió Joseph Nye en 2005. Definición que, desde la perspectiva del Partido Comunista chino, permite a China ser optimista con respecto a las posibilidades de esta civilización milenaria ser capaz de desarrollar “*soft power*”.

33 Ver DA CUNHA LOPES, T., “China: comunismo Soft; represión dura y Primavera Social”, artículo de opinión publicado por el Grupo Crónicas Revista el 29 de Diciembre del 2012 y que puede ser consultado en la dirección <http://www.grupocronicasrevista.org/2012/12/29/china-comunismo-soft-represion-dura-y-primavera-social-teresa-da-cunha-lopes/>.

34 El término de *soft power* fue acuñado por NYE en el libro, hoy un clásico, del 1990 “Bound to Lead: The Changing Nature of American Power”. Pero, la referencia concreta a China se encuentra en el reciente artículo: NYE, Joseph, “What China and Russia don't Get about Soft Power”, in *Foreign Policy*, 29 de Abril 2013, que puede ser consultado en la dirección http://www.foreignpolicy.com/articles/2013/04/29/what_china_and_russia_don_t_get_about_soft_power.

Sin embargo, China y los líderes del Partido Comunista, o bien han leído a Joseph Nye a las carreras o bien han mal interpretado las definiciones conceptuales propuestas por el autor, enmarcadas en un paradigma occidental de la democracia liberal. Olvidan que el “soft power” se crea a partir de ingredientes que tienen muy poco que ver con la sutil elegancia de la cerámica o con los monumentales paisajes del Yang-Tse.

El *soft power* se basa en la existencia de Libertades, como la libertad de expresión, las libertades de opción de vida, de respecto por el individuo y por sus sueños y aspiraciones individuales, por el goce de los frutos espirituales y de los bienes materiales. En este aspecto, el *soft power* de que habla Nye, es profundamente hedonista, en la acepción de la tradición occidental que permitió a pensadores como Jenofonte, Aristóteles y Adam Smith desarrollar una teoría político-económica basada en la propiedad privada, en el imperio de la ley, en las garantías individuales y en la búsqueda de la felicidad .

Es precisamente, esta reivindicación de las garantías individuales frente al Estado, y un clima discursivo en que se establece como paradigma el DIDH que nos atañe, aquí, en el marco de este artículo.

Algunas historias recientes, sucesos altamente mediatizados en el 2009, 2010, 2011 y en el 2012, nos permiten hacer la demostración de que la China, a pesar del ejercicio de *soft power* de los juegos Olímpicos del 2008, está lejos de producir internamente y, mucho menos, de exportar un “*poder cultural blando*”. Y, al mismo tiempo, afirmar que los chinos ordinarios, el hombre de la calle, las multitudes de campesinos, el obrero de las “sweatshop” , han estado, a lo largo del 2012, más preocupados por un accidente de “*hit-and-run*” que causó la muerte de una niña de dos años de edad, por el caso del activista ciego Chen o por la suerte de Liu Xiaobo, casos que todos ellos conforman un movimiento popular de reivindicación del paradigma de los principios de la dignidad y de los DIDH, que por la resolución sobre el “soft power” del conclave comunista.

Los chinos están, podemos entonces resumir, preocupados por sus garantías y libertades y, por lo tanto han interpretado, mejor que sus líderes, el significado central del concepto de Nye y la obligatoriedad de luchar por la construcción de un estado de derecho y de una constitución garantista, a partir de una sociedad civil organizada, multicultural y diversa, cuyo paradigma es el respecto y el ejercicio de los DIDH.

La historia de la pequeña Yue Yue, que los medios de comunicación chinos han apodado Wang Yue, quien murió el 21 de octubre como consecuencia del

accidente, ocho días antes en la sureña ciudad de Foshan, es uno de los ejemplos más claros. Para muchos comentaristas chinos, este suceso puso en manifiesto *una insensibilidad generalizada fomentada por una búsqueda amoral de la riqueza*. Las imágenes del accidente capturado por una cámara de vigilancia (imágenes desgarradoras) muestran a Yue Yue poco antes de ser golpeada por una camioneta, que se detiene, hace una pausa, sólo para pasar sobre ella de nuevo con una rueda trasera, ya que su conductor decide proceder sin comprobar lo que ha ocurrido con la niña. Minutos más tarde, otro camión pasa por encima de su cuerpo lesionado. En el espacio de siete minutos, no menos de 18 personas caminan y pasan por la chica ensangrentada pero viviendo aún, antes de que un recolector de basura advierte el caso, la levanta y finalmente la entrega a su madre.

El incidente ha provocado un ejercicio general de conciencia, no sólo en las redes sociales y en los blogueros, sino incluso con los medios de comunicación oficiales que dedicaron horas al análisis y debate del *"estado de la sociedad china"*. La totalidad de la China, y los medios, se preguntaron si este comportamiento de indiferencia total por el otro: *"¿es sólo la forma en que se manifiesta la naturaleza humana? o han caído a este estado como resultado del daño prolongado sufrido por la moral pública "*, expresó un comentarista en la revista *Southern Weekend*. Otro analista chino, en la revista *Caixin*, fue más allá y en un artículo publicado en la edición web, sugirió que la *"cultura política de China"* incluso podría ser la culpable: al mismo tiempo que los derechos de las personas se han suprimido, el sentimiento de justicia y la justicia se ha limitado también.

El furor creado por el caso Yue Yue, creó un problema para los propagandistas del partido. La resolución del comité central, al colocar como prioritario el desarrollo del *"soft power"*, tenía como objetivo responder a una potencial debilidad presente, indicando las medidas concretas de implementación para subsanarla. Pero las autoridades ciertamente no tenían la intención de señalar que China se encontraba en un estado de colapso moral, fruto de un régimen totalitario.

No obstante, ha sido otro evento desarrollado en los últimos días de mayo 2012, que describe un cuadro de la conciencia cívica china, diferente a la imagen oficial de la propaganda partidaria. Se trata de la campaña online para llamar la atención sobre la difícil situación de Chen Guangcheng frente a la sistemática violación de sus derechos por el Estado y organizar su defensa.

Guangcheng perdió la vista en la niñez, por lo que no pudo asistir a la escuela, y desde joven asesoró a los campesinos en disputas de tierras y a la gente que sufría abusos por parte de las autoridades chinas, también hizo campañas para la mejora de las condiciones de los discapacitados. A pesar de ser referido como abogado, no

ostenta ninguna titulación oficial.

En el 2006 fue considerado por la revista Time como una de las cien personas más influyentes y en el 2007 recibió el Premio Ramón Magsaysay.

Entre septiembre del 2005 y marzo del 2006 estuvo en arresto domiciliario tras denunciar las políticas sobre el hijo único en Linyi. En agosto de 2006 fue condenado a cuatro años de prisión por los motivos oficiales de obstruir el tráfico e incitar a la destrucción de la propiedad; pero, en realidad, destapó una campaña llevada a cabo por las autoridades de la provincia de Shandong de esterilizaciones y abortos a miles de mujeres, como parte de la política de hijo único. Cuando se celebró el juicio, todos sus abogados fueron detenidos y las autoridades nombraron a un abogado de oficio. Finalmente fue liberado el 9 de septiembre de 2010 y sometido a arresto domiciliario junto a su mujer.

Este arresto domiciliario se mantuvo desde que salió de prisión hasta el 22 de mayo 2012, con matones desplegados por las autoridades locales para mantener a los visitantes, especialmente los simpatizantes y periodistas, de distancia. La amplitud del movimiento social de apoyo a Chen fue en su momento objeto de los grandes titulares de la prensa a nivel mundial. *The New York Times* publicó un relato muy detallado ³⁵cómo los admiradores de Chen transformaron en “peregrinación” la visita masiva a su aldea, en lo que lo que los medios llamaron “una rara ola de desobediencia civil”.

También en este caso, tal como en el de Yue Yue algunos periódicos chinos rompieron filas con el partido: “El bloqueo de la información y las investigaciones al hacer desaparecer la esperanza sólo conducirá a peores consecuencias”, dijo a *Global Times*, un diario Beijing.

Es esta presión mediática, social y popular, canalizada a través de las redes sociales que han obligado el Partido Comunista y el aparato del Estado a trabajar, desde el 2009 hasta la fecha, en la creación de un programa nacional para el desarrollo de los derechos humanos “dentro de la teoría china” en el período 2012-2015, tal como fue publicado en un comunicado firmado por el ministro de la Oficina de Información, Wang Chen, en 28 de agosto del 2011.

35 JACOBS, Andrew, “Taking Big Risks to See a Chinese Dissident Under House Arrest”, artículo publicado por el *New York Times*, el 18 de Octubre del 2011 y que puede ser consultado en línea en la dirección <http://www.nytimes.com/2011/10/19/world/asia/despote-violence-chinese-dissidents-emboldened-supporters-stream-to-see-him.html?ref=chenguangcheng&r=0>.

Según las declaraciones de Wang, publicadas por el diario oficial "China Daily", todos los objetivos marcados en el primer plan, que finalizó en 2010, "se han cumplido", por lo que ahora "es necesario crear un nuevo plan que desarrolle la teoría china de los derechos humanos".

El nuevo programa oficial abordará esta materia en campos como el trabajo, la seguridad social, la salud o la educación y para su creación se contará con 70 expertos en derechos humanos, todos ellos oriundos de China y elegidos por el ejecutivo. O sea, tiene todas las condiciones, a priori, para fallar en la creación de un sistema de garantías basadas en la noción de derechos humanos individuales.

Con efecto, a pesar de las afirmaciones de Wang en el 2011 y de la posición oficial de octubre 2012, en los últimos meses, China ha sido objeto de numerosas críticas por hechos como la detención de intelectuales, abogados y artistas, caso de Ai Weiwei, detenido durante 80 días sin acusación formal, o del premio Nobel Liu Xiaobo³⁶, acusado de subversión en 2009 y condenado a once años de prisión.

Asimismo, los episodios de violencia vividos por China contra algunas de sus minorías, caso de uigures, tibetanos o mongoles y el oscurantismo de Pekín a la hora de hablar de detenciones y ejecuciones no han favorecido que las críticas amainen.

Estas críticas han venido no sólo desde organizaciones en defensa de los derechos humanos como Amnistía Internacional o Human Rights Watch sino que países como Estados Unidos, Australia o la Unión Europea que han exigido mayor transparencia y respeto a estos derechos.

Pero, en última instancia, la verdadera exigencia viene del seno de una sociedad civil que poco a poco se organiza en China y que erosiona al poder político y al monopolio del Partido Comunista, usando las redes sociales y la difusión de la información, para contrarrestar y dificultar la represión dura del Estado. Es esta sociedad civil en construcción que podrá protagonizar en el 2013 una "primavera social china", mucho más poderosa, crucial, revolucionaria e innovadora que la máquina de propaganda en marcha ³⁷para colocar un volumen de Sun Tzu en todas las escuelas de administración de Occidente.

36 Sobre el Caso de Liu Xiaobo ver el artículo del The Economist "Human rights and how to deal with China. Don't you dare go to dinner" publicado en la edición del 11 de noviembre del 2011 y que puede ser consultado en la dirección <http://www.economist.com/node/17472746>.

37 Ver artículo publicado por el The Economist, "Sun Tzu and the Art of Soft Power", edición online 17 de diciembre del 2012 y que puede ser consultado en la dirección <http://www.economist.com/node/21541714>.

1.4 Un eslabón perdido: la justicia distributiva

Un acercamiento final a la doctrina jurídica reciente es la integración de la Ética filosófica directamente en su labor investigativa. Estos trabajos varían considerablemente, en particular en cuanto al equilibrio entre descripción y prescripción, así como entre la defensa y el ataque al Derecho internacional, pero demuestran receptividad por algunos estudiosos del derecho al dialogo interdisciplinario y bi- unívoco a que hacíamos referencia en la Introducción.

El trabajo más influyente en este género ha sido (y es) el de Thomas Franck³⁸ sobre la cuestión de equidad en Derecho Internacional y en las instituciones internacionales, un intento integral por un abogado internacional para medir el Derecho internacional frente al principio general de Justicia. Franck postula que la "equidad" que abarca dos nociones: a) la noción de legitimidad, es decir, un procedimiento justo basado en el desarrollo de una norma a través de un proceso justo y; b) la noción de justicia distributiva, que se equipara con la justicia sustantiva de la norma. La Justicia distributiva significa el cumplimiento con el principio de diferencia de Rawls, el cual, Franck luego trabajó a través del estudio de normas e instituciones claves para verificar si cumplían con estos dos criterios.

Sin embargo, la ambición del alcance de las proposiciones doctrinales de Franck se ve gravemente comprometida por la estrechez de sus criterios de Justicia sustantiva. Como John Tasioulas escribió, "*un principio distributivo no puede ser el único principio sustantivo de una teoría del derecho internacional*"³⁹. El mismo autor señaló que el principio fundamental, y de paso su aportación primordial, de Rawls fue el de Justicia, basado en el concepto de "*equal rights*" (derechos equitativos).

Este punto de partida (restrictivo) no sólo limita a Franck en su investigación sobre la justicia de las instituciones, pero lo obligó a enfrentar los temas específicos - tales como la intervención humanitaria o la autodeterminación - en el cuadro de la Justicia distributiva cuando estos deberían ser evaluados de acuerdo con los demás elementos de la justicia sustantiva, por ejemplo, con el respeto por la dignidad individual.

El resultado es un ámbito de aplicación amplio de temas, junto con una muy insuficientemente estudiada e incompleta noción de Justicia. Al mismo tiempo, el principio de la diferencia tiene importancia con respecto a algunos aspectos del

38 FRANCK, Thomas, *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks*, 2002, pp. 135-173.

39 TASILOULAS, 'International Law and the Limits of Fairness', vol. 13 EJIL, 2002, p. 993.

orden jurídico internacional, en particular la distribución de la riqueza. Recientemente, Frank García⁴⁰, así como otros estudiosos del derecho, lo han aplicado para estudiar la labor del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional y de la Organización Mundial del Organization.

Otros juristas han ofrecido diversas, por veces menos amplias e idiosincrásicas, visiones de la Justicia. En su libro del 1990, *Eunomia*, Philip Allot ofrece un ataque muy original, pero también frustrante y abstracto, del Derecho internacional por no tener en cuenta los intereses de la Humanidad en su totalidad.

Sin embargo, el trabajo sigue siendo construido, en su mayoría, de los debates aislados entre los filósofos, apareciendo en el campo jurídico sólo de forma esporádica y “decorativa” de esta nueva sociedad internacional. Fernando Tesón⁴¹ ofrece una crítica del orden legal existente basada en las ideas de Kant de la Justicia, que Tesón considera como posible de proporcionar un modelo para un mundo ideal. Para este autor, la *legitimidad democrática* debe ser la estrella polar de la *legitimidad internacional*, los estados democráticos viviendo lado a lado en Paz en el concierto de las naciones cuyas reglas están establecidas por el Derecho internacional.

Tesón tiene el mérito de traer de vuelta a Kant al centro del debate sobre el Derecho internacional. En trabajos posteriores a Tesón, otros autores afirmaron que los estados que no cumplan con las normas kantianas de la legitimidad internacional se colocan como objetivos propios de intervenciones unilaterales.

En parte como respuesta a Tesón y otros cosmopolitas, Brad Roth⁴² ofrece una sólida defensa de la diversidad entre los Estados, con el argumento de que, en un mundo de desacuerdos morales profundos, la ley debe seguir siendo tolerante con las diferentes visiones morales. Esto lo convierte en escéptico sobre el proyecto de justicia global (así como sobre la estadounidense ideas de remodelación del mundo de acuerdo a la democracia estadounidense). Aunque Roth puede exagerar la profundidad del desacuerdo moral, hace un caso fuerte para la moral de la igualdad soberana y no injerencia, las ideas que los filósofos a menudo critican.

40 Remitimos el lector para dos obras fundamentales de GARCÍA, Frank, a) “Protecting the Human Rights Principle in a Globalizing Economy” in *Effective Strategies for Protecting Human Rights*. Ed. David Barnhizer. Aldershot, Ashgate, 2001. pp. 85-112., y b) “Why Trade Law Needs a Theory of Justice” in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* no. 100, 2006, pp. 376-380.

41 ALLOT, Philip, *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford University Press, 2001.

42 ROTH, Brad, *Governmental Illegitimacy in International Order*, Oxford University Press, 2001.

Por último, algunos temas de Derecho internacional han sido más abiertos a la investigación ética, incluso en ausencia de algún compromiso general con la moralidad como se ve en las obras que acabamos de mencionar. La doctrina de los Derechos humanos está llena de discusiones y de justificaciones utilitarias versus posiciones deontológicas de las normas internacionales, aunque en gran parte este campo está todavía bastante divorciado de la investigación contemporánea sobre la ética mundial.

La diferencia más notoria entre el compromiso internacional de los juristas con la Justicia global y los filósofos es la importancia acordada, en esta agenda pendiente, al papel de la justicia distributiva. En el campo de la Filosofía, la fascinación con este tema se ve en las cuatro décadas de debates sobre la ampliación del principio de Rawls. Los Juristas internacionales con mucha menos frecuencia participan directamente con el tema. Aunque a nosotros los juristas nos da (muy de vez en cuando) para hablar y escribir sobre aspectos de la Justicia distributiva, por ejemplo, o sobre el lugar de los Derechos económicos en el universo de los Derechos humanos, o sobre el equilibrio entre los Derechos de los inversionistas extranjeros y los del País de acogida en el Derecho internacional privado, en la realidad tal son incursiones tímidas, lejos de propuestas de agendas ambiciosas o de vías para alterar radicalmente la distribución global de la riqueza. Las únicas excepciones notables entre el gremio, vienen de algunos especialistas en Derecho Ambiental Internacional que han abordado las responsabilidades para el cambio climático.

¿Por qué, entonces, esta reticencia por parte de las escuelas de pensamiento jurídico? La respuesta tiene diversas vertientes y, no es ni directa ni simple. En primer lugar, porque para los positivistas, la Justicia distributiva es un tema arriesgado porque la brecha entre las expectativas de los Estados según lo determinado mediante el recurso a fuentes formales y las exigencias de la Justicia distributiva es enorme. Así, vemos que diversos Estados no han reconocido en general la Justicia distributiva en el sentido de la transferencia de riqueza entre el Norte y el Sur como un objetivo, y mucho menos una obligación (incluso de conducta). Esta posición se traslada al ámbito de las organizaciones internacionales. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia ha rechazado como fundamento para determinar las fronteras de las zonas de exclusividad marítima⁴³. Sin embargo, para aquellos que buscan hacer un nuevo orden jurídico mundial, en particular en el área de Medio ambiente donde compartir la carga es

43 CIJ la sentencia puede ser consultada en la dirección web del portal de la CIJ en <http://www.icj-cij.org/docket/files/68/6415.pdf>, bajo el título en inglés "Continental Shelf, ICJ Reports, 1985, p. 13, 46.

tan importante, las ideas éticas de Justicia distributiva pueden proporcionar importante fuente de ideas.

En segundo lugar, el Derecho internacional sigue estando dominado por los gobiernos del Norte y académicos oriundos de las Universidades y Centros de Investigación dominados por la tradición o bien romano-germánica o bien del Common Law. O sea por escuelas, que ven las desigualdades de riqueza como uno de los muchos problemas globales que deben abordarse, pero no moralmente o políticamente más imperativo que las otras, como la mejora de los Derechos humanos, resolución de conflictos regionales y la no proliferación nuclear.

En tercer lugar, porque los iusinternacionalistas valoran la resolución de problemas a través de las estructuras e instituciones existentes. Si bien, durante el apogeo de la atención internacional a la Justicia distributiva en las décadas de 1970 y 1980, parecía que esas instituciones estaban desarrollando prioritariamente en este sentido (ej.: el caso del establecimiento del PNUD).

Pero el fin de la Guerra Fría detuvo ese proceso, ya que los países en desarrollo que se han beneficiado de la generosidad de una u otra superpotencia ahora competían por la inversión del norte. A medida que se han tratado de jugar en las instituciones establecidas por el Norte, el foco de atención se ha desplazado a la OMC, al Banco Mundial y al FMI. Como resultado de ello, siempre y cuando el Derecho internacional carece de un mecanismo o instituciones para hacer frente a las desigualdades económicas globales de forma integral, los expertos en Derecho Internacional tienden a abandonar las posibilidades y la investigación a partir de un enfoque de Justicia distributiva. El enfoque práctico de los Iusinternacionalistas tiene sentido en un cierto nivel, pero nos parece que se dan por vencidos demasiado pronto y que sería por demás productivo algún tipo de interacción con el manejo que hacen los filósofos de preguntas fundamentales sobre la Justicia global.

1.5 Conclusiones

Vimos que en el cuadro del Derecho Internacional, de las Relaciones internacionales y de las Ciencias Políticas, los académicos han sido generalmente realistas (en la tradición de Maquiavelo, pasando por Henry Kissinger hasta los "Neo-Cons") , tradición que los ha por veces limitado en su desdén por los Principios y por la relación íntima de la ley con la ética, a pesar de que dos de los fundadores del realismo, Hans Morgenthau (un abogado internacional) y EH Carr,

autor comprometido con la moral y la justicia, reconocieron que, así como el Derecho internacional, también la Ética debe estar presente en la Política Internacional y en las Relaciones Internacionales⁴⁴.

Sin embargo, un poco como en la metáfora del médico, la línea entre descripción y prescripción, no obstante sigue siendo sinuosa ⁴⁵ . Por ejemplo, los institucionalistas racionales han considerado la mayor parte del tiempo que la moral puede ser sacrificada en aras del efecto positivo del papel de Ley.⁴⁶Una excepción significativa en la erudición reciente es Robert Keohane, que, en trabajo con Allen Buchanan, autor previamente citado, ha ofrecido una serie de criterios para legitimar las instituciones internacionales que deben mucho al carácter democrático de la institución y sus miembros

Los constructivistas, a su vez, están muy interesados en las normas, que consideran que ayudan a formar la identidad de los Estados y que no sólo emanan de las interacciones entre los estados que expresan intereses predeterminados. Han rastreado cómo las normas internacionales pueden ser diseminadas, difundidas en efecto de “*cascada*” (un concepto súper interesante) a través de redes de académicos y de “promotores sociales” y de defensores de los derechos humanos, por ejemplo, en el caso de la proliferación y el desarrollo de la aplicación de las normas internacionales de Derechos humanos⁴⁷ en los casos de violaciones a los DH en América Latina, en particular en el caso de Argentina y de Chile.

Esta posición teórica ha contribuido indirectamente a las discusiones sobre la Justicia global, como lo ha demostrado la posibilidad de difusión de normas independientes del poder político para crear una conciencia internacional sobre

44 Ver la Sentencia de la CIJ, publicada bajo el título (en Inglés) : “ Case Concerning The Frontier Dispute (Burkina Faso/ Republic of Mali)” , ICJ Reports (1986) 554. que puede ser consultada en la dirección <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=359&code=hvm&p1=3&p2=3&case=69&k=b3&p3=5>.

45 NARDIN , “International Ethics”, in C. REUS-SMIT y D. SNIDAL (eds), *The Oxford Handbook of International Relations*, 2009.

46 BUCHANAN, Allen y KEOHANE, Robert, “The Legitimacy of Global Governance Institutions,” in *Ethics & Int'l Aff.* no. 4, 2006, p. 405.

47 LUTZ, Ellen y SIKKINK, Kathryn, “International Human Rights Law in Practice: The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America”, *Chicago Journal International Law*, 2001, consultado en línea el 10 de junio 2013 en la dirección <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/cjil2&div=7&id=&page=>.

Justicia global. En la medida en que la Ética depende de la demostración de tal sensibilidad, los constructivistas han ofrecido una contribución sobresaliente. Sin embargo, su investigación se limita principalmente a las normas específicas, una táctica que parece centrarse en la importancia de una metodología. Tal, significa que no han dado el paso necesario a la demostración de las posibilidades y las consecuencias de esas identidades para construir un mundo más justo. Como Richard Price ha señalado, mientras que su trabajo pone de manifiesto las posibilidades de un consenso moral global, y aunque su agenda de investigación se inclina hacia ejemplos en que la interpretación cosmopolita prevalece sobre la Estatal, siguen siendo reacios a participar en una evaluación profunda de la normativa de los desarrollos que estudian.

Por último, la Escuela Inglesa ha abrazado abiertamente las cuestiones de justicia global. Fundada en gran parte por Hedley Bull y Martin Wight⁴⁸, que conciben el mundo en términos de una sociedad internacional, en una especie de punto medio entre el Estado de naturaleza hobbesiano y una federación de Estados kantiana. Bull describió que la sociedad en Grocio aparece como un contexto en que el Derecho internacional refleja ciertas nociones que hoy en día hacen parte del ideario de la derecha, tal como Grocio vio al Derecho internacional como la incorporación de la ley natural. Partidarios de esta escuela han estado divididos entre aquellos que ven el orden mundial actual como igualitario y tolerante de una sociedad pluralista y otros que ven un orden liberal que crea únicamente una solidaridad entre estados.⁴⁹ La visión de la Escuela Inglesa no es una teoría de un mundo futuro, sino una descripción del mundo tal como es. Sus adherentes establecen un vínculo entre la Ética y el Derecho internacional a partir de la forma como los estados que han expresado, a través de la ley una exigencia de una determinada visión ética de una “*sociedad de estados*”, ya sea pluralista o solidaria. La ley es, pues, no sólo una expresión de política e intereses compartidos, sino también una variable que tiene su propia moralidad.

Sin embargo, esta Escuela de pensamiento ha fallado, también, sobre la “prescripción” de la Justicia global como factor de verdadero cambio del orden internacional. Si bien, reconoce la importancia de la Teoría ética y de su contribución a la construcción de una sociedad internacional (y de hecho pone de

48 Ver: a) BULL, Hedley, “The Anarchical Society: The Grotian Conception of International Society”, in ALDERSON, K y HURRELL, A. (eds), Hedley Bull on International Society, 2000 y b) MAKINDA, Samuel, “Hedley Bull and International Security”, Australian National University, Working Paper no 1997/ 3, 1997. Esta última referencia puede ser consultada en la dirección http://ips.cap.anu.edu.au/ir/pubs/work_papers/97-3.pdf.

49 JACKSON, Robert, The Global Covenant: Human Conduct in a World of States, Oxford University Press, 2000.

relieve el papel fundamental del Derecho internacional en la promoción de la comunicación entre los organismos internacionales y los actores políticos internacionales)⁵⁰, sin embargo, no ofrece una visión de cómo es el orden internacional actual y de sí y cómo puede llegar a ser más. Mantiene un tipo de escepticismo moral que le impide evaluar la moralidad del orden internacional, no sólo en términos de prácticas (incluido el Derecho), pero también en términos de la Teoría moral.

Como Molly Cochran ha señalado, al tiempo que reconoce que la ética y los intereses no son mutuamente excluyentes, todavía se centra en "*el seguimiento de consenso internacional y lo que puede soportar*", por lo que su análisis de la comunidad "*moral*" internacional es realizada en términos de "*medición en lugar de juicio*".

Sin embargo, hay que resaltar el hecho de que sus partidarios siguen siendo conscientes de los debates morales sobre la Justicia global y tienen el interés empírico en "*medir*" cómo el Derecho internacional y la Filosofía moral realmente impactan en la lenta construcción de un nuevo orden basado en el paradigma de justicia global. Esta combinación hace que la Escuela Inglesa y sus adherentes son contribuidores potencialmente útiles para interdisciplinaria agenda de la Justicia global.

Finalmente, proponemos que los procesos de "liberalización", tanto políticos como sociales, económicos o culturales, aunque no sean claramente visibles desde el exterior, existen y suelen tener importantes repercusiones sobre la estabilidad, la "legitimidad" y las probabilidades de supervivencia de los regímenes autoritarios.

O sea, que la semilla de su propia destrucción se encuentra en la naturaleza misma de las tiranías, dictaduras y totalitarismos, lo que explica, en parte, la reciente ola de movimientos "democratizadores" y la amplia participación en estos de las poblaciones del norte de África y Oriente Medio.

Además, defendemos que las dictaduras "desarrollistas", aunque a corto plazo pueden recabar dosis importantes de "legitimidad", acaban siendo más vulnerables en los periodos de inestabilidad económica, dado que su principal fuente de legitimidad se basa, precisamente, en el crecimiento económico y la paz social.

La literatura teórica establece ciertas distinciones entre los casos de mera "liberalización" y aquellos otros genuinamente "democratizadores". Por

50 HURRELL, citado por JACKSON, *Op. Cit.* pp. 84-86.

“liberalización” distintos autores entienden cosas diferentes, relacionadas con el aumento de las posibilidades de participación y de debate por parte de la sociedad. Otros lo definen como “el proceso de hacer efectivos ciertos derechos que protegen de los actos arbitrarios o ilegales cometidos por el Estado”.

A través de las medidas “liberalizadoras” las dictaduras suelen pretender consolidar su poder ampliando su base de apoyo social, con el fin de evitar llevar a cabo un proceso de democratización real, lo que les supondría perder las riendas del poder. La liberalización suele tener unas consecuencias a medio y largo plazo que pueden acabar siendo perjudiciales para la estabilidad de estos regímenes. El hecho de dar más oportunidades a la oposición puede traducirse en mayores posibilidades de conflicto.

Este es el gran dilema al que se enfrentan todos los regímenes dictatoriales: en ocasiones se ven obligados a llevar a cabo medidas liberalizadoras de tipo político porque la presión social es demasiado fuerte y temen una revuelta popular.

Sin embargo, cuando creen que suavizando la represión lograrán una mayor legitimación social, no suelen considerar que es muy probable que dicha relajación pueda llegar a volverse en su contra. Cuando, sin embargo, se resisten a liberalizar, cabe la posibilidad de que se produzcan tensiones incontrolables que podrían llegar a acabar con las dictaduras.

Es este proceso que estamos observando en Siria y en el Bahrain. Es este proceso que vimos en movimiento en la “primavera” árabe. Es este proceso que vemos en las calles de Egipto.

Y, a los dos regímenes en cuestión, tal como a cualquier otro estado dictatorial, sólo les resta dos opciones: liberalizar o morir; liberalizar y morir. Es esta paradoja, que en última instancia nos lleva a “predecir” que la Justicia global no es una utopía, sí el resultado del caminar teleológico del tiempo histórico.

Fuentes de consulta

- ALLOT, Philip, *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford University Press, 2001.
- ÁLVAREZ CIENFUEGOS, J., Un apunte sobre los Derechos Humanos y sus generaciones, in DA CUNHA LOPES, T. *Et alii Globalización, Derechos Humanos y Sociedad de la Información*, pp 9-20, 2007, 2a ed., Ed. CienPozuelos, 2010.
- BEITZ, C., *The Idea of Human Rights*, 2009.
- BEITZ, Ch., *Political Theory and International Relations*, 1979.
- BLAKE, "Distributive Justice, State Coercion, and Autonomy", *Phil. & Pub. Aff.*, no. 30, 2001.
- BRIERLY, J. L., *The Law of Nations*, 6a. Ed, 1963.
- BUCHANAN, Allen y KEOHANE, Robert, "The Legitimacy of Global Governance Institutions," in *Ethics & International Affairs*, No. 4, 2006
- BULL, Hedley, "The Anarchical Society: The Grotian Conception of International Society", in ALDERSON, K y HURRELL, A. (eds), *Hedley Bull on International Society*, 2000.
- CASEY-MASLEN, Stuart, Pandora's Box? Drones strikes under Ius ad Bellum, Ius in Bello, and International Human Rights Law", in *International Review of the Red Cross*, Volume 94 / Junio 2012, pp. 597-625 DOI:10.1017/S1816383113000118, publicada online: 23 Abril 2013, consultada el 4 de julio 2013 en la dirección <http://journals.cambridge.org/IRC>.
- COHEN, Minimalism About Human Rights: The Most We Can Hope For?', in *Journal Pol. Phil.*, No. 12, 2004.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Case Concerning The Frontier Dispute (Burkina Faso/ Republic of Mali)", *ICJ Reports* (1986) 554. Que puede ser consultada en la dirección <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=359&code=hvm&p1=3&p2=3&case=69&k=b3&p3=5>.
- CORTE INTERNACIONAL JUSTICIA, Sentencia Sobre la Zona de exclusividad Marítima en <http://www.icj-cij.org/docket/files/68/6415.pdf>, bajo el titulo en inglés "Continental Shelf, *ICJ Reports*, 1985.
- DA CUNHA LOPES, T.M.G., Seguridad internacional y Derechos Humanos en el Siglo XXI: Problemas ético-jurídicos del uso de los Drones", in *Letras jurídicas*, número 27, CEDEGS, UV, 2013, consultado el 4 de Julio 2013 en la web <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/27/A04.pdf>.
- DA CUNHA LOPES, T., "La (I) Legalidad de la Intervención Militar Francesa en

- Mali", publicado el 16 de enero 2013 in Grupo Crónicas Revista, en <http://www.grupocronicasrevista.org/2013/01/16/la-ilegalidad-de-la-intervencion-militar-francesa-en-mali-teresa-da-cunha-lobes/>.
- DA CUNHA LOPES, T., "China: comunismo Soft; represión dura y Primavera Social", in Grupo Crónicas Revista el 29 de Diciembre del 2012 <http://www.grupocronicasrevista.org/2012/12/29/china-comunismo-soft-represion-dura-y-primavera-social-teresa-da-cunha-lobes/>.
- DA CUNHA LOPES, T., "Libia, el Colapso del régimen de Gaddafi", publicado en Radiar Noticias el 22 de agosto 2011, en <http://radiarnoticiasmichoacan.blogspot.com/2011/08/libia-el-colapso-del-regimen-de-gaddafi.html>.
- FRANCK, Thomas, *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks*, 2002.
- GARCÍA, Franck, "Why Trade Law Needs a Theory of Justice" in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) No. 100*, 2006.
- GARCÍA, Frank, "Protecting the Human Rights Principle in a Globalizing Economy" in *Effective Strategies for Protecting Human Rights*. Ed. David Barnhizer. Aldershot, Ashgate, 2001.
- GOODIN, 'What is So Special About our Fellow Countrymen?' in *Ethics*, no. 98, 1988.
- JACOBS, Andrew, "Taking Big Risks to See a Chinese Dissident Under House Arrest", artículo publicado por el *New York Times*, el 18 de Octubre del 2011 y que puede ser consultado en línea en la dirección <http://www.nytimes.com/2011/10/19/world/asia/despite-violence-chinese-dissidents-emboldened-supporters-stream-to-see-him.html?ref=chenguangcheng&r=0>.
- JACKSON, Robert, *The Global Covenant: Human Conduct in a World of States*, Oxford University Press, 2000.
- LUBAN, 'A Theory of Crimes Against Humanity', in *Yale Journal of International Law*, No. 29, 2004.
- LUTZ, Ellen y SIKKINK, Kathryn, "International Human Rights Law in Practice: The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America", *Chicago Journal International Law*, 2001, consultado en línea el 10 de junio 2013 en la dirección <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/cjil2&div=7&id=&page=>.
- MAKINDA, Samuel, "Hedley Bull and International Security", *Australian National University, Working Paper no 1997/ 3*, 1997. Esta última referencia puede fue consultada en la dirección http://ips.cap.anu.edu.au/ir/pubs/work_papers/97-3.pdf el 4 de Junio 2013.

- McMAHAN, M., *Killing in War*, 2009; c) MAY, L., *Aggression and Crimes Against Peace*, 2008.
- MECKLED-GARCIA, S. "On the Very Idea of Cosmopolitan Justice: Constructivism and International Agency", in *Journal Pol. Phil.*, no. 16, 2008.
- MERTENS, Thomas, "Defending the Rawlsian League of Peoples: A Critical Comment on Tan", vol. 18 *Leiden Journal of International Law*, 2005.
- MILLER, Davis, *National Responsibility and Global Justice*, 2007.
- MILLER, Davis, 'Distributing Responsibilities', vol. 9, *Journal Pol. Phil.*, 2001.
- NARDIN, "International Ethics", in C. REUS-SMIT y D. SNIDAL (eds), *The Oxford Handbook of International Relations*, 2009
- NICKEL, J., *Making Sense of Human Rights*, 2a. ed., 2006.
- NYE, Joseph, "What China and Russia don't Get about Soft Power", in *Foreign Policy*, 29 de Abril 2013, que puede ser consultado en la dirección http://www.foreignpolicy.com/articles/2013/04/29/what_china_and_russia_don_t_get_about_soft_power.
- ONU, Resolución 1973 del Consejo de Seguridad sobre Libia <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1973%20> (2011), 2011.
- ONU, Carta de las Naciones Unidas, en <http://www.un.org/es/documents/charter/chapter7.shtml>.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La tercera generación de Derechos Humanos*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2006.
- RAWLS, J., *The Law of Peoples*, 1999.
- RODIN, D., *War and Self-Defense*, 2002.
- ROTH, Brad, *Governmental Illegitimacy in International Order*, Oxford University Press, 2001.
- SHUE H. y WIPPMAN, 'Limiting Attacks on Dual-Use Facilities Performing Indispensable Civilian Functions', *Cornell International Law Journal*, No. 35, 2002.
- SHUE, H., *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, 1996.
- SINGER, Peter, *One World: The Ethics of Globalization*, 2002
- SEN, Amartya "La Idea de Justicia", trad. Español publicada por Editorial Taurus, Febrero 2011, primera edición en Inglés de Penguin Books Ltd, 2009
- TALBOT, W., *Which Rights Should be Universal?*, 2005
- TAN, K. *Justice Without Borders: Cosmopolitanism, Nationalism, and Patriotism*, 2004

TASIOULAS, 'International Law and the Limits of Fairness', vol. 13 EJIL , 2002

VILLÁN DURÁN, Carlos, Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Pág. 91, editorial Trotta, 2006

WALZER, M, Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations ,2d ed, 1992

CAPÍTULO II

MERCOSUR y la Unión Europea: dos procesos a distintos niveles

Samantha Rullán Rosanis
Edgar Juan Saucedo Acosta
Luis Fernando Villafuerte Valdés*

Introducción

Entre los procesos de integración más importantes en el continente europeo encontramos a la Unión Europea (UE) y en el continente americano al Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Por un lado, la UE está formada por 27 países⁵¹ europeos que han cedido parte de su soberanía hacia las instituciones supranacionales. Por otro lado, MERCOSUR está integrado por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay⁵², la República Oriental del Uruguay, la República Bolivariana de Venezuela y el Estado Plurinacional de Bolivia⁵³. Podemos clasificar a MERCOSUR como un proceso de integración establecido y a la UE como un proceso de integración avanzado. Los niveles de integración económica, política, social y jurídica en ambos procesos de integración son distintos pero podemos observar algunos problemas comunes.

Entre los objetivos iniciales que persiguieron tanto la UE como MERCOSUR encontramos que son distintos pero los mecanismos que establecieron para alcanzarlos son similares. Ambos se concentraron desde el inicio en la integración económica para alcanzar sus objetivos. En el caso europeo el objetivo establecido desde un inicio esencialmente consistía en preservar la paz en el continente europeo. Para alcanzar ese objetivo se creó un mercado común del carbón y del acero que aspiraba a lograr una expansión económica, desarrollar el empleo y mejorar el nivel de vida.

* Integrantes del Cuerpo Académico Estudios Estratégicos e Internacionales de la Universidad Veracruzana.

⁵¹ A partir del 1 de julio de 2013 Croacia se integra como Estado Miembro.

⁵² Actualmente suspendido por la violación de la Cláusula Democrática del Protocolo de Ushuaia.

⁵³ En proceso de adhesión a MERCOSUR.

Desde entonces ha evolucionado el proceso de integración y sin lugar a duda el aspecto económico contribuyó significativamente para alcanzar los objetivos planteados. Los países europeos que se integraron encontraron en la integración económica un proyecto viable. El objetivo del MERCOSUR es de carácter económico, como lo establece el Artículo 1 del Tratado de Asunción que habla sobre la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, el establecimiento de un arancel externo común, la adopción de una política comercial común y la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Parte, entre otros.

El contexto histórico de ambos procesos de integración es muy distinto. En el caso europeo los países estaban destruidos después de las guerras que devastaron el continente. Existía una necesidad imperante de encontrar una solución para que no se repitiera otra guerra más en Europa y reconstruir a los países. En el caso de MERCOSUR, el proceso de integración surge como una respuesta regional a la globalización de los mercados, a la necesidad de alcanzar una mayor integración económica para hacer frente a los retos internacionales.

El proceso de integración europeo cuenta con más de 60 años de historia mientras que MERCOSUR tiene 22 años. Aún y cuando ambos procesos se desarrollan en contextos distintos, consideramos que una comparación es pertinente para contribuir al análisis y la reflexión de los procesos de integración. En este capítulo se presenta un análisis comparativo de algunos de los aspectos más importantes entre los niveles de integración económica, aspectos políticos y sociales, y el sistema jurídico de la UE y MERCOSUR.

2.1 Niveles de integración económica de MERCOSUR y la UE

Es importante reconocer en qué nivel de integración económica se encuentran el MERCOSUR y la UE, antes de empezar cualquier tipo de comparación. Desde el punto de vista teórico, se le atribuye a Balassa (Balassa y Toutjesdijk, 1975; Balassa, 1981) el ser el primero en hacer una sistematización de las etapas de integración económica.

La integración puede ser vista como la eliminación de las fronteras económicas entre países (Pelkmans, 2006), de esta forma, las etapas de la integración económica de Balassa son diferentes niveles de integración económica, que van desde un Acuerdo Preferencial, donde solo se elimina la frontera económica para una parte de los bienes de la economía hasta la Unión Política donde hay plena eliminación de las fronteras económicas e instituciones políticas únicas (Tabla 1).

La Unión Política es un nivel de integración como el que tienen la mayoría de los países federales del mundo dentro de sus territorios. Es decir, hay plena movilidad de los todos los factores productivos para ir de una región a otra, además de que

los ciudadanos votan por las autoridades políticas para todo el territorio, y aunque sigue existiendo los tres niveles de gobierno (local, regional y nacional), el gobierno del más alto nivel tiene la mayoría de competencias económicas. Este nivel de integración es el más alto y en la actualidad no hay ningún proceso de integración que se encuentre en dicho nivel, aunque históricamente sí se ha llegado a Uniones Políticas, como es el caso de los Estados alemanes en el siglo XIX (Pflanze, 1971).

Los procesos de integración económica que hay en la actualidad se encuentran en alguna de las etapas que están por debajo de la Unión Política. Al pasar de un Acuerdo Preferencial a un Tratado de Libre Comercio no implica una brecha entre lo que muestra la teoría y lo que pasa en los procesos de integración regional, debido a que dicho cambio sólo consiste en transitar de la eliminación de aranceles de un sector al total de la economía. Cuando se pasa de un Tratado de Libre Comercio a una Unión Aduanera, sucede lo mismo que en el caso anterior, no hay una clara brecha entre la teoría y lo que sucede en los procesos de integración, aunque la gran diferencia es que en este cambio de etapa es necesario que los gobiernos estén comprometidos para tener un arancel único al resto del mundo, en caso de que no se logre dicho objetivo, no se estaría alcanzando una Unión Aduanera.

Tabla 1. Etapas de la integración económica según Balassa

Etapas de Integración Económica	Descripción
I. Acuerdo Preferencial	Acuerdo sectorial entre un grupo de países para la eliminación de los aranceles.
II. Tratado de Libre Comercio	Acuerdo que abarca todos los sectores de la economía de un grupo de países y que consiste en la eliminación de los aranceles.
III. Unión Aduanera	Tratado de Libre Comercio + un arancel común al resto del mundo
IV. Mercado Común	Unión aduanera + la eliminación de las fronteras económicas para la libre movilidad del trabajo, capital, bienes y servicios.
V. Unión Económica y Monetaria	Mercado común + políticas macroeconómicas comunes + una misma política monetaria
VI. Unión Política	Unión Económica y Monetaria + instituciones políticas únicas

Fuente: elaboración propia

En donde sí hay una gran brecha entre lo que señala la teoría y lo que sucede en los procesos de integración regional, es cuando se pasa de una Unión Aduanera a un Mercado Común (Tabla 2). La teoría señala que los países necesitan eliminar los aranceles internos para alcanzar un Mercado Común. Sin embargo, existen una gran cantidad de barreras no-arancelarias que aunque es solo cuestión de que los gobiernos se pongan de acuerdo con leyes para eliminarlas, en la práctica se presentan constantemente. En el mercado de bienes, la mayoría de las barreras

arancelarias vienen de las disposiciones que imponen los gobiernos para que no entren productos de otros países cuando no cumplen con una norma de Seguridad y Salud, sin embargo, dichas normas se prestan a que los gobiernos las puedan utilizar para impedir la entrada de productos y así favorecer a su industria nacional. En una Unión Política o un Estado-nación, la situación anterior no sucede porque hay estándares nacionales que evitan la interpretación de los gobiernos regionales de una norma de Seguridad o Salud. En el mercado de servicios, la libre movilidad está supeditada a la misma complejidad de los servicios, que por su misma naturaleza requieren de una regulación especial que varía entre países. En relación a la libre movilidad del trabajo, los obstáculos vienen de los permisos para circular, en donde los gobiernos se podrían poner de acuerdo. Sin embargo, hay otro tipo de obstáculos para profesiones especializadas, como los médicos y los abogados, en donde las asociaciones de profesionistas de dichos ramos establecen requisitos para ejercer la profesión que varían entre países y que son un obstáculo para que se dé la libre movilidad del trabajador. Finalmente, la libre movilidad del capital cada vez tiene menos obstáculos, es una tendencia mundial que empezó en los ochentas y que no depende de que los países estén integrados.

Tabla 2. De una Unión Aduanera a un Mercado Común: obstáculos

Tipo de Mercado	Obstáculos
Movilidad de Bienes	Barreras no-arancelarias en aspectos de Seguridad humana Barreras no-arancelarias en aspectos de Salud humana
Movilidad de Servicios	Complejidad en la regulación de los de los servicios
Movilidad del Trabajo	Movilidad de personas: visas y permisos para circular Movilidad de profesionistas: permisos para ejercer la profesión y otros requisitos que ponen las organizaciones nacionales (gremios).
Movilidad de Capital	Menos obstáculos

Fuente: elaboración propia

Para pasar de un Mercado Común a una Unión Económica y Monetaria se necesita que se tenga una sola política monetaria y que haya al menos una buena coordinación macroeconómica. Sin embargo, en la medida que se pase de la coordinación macroeconómica a políticas macroeconómicas únicas, se está más cerca de lo que sería una plena Unión Económica y Monetaria. De todas las políticas macroeconómicas, la política fiscal es en donde los gobiernos nacionales son más reacios a ceder dicha competencia a un ente supranacional, porque implica la pérdida del manejo de los ingresos y gastos públicos. Finalmente, para pasar de una Unión Económica y Monetaria a una Unión Política es necesario que todas las políticas macroeconómicas sean únicas, pero además que haya un gobierno supranacional elegido, que puede o no co-existir con los gobiernos nacionales, pero en cualquier caso, la mayoría competencias económicas las tiene el gobierno supranacional.

Las etapas de integración en que se encuentran MERCOSUR y la UE son diferentes (Tabla 3). MERCOSUR inició con la pretensión de consolidarse como el Mercado Común más grande de Sudamérica (Manzetti, 1993). Sin embargo, desde el inicio sólo se alcanzó *de facto* un Tratado de Libre Comercio y con el paso del tiempo se ha ido integrando una Unión Aduanera incompleta (Costa, 2003), debido a las dificultades de alcanzar un arancel común para el resto del mundo en las mayoría de los productos. Adicionalmente, MERCOSUR ha hecho esfuerzos para tener una coordinación macroeconómica⁵⁴, pero su alcance es limitado, debido a que no hay un mecanismo que permita un cumplimiento obligatorio a sus miembros, además de que en varias ocasiones los países no han alcanzado las metas planteadas y que hay un avance muy lento en la estandarización de las estadísticas. El nivel de integración *de facto* de MERCOSUR siempre ha variado de su nivel de integración *de jure*, porque no se ha alcanzado un Mercado Común.

En el caso de la UE inició con un Acuerdo Preferencial cuando se lanzó la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, posteriormente se lanzó en 1958 la Comunidad Económica Europea que buscaba establecer un Mercado Común entre sus 6 miembros originales⁵⁵. Para 1968 ya se había alcanzado *de facto* una Unión Aduanera, sin embargo todavía se estaba muy lejos de lo que es un Mercado Común. En los ochentas había muchas barreras arancelarias que impedían la libre movilidad de los factores de la producción, por lo que es en el Acta Única donde se señala la hoja de ruta para que se alcance para 1992 el Mercado Común (Aldecoa, 2002).

En el mercado de servicios la UE no cuenta en la actualidad con lo que sería propiamente un Mercado Común, sin embargo se han dado varios avances. Es con el Informe Delors y con la firma del Tratado de Maastricht que se dan los primeros pasos para la formación de una Unión Económica y Monetaria. En 1999, se lanza el euro como unidad de cuenta y en el 2002 ya empieza circular en los países de la zona euro. Adicionalmente se establece el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), que es un instrumento para que se dé una coordinación macroeconómica, debido a que establece topes para el déficit y la deuda pública. Sin embargo, hasta antes de la crisis financiera global, la coordinación macroeconómica era débil, debido a que el PEC fue incumplido varias veces, y aunque había mecanismos para penalizar su incumplimiento, en la práctica nunca se activaron.

Con la crisis financiera global y la crisis de deuda soberana europea, varios países tuvieron que ser rescatados, por lo que la troika (Banco Central Europeo, Fondo Monetario Internacional y la Comisión Europea) condicionó los rescates al cumplimiento de los parámetros que establece el PEC. Adicionalmente, se firmó el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y

⁵⁴ El Grupo de Monitoreo Macroeconómico de MERCOSUR es un esfuerzo por consolidar estadísticas y establecer parámetros para las metas de algunas variables macroeconómicas.

⁵⁵ Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.

Monetaria, que establece parámetros de déficit y deuda pública aún más estrictos. En la actualidad el nivel de integración de la UE es a dos velocidades, debido a que los países que utilizan el euro tienen una Unión Económica y Monetaria con coordinación macroeconómica fuerte, mientras que el resto de países se encuentra en la fase de un Mercado Común.

Tabla 3. Etapas de integración en MERCOSUR y la UE

	MERCOSUR		UE	
	<i>De jure</i>	<i>De facto</i>	<i>De jure</i>	<i>De facto</i>
Al inicio	Mercado Común	Tratado de Libre Comercio	Acuerdo Preferencial	Acuerdo Preferencial
Etapas intermedias	Mercado Común	Unión Aduanera incompleta	Mercado Común	Unión Aduanera
Etapas intermedias	Mercado Común	Unión Aduanera incompleta con coordinación macroeconómica débil (sin obligatoriedad de ser cumplida)	Mercado Común	Mercado Común
Etapas intermedias			Unión Económica y Monetaria	Unión Monetaria con coordinación Macroeconómica débil
Actualidad	Mercado Común	Unión Aduanera incompleta con coordinación macroeconómica débil (sin obligatoriedad de ser cumplida)	Unión Económica y Monetaria	Unión Monetaria con coordinación Macroeconómica fuerte

Fuente: elaboración propia

A continuación se compara MERCOSUR y la UE a través de índices comerciales que nos permiten ver cómo ha evolucionado el comercio dentro de los procesos de integración. Se eligió el periodo de análisis que va desde 1999 hasta el año 2010, con el objetivo de identificar tendencias recientes en el comercio (última década). Los datos vienen de la Base de Datos de la CEPAL (CEPALSTAT) para MERCOSUR y de la Base de Datos de la Organización Mundial de Comercio para el caso de la UE.

El primer índice calculado fue el índice de comercio intra-regional (ICIR). Dicho índice muestra el porcentaje de comercio que se da dentro de la región en relación al comercio total de la región, donde el comercio son las exportaciones más las importaciones.

$$ICIR_{i,t} = \frac{IT_{i,t}}{T_{i,t}} \times 100$$

donde: $IT_{i,t}$ muestra el comercio intra-regional i para el año t , mientras que $T_{i,t}$ es el comercio total de la región i para el año t .

Un índice complementario del $ICIR_{i,t}$ es el índice de comercio extra-regional ($ICER_{i,t}$) que muestra el comercio extra regional en relación al comercio total.

$$ICER_{i,t} = 1 - ICIR_{i,t}$$

El segundo índice calculado es el índice de intensidad del comercio intra-regional (IICIR) y muestra el porcentaje del ICIR en relación al comercio regional en el mundo.

$$IICIR_{i,t} = \frac{ICIR_{i,t}}{\left(\frac{T_{i,t}}{T_{w,t}}\right)}$$

dónde: $T_{i,t}$ es el comercio de la región i , mientras que $T_{w,t}$ es el comercio mundial.

Un índice complementario del $IICIR_{i,t}$ es el índice de intensidad de comercio extra-regional ($IICER_{i,t}$), que muestra el porcentaje del $ICER_{i,t}$ en relación al comercio regional en el mundo.

$$IICER_{i,t} = \frac{1 - ICIR_{i,t}}{\left[1 - \left(\frac{T_{i,t}}{T_{w,t}}\right)\right]}$$

El tercer índice calculado es el índice de introversión de comercio regional (IICR) y muestra si la intensidad del comercio intra-regional varía más rápido o más lento que el comercio extra-regional.

$$IICR_{i,t} = \frac{(HITI_{i,t} - HETI_{i,t})}{(HITI_{i,t} + HETI_{i,t})}$$

donde: $HITI_{i,t}$ es una versión homogénea del $IICIR_{i,t}$, donde su valor máximo no depende del tamaño del comercio regional.

$$HITI_{i,t} = \frac{ICIR_{i,t}}{\left(\frac{ET_{i,t}}{T_{w,t} - IT_{i,t}}\right)}$$

donde: $HETI_{i,t}$ es una versión homogénea del $IICER_{i,t}$, donde su valor máximo no depende del tamaño del comercio regional.

$$HETI_{i,t} = \frac{ICER_{i,t}}{\left[1 - \left(\frac{ET_{i,t}}{T_{w,t} - IT_{i,t}}\right)\right]}$$

donde: $ET_{i,t}$ es el comercio extra-regional de la región i en el año t .

Los sub-índices son complementarios pero a la vez sustitutos para el análisis. Cuando se realizan estudios comparativos de comercio entre regiones los siguientes índices tienen desventajas:

1. ICIR: cuando el número de países es elevado en la región o la región es grande en relación al comercio mundial, dicho índice tiende a ser mayor. Si se comparan dos regiones en donde una es más grande que otra (o tiene más países) el índice de dicha región tenderá a ser mayor.
2. IICIR: este índice resuelve el problema del índice anterior, debido a que incorpora el peso de la región en relación al comercio mundial, por lo que si una

región es más grande no necesariamente el índice debería aumentar. Sin embargo, este índice tiene como desventaja que su valor máximo es función del comercio total de la región.

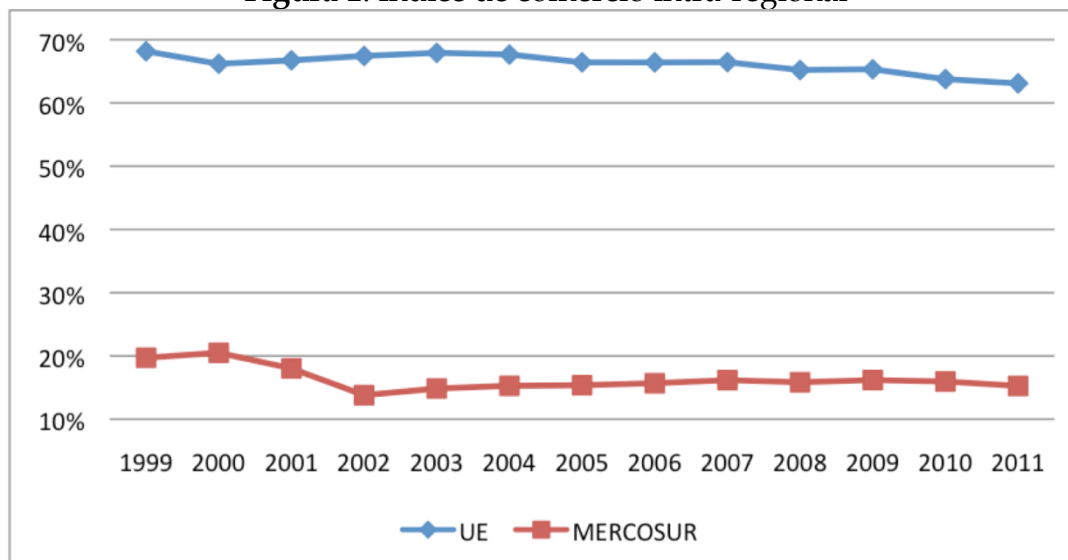
3. IICR: este índice corrige las ventajas del IICIR, debido a que su valor máximo no depende del comercio total de la región, además de que sus valores máximos y mínimos son:

$$-1 \leq IICR \leq 1$$

La figura 1 muestra que en toda la década pasada el ICIR de la UE fue considerablemente mayor que el ICIR de MERCOSUR. Desde 1999 el ICIR de la UE toma valores muy cercanos al 70% que van disminuyendo hasta llegar al 63% en el 2011, con lo cual la mayoría del comercio de la UE es intra-regional, sin embargo en los últimos años se da una disminución significativa. En el caso de MERCOSUR su ICIR está por debajo del 20% y ha venido disminuyendo hasta llegar al 15% en 2011, lo que muestra que en dicha región se comercia más con el resto del mundo que internamente.

Al hacer el análisis comparativo regional, la UE tiene un nivel más elevado de integración comercial que MERCOSUR, debido a que mientras en la UE existe una Unión Económica y Monetaria en MERCOSUR sólo hay *de facto* una Unión Aduanera inacabada. Los países miembros de MERCOSUR comercian más con el resto del mundo que entre ellos mismos, lo que explicaría la falta de iniciativas para profundizar dicho proceso de integración.

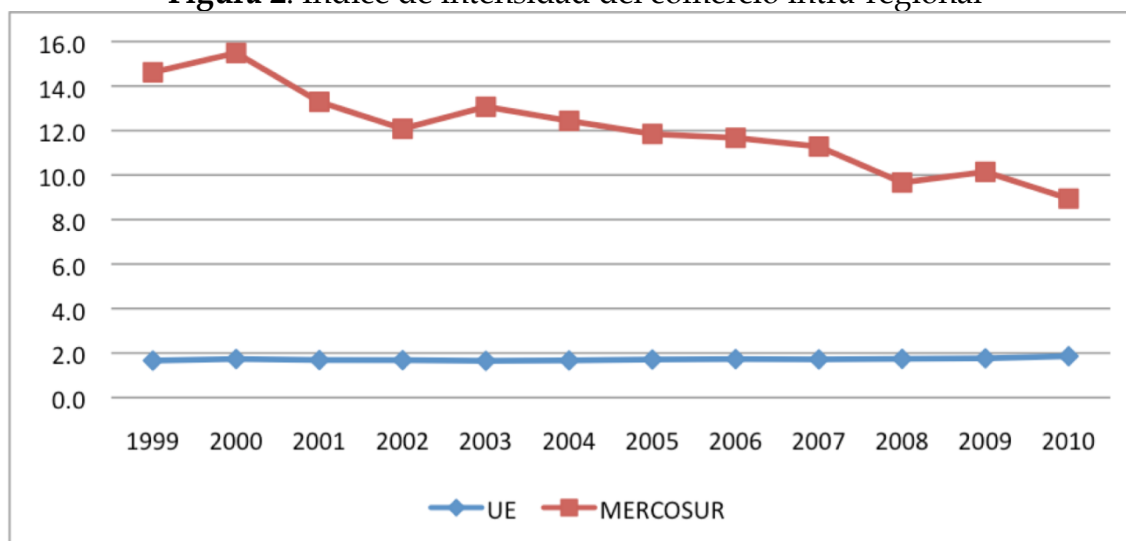
Figura 1. Índice de comercio intra-regional



Fuente: elaboración propia con base en datos de la OMC y la CEPAL

La figura 2 muestra un panorama completamente diferente en relación a la figura 1, debido a que el IICIR de MERCOSUR es mayor al correspondiente de la UE. La situación anterior se explica por el hecho de que si bien en la UE la mayoría del comercio es interno, pero si se compara el peso que tiene la región en el comercio mundial, el IICIR de la UE es bajo, debido a que dicha región aporta un gran porcentaje al comercio mundial. En el caso de la MERCOSUR es al revés, debido a que hay un bajo comercio interno en la región, pero su peso en el comercio mundial es muy bajo. De esta forma, el porcentaje de comercio interno de MERCOSUR es mayor al porcentaje del comercio de dicha región en el comercio mundial, por lo tanto el IICIR de MERCOSUR toma valores entre 10 y 15. Se aprecia una tendencia a la baja del IICIR que se debe a una baja del comercio interno de la región, así como a un aumento marginal del peso del comercio de la región en el comercio mundial. La tendencia del IICIR de la UE es un alza marginal, producto de que el peso de la región en el comercio mundial ha aumentado.

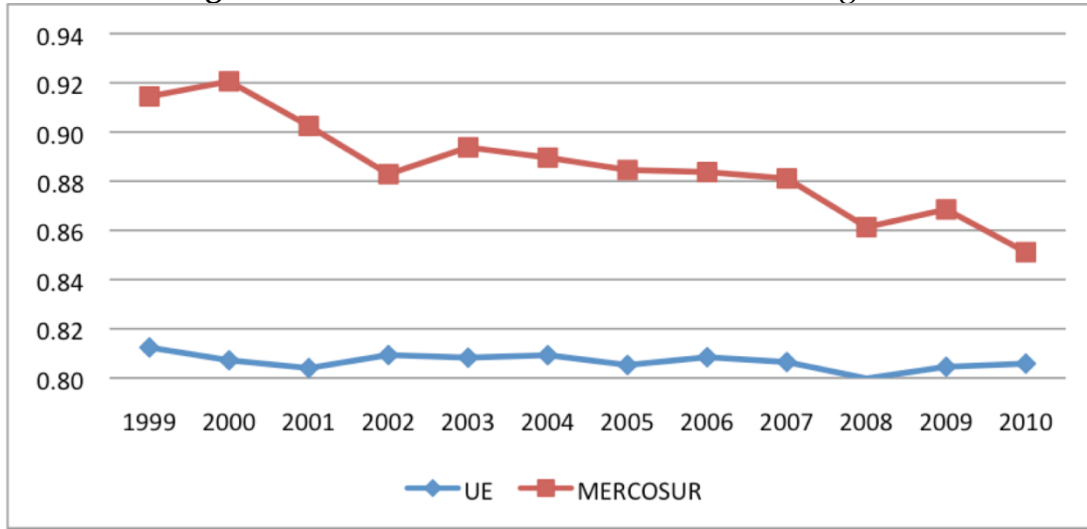
Figura 2. Índice de intensidad del comercio intra-regional



Fuente: elaboración propia con base en datos de la OMC y la CEPAL

La figura 3 muestra las mismas tendencias que la figura 2. MERCOSUR tiene un IICR mayor que el de la UE, además con una tendencia a la baja. Sin embargo, las diferencias entre MERCOSUR y la UE son menores. De seguir las tendencias como van, en unos años el IICR de MERCOSUR y de la UE estará en el mismo nivel.

Figura 3. Índice de introversión de comercio regional



Fuente: elaboración propia con base en datos de la OMC y la CEPAL

2.2 Aspectos políticos y sociales de la integración en MERCOSUR comparado con la UE

Uno de los grandes sueños latinoamericanos –al menos a un nivel histórico– es la ansiada integración entre los distintos países que conforman la región. Sin embargo, debido a diferentes circunstancias históricas y sociales, este sueño no se ha cumplido de manera cabal hasta el momento, ya que a pesar de que el espacio común denominado “MERCOSUR” está formalmente instituido desde marzo de 1991, aún no ha alcanzado un grado de maduración que lo consolide dentro de los imaginarios sociales y políticos entre la población de los distintos Estados Miembros. Por lo anterior, es necesaria una orientación comparativa con el proceso referencial de las integraciones regionales que es la UE. La cual si bien no está exenta de polémica y serios cuestionamientos producto de la crisis económica que viven varios de sus estados miembros, sí resulta interesante establecer al menos una impresión general comparativa que permita ubicar que experiencias en los procesos de consolidación de la institucionalización europea pueden servir de referencia para el fortalecimiento de las instituciones que conforman al MERCOSUR.

En términos sociales y políticos, si bien ambos procesos de integración, -tanto el europeo como el sudamericano- no han estado exentos de momentos críticos, el punto de análisis en esta breve descripción comparativa en términos sociales y políticos, lo podríamos enumerar en el sentido de que en Europa se ha presentado una lógica más económica -en términos de una visión de elección racional- en el proceso de integración, en el cual, el tema económico se ha convertido en el eje que

da estabilidad a las decisiones de la UE, y soporta las decisiones políticas institucionales a través del Parlamento Europeo y un sistema jurídico supranacional. Mientras que en el MERCOSUR, el tema primordial y que detiene los procesos regionales de integración, es el tema político, en donde se anteponen los liderazgos y las personalidades de los mandatarios políticos, en aras de una reflexión global en términos de los avances y las bondades del proceso de integración si se cedieran parte los derechos de autodeterminación en aras de un desarrollo económico regional.

Para desarrollar esta perspectiva, recurriremos a los postulados por Rueda-Junquera (2009), quien nos dice que el:

“éxito del modelo europeo de integración no solo se fundamenta en los componentes económicos, como la aplicación de políticas y acciones comunes favorecedoras de la integración, sino que también se basa en la adopción de otros componentes, como el compromiso político y el sistema jurídico e institucional. Estos tres componentes han ido conformando el triángulo virtuoso de la integración europea”.

Estos tres pilares nos pueden servir muy bien de referencia para hacer el esquema comparativo entre ambas experiencias de integración.

A) El compromiso político resulta fundamental para establecer un proceso exitoso de integración económica, ya que parece que el compromiso político es una precondition básica que debe cumplirse para que un acuerdo regional produzca los efectos positivos identificados por la teoría de la integración económica”. La idea es que este compromiso político debe de establecerse y sostenerse a lo largo de todo el proceso que dure integración regional.

B) Sistema jurídico e instituciones supranacionales: una de las características más exitosas del proceso de integración europea es el de haber podido establecer un marco jurídico que está sobre todos los miembros, el cual el mismo autor Junquera nos comenta que:

“El derecho comunitario se caracteriza por dos rasgos fundamentales: su primacía y su directa aplicabilidad. La primacía sobre los ordenamientos jurídicos nacionales asegura que el derecho comunitario no pueda ser alterado por ningún Estado miembro, mientras que la aplicabilidad directa sobre los países garantiza su carácter vinculante” (Rueda-Junquera, 2009).

Así, el modelo de integración europeo se soporta y cuenta con un marco normativo lo suficientemente sólido para poder resolver cualquier controversia y actuar a favor de interés del bloque regional sobre las necesidades jurídicas estatales.

Estos dos componentes tanto normativos como institucionales, son los que permite el funcionamiento más o menos formal de la vida de la UE. Esta voluntad política y el ordenamiento supranacional ha logrado que se construyan y se legitimen instituciones con un fuerte sesgo supranacional, lo cual permitía que “el proceso de integración persiguiera intereses comunes claramente identificados y no se

dispersara en los diferentes intereses nacionales de los Estados miembros” (Rueda-Junquera, 2009).

Así, estas instituciones comunes con un carácter supranacional, están alimentadas por transferencia parcial de soberanía nacional de los distintos Estados hacia ellas, por lo que gran parte de las acciones emanadas de estas instituciones presentan un carácter vinculante para los países que integran la UE. Y esto lo podríamos entender rompiendo todos los paradigmas de las teorías clásicas de la ciencia política como el hecho de que se presentaría un ejercicio de soberanía compartida, por lo que se fortalecen los procesos de integración económica, ya que los conflictos entre Estados son resueltos de manera que el beneficio común sea puesto en primer lugar.

Por último, la gran estrategia de vinculación global en la zona es el hecho de haber adoptado por la mayoría de sus miembros una moneda única denominada Euro, y tener un Banco Central Europeo. Lo cual simplemente sintetiza que los Estados miembros que han adoptado el Euro han renunciado a dos componentes básicos de la actividad económico financiera de un país, a su política monetaria y a su política cambiaria, así, el modelo se vuelve exitoso a partir de una voluntad política e institucional de garantizar condiciones homogéneas que den certidumbre a las condiciones que permita crecimiento y el desarrollo económico en la zona.

Para América Latina, y especialmente Sudamérica, se presenta un cuadro todavía no tan desarrollado, en la medida en que si utilizamos los mismos criterios utilizados para el análisis del caso Europeo encontraríamos los siguientes aspectos:

- A) Un compromiso político débil, en donde se privilegian los intereses de los Estado Nación, sobre los intereses regionales, aunado a un problema muy latinoamericano, y es el de cómo se anteponen muchas veces también las personalidades de los distintos presidentes de la región, como lo plantearía Ernesto Laclau (2005), tenemos una gran razón populista en la zona. Por lo que las características de gobierno están en función de las características y estilos personales de gobernar, anteponiendo sus proyectos políticos e ideológicos personales, a los nacionales y a los regionales.
- B) Débil situación institucional. A diferencia del caso Europeo, en donde podemos decir que la institucionalización creó a un tercero jurídico, el cual en su esencia cumple un papel de juez que cuida los intereses de los participantes en el proceso de integración, en Sudamérica no se ha creado esta figura y la que opera es la de la diplomacia, la que no actúa como un tercero inter-partes, a diferencia de la UE en la que tenemos es múltiples terceros que son creados para arbitrar en los conflictos de las partes, pero las decisiones las toman las instituciones europeas.

En el caso del MERCOSUR, el primer problema es que no hay normas regionales, no hay un derecho comunitario en el sentido como en la Unión Europea porque

falta obligatoriedad. El MERCOSUR crea leyes que no valen hasta que todos los países las aprueben, así que, es cada país el que decide si quiere sujetarse o no a las leyes que se deciden a nivel regional. Pero después los países tienen una potestad más que es el poder no implementar esas leyes. Formalmente pueden argumentar “estoy de acuerdo” con una ley pero después simplemente sus funciones ejecutivas, su burocracia, su justicia no necesariamente la aplica. ¿Qué hacen los otros países? Recurren a distintos mecanismos, primero de diplomacias, de conciliación y en algunos casos de arbitraje por un tercero. Pero estos arbitrajes son lentos, poco funcionales y además necesitan ser implementados por burocracias nacionales. Y en última instancia no existe capacidad regional para tomar decisiones y obligar a cumplirlas. Esta es la gran diferencia con la Unión Europea. Así, el modelo europeo de integración económica se ha convertido en una inevitable referencia para cualquier proyecto de integración. En los proyectos en los que participan países en desarrollo como los latinoamericanos, es aconsejable utilizar la referencia europea con precaución, ya que existen importantes diferencias estructurales entre ambos bloques. Sin embargo, si es importante decir que parte de la experiencia de la integración europea nos da rutas y pistas muy interesantes para poder al menos reflexionar para el caso de la integración sudamericana, a pesar de esto, algunas características de la praxis de la integración económica europea proporcionan útiles directrices para el nuevo regionalismo latinoamericano.

A parte de las condiciones ya mencionadas líneas arriba (el compromiso político y las condiciones institucionales), podemos decir que es necesario el establecer también políticas y acciones de acompañamiento –tales como políticas comerciales, macroeconómicas, políticas públicas y sectoriales- que permitan eventualmente establecer estrategias que coadyuven a resolver el gran problema de la gran desigualdad económica, social y de movilidad social que presenta la zona, de tal forma que se generen vinculadamente estrategias de crecimiento económico acompañadas de políticas que coadyuven el desarrollo social en los países que conforman la región.

La evolución del nuevo regionalismo en América Latina difiere sustancialmente de la experiencia europea. Los procesos subregionales de integración económica se han reactivado o creado sin un compromiso político fuerte y sostenido y con un débil marco jurídico e institucional. “Tampoco han sido capaces de aplicar las políticas y acciones comunes de acompañamiento básicas para establecer una unión aduanera y lograr un grado adecuado de convergencia macroeconómica” (Rueda-Junquera, 2009).

Es necesario el entender a la unión regional como una estrategia integral destinada a atender las necesidades específicas de los miembros menos desarrollados de la unión sudamericana, esto para realmente potencializar los beneficios de la integración económica, ya que si no se dan estos programas tendientes a generar la

cohesión social en la zona, las asimetrías y las desconfianzas entre los países crecerán y costará más trabajo el poder crear un ambiente colaboracionista en la zona sudamericana,

Todos estos factores explican las serias limitaciones de la integración económica latinoamericana. Si estas limitaciones no se superan con medidas adecuadas, el nuevo regionalismo no podrá contribuir eficazmente al desarrollo económico de América Latina ni tampoco podrá convertirse en un instrumento eficaz de inserción internacional.

2.3 Aspectos jurídicos de la integración en MERCOSUR comparado con la UE

El ordenamiento jurídico es parte importante de los procesos de integración. En la UE, existe un conjunto de normas y principios que determinan el funcionamiento y las competencias de las instituciones Europeas. Una de las características principales de este orden jurídico es que es *sui generis* y se diferencia del Derecho Internacional y del Derecho Interno de los países miembros. Se trata de un derecho supranacional y de una comunidad económica.

En un proceso de integración, como el Europeo y el de MERCOSUR, que en su origen son eminentemente económicos, puede en cierta manera desplazar a los aspectos político y a los jurídicos. Sin embargo, es sólo en apariencia porque toda integración implica una decisión política y con proyecciones políticas. En las etapas más avanzadas de los procesos de integración se llegan a unificar las legislaciones de los países integrados. Los tratados constitutivos, establecen los ordenamientos jurídicos propios y dotan a las instituciones comunitarias de competencias e instrumentos jurídicos para alcanzar los objetivos planteados. Ciertamente los aspectos económicos, políticos y jurídicos están presentes y desempeñan un papel importante en los procesos de integración antes mencionados.

Los tratados constitutivos y fundacionales (derecho primario), las normas que emanan de las instituciones supranacionales (derecho derivado), y los principios generales del derecho, son algunos de las fuentes del derecho comunitario. En esta sección abordaremos el derecho primario y el derivado en la UE y MERCOSUR para identificar las fuentes del derecho de ambos procesos de integración.

Desde el inicio del proceso de integración europeo, el derecho ha sido utilizado como un instrumento clave para alcanzar los objetivos planteados. A partir del Tratado de Lisboa la UE se ha dotado de personalidad jurídica y el Derecho Comunitario ha pasado a ser el Derecho de la Unión. El derecho primario europeo está formado por:

- Los tratados fundacionales y constitutivos de la Unión Europea (Tratado de París, Tratado de Roma y Tratado de Maastricht).

- Los tratados modificativos (Acta Única Europea, Tratado de Ámsterdam, Tratado de Niza y el Tratado de Lisboa).
- Los tratados complementarios (Tratado de Fusión, Tratado por el que se modifican varias disposiciones presupuestarias de los Tratados comunitarios, Tratado de Bruselas, y Acto relativo a la elección de los representantes del Parlamento por sufragio universal directo).
- Los tratados de adhesión (Reino Unido, Dinamarca, Irlanda y Noruega⁵⁶; Grecia; España y Portugal; Austria, Finlandia, Noruega y Suecia; Chipre, Estonia, Hungría, Malta, Polonia, Letonia, Lituania, República Checa, Eslovaquia y Eslovenia; Rumania y Bulgaria) (UE, 2013).

Las fuentes del derecho derivado comprende los actos unilaterales y los convencionales. Los actos unilaterales los podemos clasificar en dos categorías. En la primera se encuentra el reglamento, la directiva, la decisión, el dictamen y la recomendación. En la segunda están los actos atípicos como son las comunicaciones, las recomendaciones y los libros blancos y verdes. Los libros blancos son documentos que contienen propuestas de acción específicas en un área determinada de la UE. Los libros verdes contienen las ideas presentadas en el marco de una discusión pública y debate. Los actos convencionales engloban a los acuerdos internacionales firmados entre la UE y un tercer país u organización, los acuerdos entre estados miembros y los acuerdos entre las instituciones de la UE. Finalmente, las fuentes del derecho subsidiario europeo incluye la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJ), el derecho internacional y los principios generales del derecho.

Las fuentes jurídicas del MERCOSUR de acuerdo con el Artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto son:

1. El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios.
2. Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos.
3. Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

Entre el conjunto de normas y los textos fundacionales del MERCOSUR se encuentran los siguientes:

- Tratado de Asunción para la Constitución de un Mercado Común.
- Protocolo de Ouro Preto (Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR).
- Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile.

⁵⁶ Los actos de adhesión de Noruega nunca entraron en vigor.

- Declaración Sociolaboral del MERCOSUR.
- Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR.
- Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR.
- Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR.
- Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el MERCOSUR (Ushuaia II).

En los procesos de integración el papel que desempeñan las instituciones es fundamental. Las instituciones europeas han contribuido significativamente al proceso de integración. El ordenamiento jurídico junto con las instituciones son los instrumentos más importantes en un proceso de integración.

La UE cuenta con 7 instituciones: el Parlamento Europeo (representa los intereses de los ciudadanos), el Consejo de la UE (representa los intereses de los gobiernos de los Estados Miembros), la Comisión Europea (representa los intereses de la Unión en su conjunto), el TJ, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Europeo y el Banco Central Europea. MERCOSUR ha establecido 9 órganos: Consejo del Mercado Común (CMC), Grupo Mercado Común (GMC), Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), Parlamento del MERCOSUR (PM), Foro Consultivo Económico y Social (FCES), Secretaria del MERCOSUR (SM), Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (TPR), Tribunal Administrativo-Laboral del MERCOSUR (TAL) y el Centro MERCOSUR de Promoción del Estado de Derecho (CMPED).

Las competencias entre las instituciones de la UE y MERCOSUR difieren. Para presentar algunas de las diferencias resaltaremos las que existen entre los respectivos principales órganos jurisdiccionales: TJ de la UE y el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

En la UE desde el inicio se creó un TJ en el Tratado de París de 1951 que crea la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, y lo establece para garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado y los reglamentos de ejecución. Lo anterior contrasta con la ausencia de un órgano jurisdiccional autónomo del MERCOSUR desde su creación, el Tratado de Asunción contempló un sistema de resolución de conflictos provisional y el Protocolo de Brasilia estableció una modalidad de tribunal arbitral *ad hoc*. En el 2004 se puso en funcionamiento el órgano principal del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR, el Tribunal Permanente de Revisión (TPR), formado por cinco árbitros y sus suplentes. Sin embargo hay grandes diferencias entre el TJ y el TPR. Mientras que el TJ está compuesto por 27 jueces (uno por cada estado miembro) y 8 Abogados Generales designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un mandato de 6 años con posibilidad de renovación, el TPR está formado por 5 Árbitros: uno por cada Estado Parte por un periodo de dos

años renovable por no más de dos periodos consecutivos y un quinto árbitro designado por unanimidad de los Estados Parte por tres años y no es renovable. Los integrantes del TPR deberán estar disponibles de modo permanente, sólo cuando hay casos se reúnen, no despachan a diario en la Sede del TPR a diferencia del TJ que los miembros se consagran plenamente al cumplimiento de su mandato. Algunos expertos (Bazán 2012, Perotti 2009; Logar, 1997) coinciden en la necesidad de analizar la posible creación de un Tribunal de Justicia para MERCOSUR con la finalidad de fortalecer el proceso de integración y contar con un órgano jurisdiccional permanente. En conclusión podemos decir que el TJ es una institución supranacional y el TPR es un órgano *ad hoc*. Lo anterior representa un reto importante para avanzar en el proceso de integración del MERCOSUR. El TJ ha jugado un papel muy importante en el proceso de integración europeo y esto ha sido posible, entre otros, por el carácter supranacional y la autonomía que tiene esta institución.

A través de la jurisprudencia el TJ ha establecido principios fundamentales como es el del efecto directo del Derecho comunitario sobre los Estados miembros (ver sentencia Van Gend en Loos 1963) y la primacía del Derecho comunitario sobre la normativa interna (ver sentencia Costa vs Enel 1964). Estas sentencias son sólo un ejemplo de los conceptos fundamentales que el TJ ha desarrollado. En materia de libre circulación de mercancías, en la sentencia Cassis de Dijon (1979) el TJ estableció que los comerciantes de un Estado miembro pueden importar cualquier producto de otro Estado miembro de la UE siempre que haya sido fabricado y comercializado en dicho Estado miembro, y que no existan motivos imperativos (protección de la salud y del medio ambiente) que se opongan a su importación.

2.4 Conclusiones

La UE y MERCOSUR son procesos de integración que surgieron por diversas circunstancias y que han tenido avances diferenciados. Mientras la UE surgió como consecuencia de las dos guerras mundiales, MERCOSUR nació por la nueva oleada de apertura comercial de los años noventa, por lo tanto, los avances de entrada son diferenciados, además de que la UE tiene una historia de más de 60 años, mientras que MERCOSUR tiene sólo más de 20 años de haberse formado. Cualquier análisis comparativo entre regiones supranacionales con los antecedentes señalados debe ser cauto, porque las comparaciones deben de tomar en cuenta las circunstancias que rodean a dichas regiones. A partir de ahí, es como realizamos el análisis, es decir, la comparación se realizó con el conocimiento de las diferencias entre regiones.

En el aspecto de integración económica, la UE se encuentra en una Unión Económica y Monetaria, donde la parte económica es coordinación entre países,

que hasta antes de la crisis financiera había sido débil y que ahora con los rescates financieros ya es fuerte. En el caso de MERCOSUR hay *de facto* una Unión Aduanera inacabada con coordinación macroeconómica muy débil. En la parte monetaria las diferencias entre las regiones son muy grandes, debido a que mientras en la UE hay 17 países con una misma moneda y con Bruselas y Berlín como vigilantes de que se cumplan los compromisos de déficit público, en MERCOSUR sus 5 integrantes tienen diferentes políticas de tipo de cambio y monetarias, debido a que mientras Venezuela y Argentina están aguantando una posible devaluación con tipos de cambio sobrevaluados y una inflación alta, en Brasil se tiene una política montearía de inflación por objetivos y un tipo de cambio flexible.

Cuando se analiza el aspecto comercial de ambas regiones, lo primero a resaltar es que el comercio intra-regional en la UE es mucho mayor que al que hay en MERCOSUR, pero si se utilizan otras medidas adicionales de comercio, el comercio intra-regional de MERCOSUR en relación a lo que dicha región aporta al comercio mundial es mayor comparativamente al de la UE. La utilización de índices adicionales de comercio regional, muestra que MERCOSUR tiene mayor intensidad en su comercio regional, sin embargo, esos mismos índices muestran que ha vendido a la baja en la última década.

En el aspecto político, las relaciones que hay entre sus Estados miembros son diferentes, debido a que en el caso de la UE, el eje franco-alemán había guiado históricamente las relaciones entre sus miembros, además de las instituciones supranacionales que fueron creadas con el propósito de representar los intereses europeos, mientras que en el caso de MERCOSUR el líder es Brasil pero sin seguidores, debido a que el resto de los Estados miembros no necesariamente siguen a dicho país, además de que las instituciones supranacionales son muy débiles. Los Estados miembros de MERCOSUR han tenido problemas políticos, como lo fue el problema entre Argentina y Uruguay por las plantas de celulosa que se habían instalado en el Río de Uruguay y que tuvo que ser resuelto por una organización externa, como la Corte de Justicia Internacional, y no por alguna institución de MERCOSUR. En la UE también hay problemas políticos entre sus Estados miembros, la diferencia es que las mismas instituciones de la UE son las encargadas de resolver los conflictos internos. Las relaciones políticas entre los Estados miembros de MERCOSUR son intergubernamentales, mientras que en el caso de la UE lo supra-nacional tiene un mayor peso.

En el aspecto jurídico, la UE ha construido instituciones que se encargan de que se respeten los Tratados fundacionales, de tal forma que si hay alguna controversia entre Estados miembros o entre una persona física o moral y un Estado, la decisión puede llegar al TJ de la UE. En MERCOSUR, si bien hay un Tribunal Permanente de Revisión, el peso que tienen los Tribunales nacionales en conflictos entre personas físicas o morales y un Estados miembro es decisivo. La estructura jurídica

de la UE permite que los ciudadanos europeos tengan a su disposición un Tribunal de última instancia al cual acudir si no están de acuerdo con las resoluciones de los Tribunales nacionales, mientras que en el caso de MERCOSUR dicha situación no sucede.

La UE y MERCOSUR son procesos de integración diferentes desde sus orígenes, en cuanto a su alcance y a su profundidad, por lo que es de esperar que una comparación nos dé resultados diferenciados, sin embargo, hay algunos rasgos en ambas regiones que permiten plantear las siguientes conclusiones:

1. La cooperación económica y monetaria han sido necesarias en ambas regiones por los efectos que tienen las crisis financieras en un mundo cada vez más interrelacionado. En el caso de la UE se ha optado por la integración monetaria, mientras que en el caso de MERCOSUR por una cooperación monetaria débil, donde básicamente los Estados miembros siguen dirigiendo sus políticas macroeconómicas.
2. En la comparación del aspecto comercial, se puede mostrar que aún con sólo una Unión Aduanera inacabada, el esfuerzo que hace comparativamente MERCOSUR en su comercio intra-regional es mayor al de la UE que tiene una Unión Económica y Monetaria.
3. En MERCOSUR si bien hay un líder, que es Brasil, no tiene seguidores, porque los demás Estados miembros no siguen las mismas políticas de dicho país. En el caso de la UE, el eje franco-alemán ha sido el baluarte del liderazgo europeo históricamente, sin embargo con la crisis financiera global se ha reconfigurado dicho eje, y ahora Alemania ha fungido como un nuevo líder en el aspecto económico, porque los demás Estados miembros, en mayor o menor medida, siguen las políticas económicas de dicho país.
4. Al analizar comparativamente los aspectos jurídicos de MERCOSUR y la UE, salta la vista el papel que tiene el TJ de la UE en la resolución de controversias, no sólo entre Estados miembros, también entre personas físicas o morales y Estados, situación que no sucede en MERCOSUR.

Fuentes de consulta

- ALDECOA L. F., (2002). *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos: II. Génesis y desarrollo de la Unión Europea (1979-2002)*. Madrid, Tecnos.
- BALASSA, B. A. (1981). *The theory of economic integration*. Greenwood Press.
- BALASSA, B., & TOUTJESDIJK, A. (1975). Economic integration among developing countries.: *Journal of Common Market Studies*, 14(1), 37-55.
- BAZÁN, V. (2012). El Mercosur en perspectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo y la opción axiológica a favor de la seguridad jurídica comunitaria. *Pensamiento Constitucional*, 6(6), 305-338.
- COSTA V.A., (2003). Trade Strategies in the Context of Economic Regionalism: The Case of MERCOSUR, *Center for Latin American Studies, University of California, Berkeley*, CLAS Working Paper No.4.
- PELKMANS, J. (2006). *European integration: methods and economic analysis*. Ft Press.
- PFLANZE, O. (1971). *Bismarck and the development of Germany: The period of unification, 1815-1871* (Vol. 1). Princeton University Press.
- LACLAU, E. (2005). *La Razón Populista*. Fondo de Cultura Económico. Buenos Aires.
- LOGAR, A. (1997). Tribunal de Justicia para el Mercosur, una decisión impostergable. *Revista de Relaciones Internacionales* No. 12. Buenos Aires, Argentina.
- MANZETTI, L. (1993). The political economy of MERCOSUR. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 35(4), 101-141.
- PEROTTI, A. D. (2009). Elementos básicos para la constitución de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR. En Caetano, G. (coordinador) *La reforma institucional del mercosur*. Montevideo, Uruguay.
- RUEDA-JUNQUERA, F. (2009). ¿Qué se puede aprender del proceso de integración europeo? La integración económica de Europa y América Latina en perspectiva comparada. En *Revista Nueva sociedad*. No 219. Enero-Febrero del 2009. Buenos Aires.

CAPÍTULO III

Las relaciones internacionales político-económicas del Siglo XXI

María Isabel Arredondo Icardo
César Armando Cruz Espino*

Introducción

Precisando el resumen precedente, el objetivo de este trabajo es brindar un examen de cómo el sistema internacional supeditado sustancialmente a una era de globalización intensa, tiende a redistribuir el poder y los bienes por sí mismos, dando lugar así a una transformación de las relaciones de dominio de los diferentes grupos políticos e institucionales y, por tanto, haciendo girar las relaciones internacionales hacia la construcción de un nuevo orden internacional.

Adicionalmente se intenta definir que estas relaciones están determinadas, más que nunca, por una íntima relación entre la política y la economía internacional, esencialmente a través de los parámetros de las disciplinas de una Economía Política Internacional en amplio crecimiento, y de un Estado de Derecho Internacional en gestación comprometida.

Por lo que respecta a los actores internacionales, cabe mencionar que se han seleccionado sólo aquellos que de acuerdo a su relación con el tema tendrán que ver con el desarrollo conceptual de este texto, a saber: el Estado y a las Organizaciones Internacionales, así como complementariamente, se tratará el ente del individuo como sujeto de los derechos humanos e igualmente las sociedades corporativas y/o empresas multinacionales; aunque con la percepción y la dispensa de no profundizar demasiado en estos aspectos a fin de objetivar al máximo el tema que nos absorbe, así como dejando para un trabajo posterior el tema de las comunidades beligerantes y aún determinados grupos insurgentes y el Estado Vaticano, que por su amplitud temática no permite incluirlos expresamente en los espacios limitados del presente estudio.

* Investigadores del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

El artículo se divide en cuatro partes fundamentales, cada una de las cuales se dedica a la presentación y análisis de un tema central en particular. La primera parte, se ocupa de dos aspectos: en el primero, se ha creído esencial hacer un breve prefacio sobre la teoría política dentro del perímetro de la terminología del poder, con la intención de presentar por medio de éste un bosquejo en el conocimiento del regir de los fenómenos políticos del ser humano contemporáneo. Asimismo, comprender, desde un punto de vista jurídico, cómo está estructurado el Estado contemporáneo y sus márgenes de hegemonía, así como sus relaciones con los actores políticos y sociales que influyen en él.

En el segundo aspecto, se entrará en el ámbito de la economía política pero tratándola desde el prisma de la economía política internacional y del liberalismo como sistema, sustentando este último vocablo como un reflejo de la teoría del idealismo político, que fuera establecido por la hegemonía de los Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial a nivel mundial y, en el espacio nacional, fuertemente reafirmada ante la decepción que sufriera su sociedad civil, como consecuencia de los efectos frustrantes de los resultados de la guerra de Vietnam de que el realismo político que se había convertido como aceptable era incorrecto.

La segunda parte, corresponde al tema dedicado al Estado de Derecho Internacional, en donde se buscará puntualizar el dinamismo de cambio que enfrenta las normas jurídicas del derecho internacional y que deviene del resultado de la fenomenología de las relaciones internacionales; en el sentido implícito de que el orden internacional contemporáneo está inmerso bajo la presión de una necesidad de transformación sin precedentes y donde las preocupaciones relativas al Estado de derecho nacional e internacional fueran comprometidas por la ONU en la "Declaración del Milenio".

Esto es, la metamorfosis sustantiva a la que se ha visto arrastrada las relaciones internacionales están siendo definidas acorde con la historia de las tres Revoluciones Industriales, las cuales serán tratadas en este segmento oportunamente, a fin de esclarecer como la globalización económica se centra en la búsqueda de los recursos naturales para su explotación, como nunca antes.

En la tercera parte y última, se tendrá como principal objetivo especificar los principales puntos de las relaciones internacionales contemporáneas, estableciendo su margen de existencia, es decir, haciendo un marco evolutivo de referencia histórico, con el propósito de observar cómo los tratados y organismos internacionales que coordina el derecho internacional mezclan grupos no institucionalizados, los cuales muestran características de poder que incluso rebasan a los organismos anteriores y tienen la capacidad de guiar las normas a seguir de elementos tan esenciales como la propiedad.

3.1 Teoría política y economía política internacional

3.1.1 Teoría política

Ante todo y de acuerdo a los propósitos de esta exposición, debemos enfatizar que el concepto del *poder* es desde tiempos inmemorables el péndulo de la teoría política.⁵⁷ Éste irremediablemente se encuentra inmerso en todo momento y siempre que tratemos temas tan esenciales como la democracia, la vigencia del Estado y el problema de la modernidad.

En este sentido las sociedades contemporáneas luchan constantemente por restaurar y/o consolidar una política moderna comprometida, búsqueda de mediar al máximo la hegemonía del poder como un recurso persistente en la política. Por tanto, surge como un cuestionamiento apropiado dilucidar cómo se da esta autoridad, en el entendido de que la potestad que la sociedad otorga al Estado tiene que ser obligadamente organizada por éste, considerando con todo aquellos lineamientos que se definen según los diferentes tipos de regímenes políticos; y de cómo surge la necesidad de establecer un orden jurídico en las constituciones, incluyendo las leyes correspondientes para favorecer el funcionamiento eficaz de las instituciones formales creadas para este fin y para su validez democrática.

En este sentido, Fröde señala que hay una distinción formal entre las formas de gobierno y los tipos de Estado. En la primera, es esencial la estructura de poder y su relación entre los diferentes órganos, en donde la Constitución determina el ejercicio de la misma. La segunda, en cambio, es determinada por las relaciones tanto de clase como de los medios de enlace entre el poder del Estado y la sociedad civil. Siendo aquí, donde se hacen presentes las ideologías y la sustancia de las diferentes etapas históricas del poder.⁵⁸

Relativo a esto, Maurice Duverger define que “toda clasificación de los regímenes políticos implica, explícita o implícitamente, un sistema de valores. [Así] Las tipologías clásicas de las formas de gobierno son tres: la de Aristóteles, la de Maquiavelo y la de Montesquieu”.⁵⁹

En cuanto a la clasificación de Aristóteles: su teoría se fundamenta en base a su posición numérica como sistema. Por tanto según la cantidad en el número de gobernantes, se establecerá la definición categórica de su gobierno. O sea, si el gobierno es de un líder, tendremos entonces la experiencia de una monarquía, si es de unos cuantos por tanto una aristocracia, y si es de muchos se traduce consecuentemente en una democracia.⁶⁰

⁵⁷ En relación al concepto de *poder*, cabe mencionar, que en el caso de la relaciones internacionales, aparte de las institucionales básicas como el poder legislativo, ejecutivo y judicial, existen otros poderes que se definen, para el caso de la fuerza militar, lo que se le ha dado en llamar el *poder duro* (*hard power*), y, en el sentido de su vinculación económica o ideológica: *poder blando* (*soft power*). En tanto la combinación de las dos, se asume como *poder inteligente* (*smart power*).

⁵⁸ Vid. Gómez Frode, Carina *Introducción a la teoría política*, Edit., OXFORD, México, 2011, p. 51.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 51.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 51 y 52.

Asimismo, en casos extremos, esta clasificación desemboca en que “la monarquía degenera en tiranía, la aristocracia en oligarquía y la democracia en demagogia. No obstante actualmente, pese a la difusión y comodidad de dicha clasificación aristotélica, ésta resulta insuficiente para abarcar a toda la variedad de regímenes políticos que hay en el mundo”.⁶¹

En Maquiavelo, estaremos hablando específicamente de dos tipos de gobierno: la monarquía y la república, dejando a la aristocracia y a la democracia en un sector secundario, es decir: “La diferencia estaría en el gobierno de uno solo, de una persona física y el gobierno de una asamblea, de un cuerpo colectivo”.⁶²

En Montesquieu, en cambio, se observa el despotismo como género novedoso respecto de los dos tipos de gobiernos anteriores. Se define como el gobierno de uno solo pero sin leyes.

En suma, se hacen distintivos los siguientes principios que inclinan a la sociedad a aceptar el dominio de acuerdo al tipo de gobierno: “el honor en las monarquías, la virtud en las repúblicas y el miedo en el despotismo”.⁶³

Subsecuentemente, Hegel, aprovecha la clasificación de Montesquieu para reinterpretarla en la base al contorno de la evolución histórica, pasando desde la fase primitiva de los estados orientales, hasta alcanzar la era de las repúblicas, donde destaca la democracia en Grecia y la aristocracia en Roma, para ulteriormente desembocar en la objetividad del Estado establecidas en las monarquías cristiano-germánicas, mismas que representan en la mayor extensión política: la época moderna.⁶⁴ Dato, por cierto, sustancial para el desarrollo del análisis del tema que nos aborda y que se retomará más adelante.

Pero lo más interesante de este análisis de Fröde, es cuando alude a la importancia que debe tener el orden jurídico, refiriéndose a Hans Kelsen en su teoría relativa a la definición del Estado: acusa que la cantidad numérica de gobernantes en la teoría de Aristóteles, como instrumento de clasificación en las tipologías del gobierno, no contiene un fundamento determinante. Establece, formalmente, que sólo se puede atender el *estatus* que ejerce la Constitución en base a su regulación jurídica.

Asume por tanto: “Éste puede ser creado y continuamente modificado, desde arriba o desde abajo”.⁶⁵ Es decir: que si hablamos de gobernantes (arriba), entonces la sociedad está exenta en la creación de las normas. En cambio, tocante a los ciudadanos (abajo): es cuando éstos están implícitos y toman parte. Definiendo asimismo la estructura para su clasificación formal en referencia a sus

⁶¹ Gómez Fröde, Op. Cit., pp. 51-52.

⁶² *Ibidem*, p. 52.

⁶³ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 52.

características normativas, en el caso de la primera, como un gobierno autocrático, y en la segunda: un gobierno democrático.

Seguidamente, otro tema que secunda a lo anterior, es el concepto de la *sociedad civil*. Es precisamente aquí donde podemos observar los diferentes conflictos que la misma presenta y que van desde: asuntos económicos, sociales, ideológicos o religiosos, y, que el Estado tiene la responsabilidad de resolver, según el sistema político al que pertenezca.

De esta manera, no debemos olvidar la importancia de la interrelación permanente entre el Estado y la sociedad civil, pues conforman el concepto de la sociedad política por definición. Además, estos engloban el fenómeno de los partidos políticos, los cuales tienen como característica distintiva que no pertenecen a ninguna de las dos sociedades mencionadas; generalmente, se abanderan inclinándose por el respeto de sus intereses, bien de la sociedad civil o bien de las instituciones gubernamentales según convenga.

Por último, como se ha manifestado previamente en la apartado de la Introducción, esta presentación es sólo un prefacio preparatorio en relación al contexto que establece el propósito del ensayo, con la finalidad de visualizar la importancia del poder y su preponderancia en la vida política de las organizaciones internacionales contemporáneas, de tal suerte que prepara justamente el campo idóneo para el siguiente inciso de este apartado.

3.1.2 Economía política internacional y globalización

En tanto rama de la ciencia política y de la economía que estudia las relaciones internacionales, merece dedicarle un espacio obligado pese a su brevedad y segmentación, de tal suerte que será de utilidad respecto a que más adelante nos ayudará a desarrollar y puntualizar el tema de la globalización y las influencias constantes de las tres revoluciones industriales, como causantes y contribuyentes del mundo moderno; movimientos económicos transformadores que se asocian con el tema y que en consecuencia han tenido un rol importantísimo para la conformación de la política económica e internacional en el mundo contemporáneo y de las relaciones internacionales actuales.

Pero sobre todo porque la normativa jurídica internacional requiere de una estabilidad hegemónica a través del respeto al establecimiento del imperio de la ley, misma que ha surgido urgente y apremiante en el presente siglo, vía la manifestación evidente de los proyectos de la comunidad internacional de fortificar la normativa del Derecho Internacional, con las correspondientes cortes penales internacionales para su ejecución eficaz.

Es importante dicha disciplina, que engloba la economía y la política, sobre todo en relación al sustantivo contexto y peso que tiene sobre el comercio y las

finanzas internacionales, así como en su relación directa con las políticas monetarias y fiscales de los Estados.

En tanto que éstas influyen y determinan las relaciones económicas tales como los tratados de integración económica, acuerdos que resultan esenciales en el desarrollo de los Estados dentro de una era de globalización, así como las graves consecuencias de desestabilidad social e internacional, reflejadas en crisis de envergadura mundial, tales como la reciente pasada del 2008 relativa a la llamada *burbuja inmobiliaria*, circunstancia de las experiencias manifestadas por la falta de liquidez y acarreado por tanto una crisis bursátil internacional, infectando además negativamente la economía de otros Estados.

Cabe recordar que a partir de la década de 1960, durante el auge de la Guerra Fría y de una época que privilegiaba un evidente sistema mundial bipolar, se inicia ya desde entonces una tendencia de cambio en las relaciones internacionales, sustentadas en aquellos fenómenos que traía consigo la promoción del concepto integral de la economía en el mundo.

Hecho que fuera favorecido por la propagación de las empresas multinacionales que, al mismo tiempo, exigían el traspaso de sus productos limitados por los territorios nacionales, forzando por tanto la eliminación de las barreras fronterizas. Esto tiene su máxima expresión en un renovado arranque global y una nueva concepción tendiente a favorecer la mundialización a partir de década de 1980.

En este sentido, se inició paulatinamente la renovación de las relaciones internacionales, es decir, de relaciones fundamentadas entre agentes de distinta nacionalidad, sin un sistema internacional que guiara sus actividades económicas, a relaciones unidas en un contexto internacional, donde el derecho económico internacional empieza a gestarse y a establecer su hegemonía.

Asimismo, ante el desarrollo de la economía mundial en ascenso y motivados por el favorecimiento de la inversión directa, las empresas multinacionales y la banca transnacional, elementos económicos contemporáneos esenciales en la economía mundial, dieron como consecuencia la necesidad de un estudio más preciso acerca de su comportamiento.

En tanto, indudablemente, estos estaban propiciando el campo idóneo para el florecimiento de una reacción de cambio en la economía y la política, y, configurando en perspectiva, la bases de un nuevo sistema económico mundial, en donde a todas luces el sistema capitalista se enganchaba de manera determinante en el mundo; incluyendo paralelamente el estado emergente de reconfiguración jurídica de las organizaciones internacionales, acorde con los proyectos en *pro* de una jurisdicción internacional basada en la potestad del imperio de la ley, respuesta a la búsqueda de un ordenamiento mundial más equitativo, y sustentado en las prerrogativas que impone los acontecimientos económicos y políticos de las relaciones internacionales en el nuevo milenio.

Así los estudiosos, ante la problemática de definir las mutaciones e incursión de un nuevo panorama económico y político, tratan de visualizar la gestación de un nuevo sistema mundial en base a las siguientes interpretaciones: por un lado, surge la concepción *centro-periferia* o *economía-mundo*; y por el otro, la *economía dual*. Sin olvidar, la que corresponde a la definición del *Estado hegemónico*, como otro ocurrente concepto distintivo.

A continuación, a manera de una ligera noción descriptiva de las mismas, podremos ir delineando cómo éstas están presentes e interactuando, en mayor o menor grado, en el mundo contemporáneo, toda vez que permiten explicar de alguna forma el comportamiento de la economía y la política internacional.

La primera, denominada en dos sectores primarios *centro-periferia* y correspondiente a la idea *sistema-mundo*, fundamenta que el imperialismo es la fase final de evolución del capitalismo. Es por ello que para el postmarxismo del siglo pasado, ha representado uno de los principios argumentativos que sustentara la crítica del imperialismo liberal por parte de los socialistas, pues esta máxima geoeconómica fuera de alguna manera acuñada por Lenin; utilizando el uso de la terminología *periferia* y *centro* para definir la economía y la política internacional, teniendo todavía una vigencia en las relaciones internacionales, aunque si bien relativa.

En este sentido se deslinda la idea de que el libre mercado desde una perspectiva mundial, implica la explotación económica de los países en desarrollo por parte de los del llamado primer mundo. Es decir, el *centro* consecuentemente representado por el mundo desarrollado, mientras que la *periferia* será adjudicada al mundo subdesarrollado o en "vías de desarrollo".⁶⁶ La antítesis de esta suposición está fincada, en que el comercio internacional necesariamente repercute del centro a la periferia y viceversa, es decir, se trata de un mundo integrado que interactúa recíprocamente.

En relación a esto podemos percibir, que las organizaciones internacionales se han visto inclinadas a resolver la posible veracidad de esta hipótesis; por lo que comprometidamente buscan suavizar la existencia de dicha realidad, sobre todo a través de maximizar la hegemonía del derecho internacional y el derecho económico mercantil, a fin de atacar con mayor efectividad los efectos de la globalización.

La segunda, conocida como la *economía dual*, es considerada previa a la anterior porque está basada en una economía colonial; en tanto que en contraste, la

⁶⁶ Véase más al respecto a uno de sus mayores representantes de esta teoría, Wallerstein, Immanuel. Referencia: El moderno sistema mundial. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI. Madrid : Siglo XXI Editores, 1979. Otros autores que han desarrollado esta teoría, corre a cargo de los miembros de la CEPAL, tales como Raúl Prebisch y Celso Furtado.

economía-mundo, nace en el marco de un capitalismo maduro, precisamente en la era de la Segunda Revolución Industrial de mediados del siglo XIX

Así *economía dual*, considera como una respuesta obligada y esencial, que la sociedad promueva aumentar sus capacidades comerciales, y respectivamente recompensarla equitativamente para la satisfacción de su bienestar. Por tanto, justamente, en base a la libertad que corresponde a un Estado democrático consolidado, permite la posibilidad de elevar su riqueza a su máxima extensión, como un resultado directo del desarrollo congruente y el juego que impone la competitividad y la libertad de mercado.

En este sentido se va perfilando la formación de dos tipos de economía: una moderna y la otra tradicional. La primera basada en una avanzada tecnología y el aprovechamiento máximo de Capital, mientras que la segunda se distingue por servirse de la mano de obra como fuente alternativa de su desarrollo, derivación de la falta o incapacidad económica del Estado-nación, en el fomento y, por tanto, en el progreso de una tecnología moderna competitiva.

La tercera se refiere a la teoría de la *estabilidad hegemónica*. Como su nombre lo especifica, implica el ciclo hegemónico de permanencia sucesiva y dominante en la economía mundial, por parte de las potencias liberales. Es decir, manifiesta el poder económico de un Estado que privilegia la existencia de un orden económico liberal a nivel mundial.

No obstante, es una condicionante probar, que este Estado obedece a un ordenamiento jurídico desarrollado y sujeto a éste en su cumplimiento puntual; así como mostrar las ventajas del sistema al que pertenece, sin aislarse del mundo internacional: en tanto manifieste siempre a nivel mundial las ideologías liberales y, seguidamente, responda a las reglas que gobiernan el sistema internacional en las relaciones internacionales, incluyendo el pago comprometido de los costos económicos y políticos que devengan de ello.

En consecuencia, el principio de Keohane, en su libro intitulado *Después de la Hegemonía*, consiste en obtener el privilegio de gobernar el mundo gracias a esta hegemonía, o sea, tener un poder político supremo, distintivo y democrático. Y, en base a esto dominio, crear un ordenamiento mundial que asegure la paz en el mundo, pero obligadamente condicionado a mantener la continuidad de aquella supremacía, la cual deberá ser reflejada en el control que tenga de las materias primas, fuentes de capital, mercados y producción de bienes.⁶⁷

Hecho, que en el caso de los Estados Unidos, cumple con los postulados de dicha teoría. En él se observa, sin embargo, desde finales del siglo pasado y de lo que va del presente, una clara disminución de su poder hegemónico en el régimen

⁶⁷ Véase más al respecto la publicación de Robert O. Keohane *Hegemony and After: What Can Be Said About the Future of American Global Leadership?* *Foreign Affairs*, Volume 91, Number 4, July/August 2012. Consultada en la página web <http://www.princeton.edu/~rkeohane/publications.html>, el 2 de julio de 2013.

económico y la política mundial, evidencias resultantes del auge y propagación de los bloques regionales, así como los tratados de libre comercio, tanto bilaterales como multilaterales, de acuerdos regionales y nuevas economías hegemónicas continentales, devenidas de una globalización que el mismo ha promovido.⁶⁸

Hasta aquí, y como punto de cierre de esta parte, podemos asumir cómo estas teorías cumplen en descifrar la dinámica de la economía y la política internacional. De tal suerte que una vez establecidos sus puntos hipotéticos, nos permitirá pasar a ver con una mejor perspectiva, las tres revoluciones económicas modernas programadas en el prefacio, que interrelacionadas con el Estado y el derecho, han ido conformando el perfil de un sistema mundial que actualmente está en proceso de mutación. Éstas, sin embargo serán tratadas levemente por el marco que impone la agenda y el espacio estructurado de este artículo, pero agudamente relativo al impacto que las mismas revelan en un mundo posmoderno.

De principio el gran cambio que percibe la historia económica y que se manifiesta ampliamente en la Revolución Industrial, emprendida por Inglaterra y, consecuentemente, asistida por toda la Europa Continental, ya en efecto “constituye una mutación sólo comparable a la Revolución neolítica”.⁶⁹

En este contexto, Kaplan clasifica a la misma, como una de las primeras revoluciones del mundo moderno y puntualiza: “Entre mediados del siglo XVIII y mediados del XIX, un conjunto de mutaciones parciales convergen y coproducen una mutación, identificada con la revolución y la hegemonía mundial de Gran Bretaña. Se trata de un proceso económico y tecnológico, pero en interrelación con aspectos y procesos socioculturales, político-estatales y militares”.⁷⁰

Así la Revolución Industrial referida, que fuera manifestada principalmente por el desarrollo del transporte, traducida en una rápida aceleración de la producción, por las innovaciones de la industria y los servicios, donde la actividad trabajadora en masas fuera sustituida por una vida industrial, que diera paso consecuentemente a la producción en serie y a una división social del trabajo, provocaría a la postre la diversificación social del mundo:

La manufactura florece y tiende a transformarse en gran industria. La técnica y la ciencia se aplican cada vez más a la producción, aumenta su influencia en la cultura, la sociedad y la política. Se incrementan las contradicciones y los conflictos entre aristocracias y burguesías (los indicadores de fermentación social, ideológica, política), y las demandas de renovación y reforma, se desarrollan las presiones internas y externas (rebelión colonial, rivalidad internacional). Crecen y se intensifican las demandas de modernización del sistema político y del Estado.⁷¹

⁶⁸ Keohane, *Op. Cit.*

⁶⁹ Kaplan, Marcos Estado y Globalización, Edit. UNAM, Primera reimpresión 2008, p. 109. Para la teoría de la “Revolución neolítica”, véase el libro *What Happened in History* de Vere Gordon Childe.

⁷⁰ Kaplan, Marcos. *Op. Cit.*, p. 109.

⁷¹ Kaplan, Marcos. *Op. Cit.*, p. 109.

Más adelante, se muestra que la Segunda Revolución Industrial desborda nuevas luchas por la hegemonía, un desarrollo en *pro* de la mundialización y los cambios que establece la formación mundial del trabajo, aunadas a sus correspondientes consecuencias. Es así que las Relaciones Internacionales, como fuentes de poder de la comunidad internacional, se van paulatinamente transformando, de su relativa simplicidad en el siglo XIX a una mayor complejidad en el XX. Evidentemente, las relaciones internacionales en el siglo XIX fueron marcadas por la hegemonía de Gran Bretaña, ante la necesidad de sostener un equilibrio de poder que le resultaba favorable.⁷²

Posteriormente, a partir de la Segunda Guerra Mundial, la cual se viera favorecida por una carrera desbordada, basada en la sofisticación tecnológica de los armamentos militares, hace su aparición la Tercera Revolución Industrial, denominada también *Científico-Tecnológica* y conllevando asimismo el apelativo de la *Revolución de la Inteligencia*. “Ella requiere, incorpora y suscita una inversión fuerte y masiva en materia gris; modificaciones en las relaciones del instrumental tecnológico y del aparato/proceso científico con la producción económica. Los efectos, sin embargo, se producen también en la estructura y el cambio sociales, la cultura y la ideología, la política y el Estado, el derecho, las relaciones internacionales”.⁷³

Quizás, uno de los golpes más dramáticos que esta revolución tecnológica ha provocado, sea el aceleramiento del desempleo a escala internacional. Es decir: “La actual mutación tecnológica es causa de ganancias y pérdidas de empleos desigualmente repartidos y, en general, de desigual reparto de los beneficios de la Revolución Tecnológica, dentro de los países y en el sistema internacional.”⁷⁴ Así de esta manera, se abren las puertas para el ingreso imponente de la hegemonía del fenómeno de la globalización. Es por ello, que Kaplan, apunta:

Una serie de interrogantes cruciales se plantean cada vez más frecuentemente sobre la llamada “globalización”, y, en su contexto, sobre las tendencias y las perspectivas del Estado-nación soberano y sus posibilidades de regulación político-jurídica de la economía, la sociedad y las condiciones de gobernabilidad en lo interno y de la propia integración internacional.

Esta temática es especialmente pertinente por el hecho de que una de las constantes históricas de América Latina es la importancia decisiva de la inserción internacional para las realidades y las posibilidades del Estado-nación y del desarrollo nacional.⁷⁵

En este sentido, bajo un mundo contemporáneo en dramática transformación globalizante, evidentemente ningún Estado sobrevive en aislamiento económico. Éste, se verá envuelto invariablemente en vinculación estrecha con las economías de otros Estados. De tal extensión, que cuando queremos evaluar las políticas

⁷² *Ibidem*, p. 137.

⁷³ *Ibidem*, p. 263.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 266.

⁷⁵ Kaplan, Marcos, *Op. Cit.*, p. 13.

económicas nacionales, a fin de formularlas con fortuna, tienen que ser contextualizadas en relación intrínseca con las economías de otros países.

Esta situación, de clara interdependencia económica, obliga buscar una cooperación internacional estrecha entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo, debido principalmente a la necesidad de estos últimos, por lograr mayores beneficios en el comercio internacional y una mayor participación en las decisiones que toman las instituciones internacionales. En tanto que es notorio, que un desarrollo aislado no tendrá el futuro deseado, en relación a los altos precios de la energía y de las frecuentes recesiones económicas por las que atraviesa el mundo actual.

Es así que, desde finales del siglo XX, se gesta intensivamente una integración económica global, la cual se pronuncia por medio del comercio internacional, la migración laboral y los flujos de capital a través de la inversión directa. Al respecto, en 1980, inicia la más reciente ola globalizante, la cual se distingue porque tiene como característica sobresaliente la participación en la escena económica mundial de países en desarrollo, tales como China, India y Brasil, mismos que irrumpen con una gran variedad de productos manufacturados en los mercados internacionales. La pobreza se incrementa asimismo en otros países, y, una intensa movilidad del capital internacional, entre otros aspectos relevantes.

No obstante la globalización peca por ser en esencia un fenómeno asimétrico, pues a pesar de que el mundo se ha estrechado en base a la eliminación de barreras territoriales, en favor de un crecimiento en la actividad del comercio internacional; en cambio, los flujos laborales, en cierto grado, son repelidos discriminatoriamente, debido principalmente a que las políticas migratorias de freno se han intensificado, en relación a los acontecimientos acarreados por un incremento de la inseguridad internacional, devenidos de los últimos acontecimientos del terrorismo y del narcotráfico.⁷⁶

Es por lo que, como una constante de este artículo, es vital establecer un nuevo orden internacional basado en reforzar la normativa del derecho internacional. Como conclusión oportuna, cabe referir el siguiente fragmento reflexivo referente al terrorismo: "Algunos críticos señalan al ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, como lo que puede ocurrir cuando la globalización ignore a las personas pobres del mundo".⁷⁷

⁷⁶ Carbaugh, Robert J., *Economía Internacional*, Edit., CENGAGE, Learning, México, 2009, pp. 1-6.

⁷⁷ Villegas, D. César *La promoción del Estado de derecho...*, en Becerra R., Manuel y González M., Nuria (coord.) *Estado de Derecho Internacional*, Edit. UNAM, México, 2012, p. 4.

3.2 Estado de derecho internacional

A fin de definir, con una mayor exactitud, lo que en esencia representa el *Estado de Derecho Internacional*, es necesario retomar y definir preliminarmente qué es el Estado de derecho. Su origen, que proviene del término alemán *Rechtsstaat*, y que fuese implementado como doctrina en el sistema jurídico-político de Alemania, a principios del siglo XIX, debe su construcción al filósofo prusiano Immanuel Kant. En cambio, “La paternidad del término *Rechtsstaat* o Estado de derecho suele ser atribuida a Robert von Mohl, de quien se afirma haberlo utilizado por primera vez en su obra *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, publicada en 1929, y, asimismo, haberlo incluido en el título de una obra posterior, *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, que viera la luz en 1833.”⁷⁸

Así se deduce, que el primer requisito de un Estado de derecho, refiere un sistema de leyes e instituciones sujeto a una Constitución, es decir, que toda acción esté supeditada a una norma jurídica suprema de principio, la cual, como requerimiento obligado, será previamente escrita, aprobada y del conocimiento del público.

Más aún, a fin de salvar la debilitada de esta ordenanza por su concepción formal, debe cumplir además el principio sustantivo, de que cualquier poder será limitado asimismo por la ley, lo que se le ha dado en llamar una concepción real o material. Esto es, a fin de evitar el abuso del poder de gobiernos totalitarios o dictatoriales, pues en éstos no media una norma jurídica que limite sus acciones legislativas a pesar de que exista un Carta Magna, y, en consecuencia, no pueda ser debidamente aparejada con la consecuente sanción que merece dichos gobiernos, o legisladores de leyes que atenten con los derechos humanos fundamentales.

En este sentido, surge muy apropiado relacionar lo que acontece, cuando un gobierno totalitario no afrenta una norma jurídica que lo limite: principalmente, la duda implícita “respecto a la legitimidad de los parlamentos. Buscando la aclamación popular, no el debate, los totalitarismos pronto hacen desaparecer toda tipo de instituciones parlamentarias.”⁷⁹

Es así que, en este régimen, “derechos y libertades no merecen ninguna consideración: perturban los propósitos del líder.” Entonces, por extensión: “Cualquier tipo de oposición o crítica al Estado y la ideología de los gobernantes es reprimida y tildada de traición. En los totalitarismos, nada se puede poner en tela

⁷⁸ Vid. El artículo de Villegas, en donde habla sobre el Estado de derecho, sustentado en la base de los Estudios sobre el tema de Böckenförde, E. W., en la obra de Becerra R., Manuel/ González N., Martin (coord.), *Estado de Derecho Internacional* Edit. UNAM, México, 2012, p. 4.

⁷⁹ Vid., Hannah, Arendt *Los orígenes del totalitarismo*, capítulo X, Madrid, Taurus, 1999, <<http://www.xtec.cat/~lvallmaj/preso/totalit2.htm>>, Consultado en línea, el 4 de julio de 2013.

de juicio; la voz de la argumentación y de la crítica queda anulada frente al poder mediático de la organización totalitaria.”⁸⁰

En suma, para que se pueda hablar de un Estado de derecho real, en sus últimas consecuencias, sin quedarse en la etapa formal que se define como un Estado de derecho débil, a sabiendas de que algunos Estados contemporáneos cumplen con las características del término *Rechtsstaat*: en donde los poderes públicos fueron creados por una ley, pero no sujetos a ella, los ordenamientos jurídicos deben estar vinculados en contenido con las normas constitucionales, es decir, en base a la división de poderes y de los derechos humanos.

A lo que Villegas, apunta sustancialmente: “Con la distinción entre el Estado de derecho formal y el Estado de derecho material intentamos poner de manifiesto que para la existencia de un auténtico Estado de derecho no basta con asegurar la sumisión del Ejecutivo a la ley, sino es necesario garantizar también la del legislador a un orden superior de normas”.⁸¹

Asimismo, el informe del Séptimo Secretario General de la ONU, Kofi Atta Annan, en agosto de 2004, referente a *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, define las características que deben contener el Estado de derecho, explícitas en el punto 6 del apartado III, intitulado: *Estructurar una terminología común para las Naciones Unidas en el ámbito de la justicia*, a saber:

El concepto de “Estado de derecho” ocupa un lugar central en el cometido de la Organización. Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal.⁸²

Por otro lado, en referencia a la directriz que orienta esta obra de recopilación conjunta, en donde se pretende identificar los cambios que sufre la normativa jurídica, surge esencial puntualizar aquí, que la normativa internacional del siglo XXI se encuentra en estado de renovación, la cual tiene relación directa e intrínseca con las nuevas expectativas de cambio, que presentan las relaciones internacionales en la estructura jurídica internacional.

Éstas asimismo devienen -si bien gradualmente-, de los acontecimientos históricos de mediados del siglo pasado, y que como resultado fuese establecida la formación

⁸⁰ *Ibidem*. Vid., capítulo X.

⁸¹ Villegas D., César. *Op. Cit.*, p. 5.

⁸² *Vid.* La página oficial de la ONU en <http://www.un.org/es/ruleoflaw/>. Tomada el 4 de julio de 2013.

de una organización internacional, la cual sería representada por un sistema de Naciones Unidas, como un eje de principio legislativo; por tanto, la necesidad de fortalecer desde sus inicios, la normativa del derecho internacional, en la que se fundamentaría un orden jurídico de jerarquía internacional.

Es decir, a pesar de que en el presente siglo el derecho internacional se ha desarrollado como nunca antes, éste ha tenido asimismo que enfrentar la desbordada multiplicación de órganos judiciales internacionales, la creación regional de tribunales sobre derechos humanos; así como la polémica referente al fenómeno comercial de carácter global, circunstancias que, en conjunto, imposibilitan homogenizar un derecho internacional fortalecido. O sea, hemos caído en lo que los estudiosos definen como la debilidad principal de esta operación estratégica: que el derecho internacional del siglo XXI está profundamente fragmentado.⁸³

Por lo que podemos argüir, según apunta Becerra, “que el sistema jurídico internacional se ve cuestionado y hace urgente el nuevo orden internacional o bien una readecuación de este último”. Haciendo referencia que: “Precisamente, en el marco de la ONU y dentro de la academia ha venido impulsándose la idea de que las relaciones internacionales deben funcionar en el marco de un Estado de derecho internacional que dé cabida a un nuevo orden internacional”.⁸⁴

En este sentido, explícitamente, el orden internacional actual se ha encaminado desde la Segunda Guerra Mundial, en un proceso evolutivo y una serie de diferentes acontecimientos de carácter sustancial, mismos que han dado lugar a que en estos momentos, la estabilidad mundial empuje la necesidad, como una presión obligada, de una definición a favor de la transformación radical de los principios que generaran aquél ordenamiento.

Ante todo, porque las relaciones internacionales están siendo sobrepasadas por una globalización económica, basada en un desarrollo sin precedentes y enmarcada por una tecnología de carácter explosivo y, ante todo, expansivo. Al respecto, Becerra señala que, por un lado: “El desarrollo de la tecnología produce un acercamiento del mundo hasta crear “la aldea global”, base de la globalización económica, que entre otras cosas se manifiesta en la exploración y explotación de los recursos naturales hasta otro momento impensables”; y, por el otro que: “En general, la globalización económica implica una renovación de las normas sobre derecho internacional de la propiedad (o si se prefiere, sobre los derechos soberanos), que hasta la fecha no terminan de configurarse en su totalidad”. Para que finalmente distinga, adversativamente, que los organismos internacionales no

⁸³ Vid. Becerra R., Manuel/ González N., Martín (coord.), *Estado de Derecho Internacional*, Edit. UNAM, México, 2012, p. XI (Introducción).

⁸⁴ *Ibidem*.

institucionalizados son los verdaderos inspiradores de las normas internacionales, complicando así su *status*, a saber:

Sin embargo, vía el derecho económico internacional, dentro del cual podemos mencionar los tratados y organismos internacionales, la Organización Mundial de Comercio (OMC) y las instituciones financieras internacionales, Banco Mundial (BM) y Fondo Monetario Internacional (FMI) y la gran cantidad de tratados de libre comercio, incluyendo los grupos no institucionalizados (Grupo de París, Grupo de Londres, Grupo de los Ocho, Grupo de los Veinte, el grupo de Estados denominado BRIC, etcétera), que son verdaderos factores de poder que rebasan los organismos internacionales institucionalizados, son los que establecen las nuevas normas internacionales en materia de propiedad.⁸⁵

Es así que bajo estas circunstancias, nacen las sugerencias de la creación de un Estado de Derecho a nivel internacional, poniendo en encrucijada al derecho interno de los Estados y a favor de una legalidad que sobrepasa los territorios regionales. Es decir: “Dentro de la práctica internacional de la Organización [ONU], la promoción y consolidación del Estado de derecho ha experimentado una evolución, que va de la internacionalización de un modelo interno a la postulación de un modelo internacional”.⁸⁶

Por otro lado, la Organización de las Naciones Unidas tiene como misión esencial promover el Estado derecho, tanto a nivel nacional como internacional. Acción que ha venido trabajando por primera vez desde 1992, pero con mayor atención a partir del 2004⁸⁷ y como tema permanente dentro de su agenda en el 2006.

Observa, asimismo, que esta visión tiene como principio alcanzar la paz, a fin de que los Estados puedan lograr la protección eficaz de los derechos humanos y un desarrollo tanto económico como humano sostenible: “En principio de que todos – desde el individuo hasta el propio Estado- deben ajustarse a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia es un concepto fundamental que impulsa gran parte de la labor de las Naciones Unidas”.⁸⁸

Por otro lado, da a conocer y alerta, que el estado de derecho está confirmado en la Carta de las Naciones Unidas, la cual comprende el desarrollo de las relaciones entre Estados. Adicionalmente, hace referencia a que la Asamblea General y el Consejo de Seguridad –principales órganos de las Naciones Unidas- adoptarán medidas para este objeto, pero siempre de conformidad con los principios de aquélla.

⁸⁵ *Ibidem*, p. X (introducción)

⁸⁶ Becerra R., Manuel/ González N., Martín (coord.). Op. Cit., p. 1 y 2.

⁸⁷ Véase al respecto el informe del 7º secretario general, Kofi Atta Annan, premio Nobel de la Paz (2001), <http://www.un.org/es/ruleoflaw/>, consultado el 29 de junio de 2013.

⁸⁸ Vid. El sitio web y el archivo de documentos, referente a la ONU y el estado del derecho: <http://www.un.org/es/ruleoflaw/>, consultado el 29 de junio de 2013.

Para tal efecto la organización cuenta con la disposición de mecanismos judiciales, como la Corte Internacional de Justicia, los tribunales penales especiales y tribunales híbridos. Cabe destacar que en este campo del estado de derecho, promueve prioritariamente el desarrollo de las normas y principios internacionales en la estructura del derecho internacional.

Así se concentra en apoyar a países que tengan una Constitución y una estructura eficiente de normas, políticas e instituciones que los rijan, a fin de que los ciudadanos se sientan seguros para resolver los conflictos de manera pacífica, respectiva compensación de daños, y principalmente, que tanto el Estado como todo aquel que infrinja la ley rinda cuentas de ello.

Para esto, el Grupo de Coordinación y Apoyo es responsable de la labor relativa a dirigir los asuntos sobre el Estado de Derecho, a cargo de la Vicesecretaría General y, respaldado, por la Dependencia sobre el Estado de Derecho. Su enfoque está dirigido a la asistencia en el ámbito del estado de derecho, a la justicia de menores y a la elaboración de constituciones.

En este sentido, es importante señalar, que el Grupo citado “ha acordado un plan estratégico conjunto para 2009-2011 y hasta la fecha ha elaborado las siguientes notas de orientación del Secretario General: el enfoque de las Naciones Unidas de la asistencia en el ámbito del estado de derecho, el enfoque de las Naciones Unidas de la justicia de menores y las Naciones Unidas y la elaboración de constituciones”.⁸⁹

Ahora bien, aún en agosto de 2008, el resumen del informe del sexagésimo tercer periodo de sesiones *El estado de derecho en los planos nacional e internacional*, del actual Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-Moon, referente al *Fortalecimiento y coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho*, señala que “Las violaciones del derecho internacional siguen siendo demasiado frecuentes, los medios de rendición de cuentas demasiado escasos y la voluntad política de velar por el cumplimiento del derecho internacional, demasiado débil”. Por lo que recomienda explícitamente:

Un objetivo fundamental es fortalecer las asociaciones con los Estados Miembros y otros interesados que trabajan en el área del estado de derecho, para promover metas comunes. Los esfuerzos que se realizan para mejorar la coherencia del sistema de las Naciones Unidas pueden tener éxito si se complementan con esfuerzos más coordinados y congruentes por parte del resto de la comunidad internacional. Es de suma importancia que las actividades se centren en las perspectivas nacionales, a fin de que la asistencia en la promoción del estado de derecho sea más estratégica y eficaz.⁹⁰

⁸⁹ Vid. El sitio web y el archivo de documentos, referente a la ONU y el estado del derecho: <http://www.un.org/es/ruleoflaw/>, consultado el 29 de junio de 2013.

⁹⁰ *Ibidem*, documento referente al Informe del Secretario General: “Fortalecimiento y coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho” (A/63/226: <http://www.un.org/es/ruleoflaw/>, consultado el 29 de junio de 2013.

3.3 Relaciones internacionales (concepto, historia y pensamiento)

3.3.1 Antecedentes

Si bien para dar inicio este apartado de manera más puntual, debiera asumirse que las *Relaciones Internacionales*, en tanto disciplina propiamente dicha, se definen como ciencia hasta tan sólo a mediados del siglo XX –sobre todo en el ámbito académico–; no obstante, no se debería pasar por alto que como rama de la *ciencia política*, ha sido considerada tema de estudio desde la Antigua Grecia.

Ya para entonces el político-militar Tucídides, padre de la escuela del realismo político -teoría que ha dominado incluso hasta mediados del siglo XX-, defiende audazmente el sustento de su hipótesis en la célebre obra *Diálogo de los medios*: que el poder y no la justicia fundamentan las relaciones entre las naciones.⁹¹

Era evidente -se observaba- la búsqueda de instrumentos que proporcionasen el ansiado “equilibrio del poder”, en tanto que: “En toda la política de Grecia –puntualiza atinadamente Hume-, la angustia con relación al equilibrio del poder se halla [aba] patente y [...] señalado expresamente, incluso desde los historiadores antiguos. Tucídides describe la liga formada contra Atenas, [misma] que produjo la guerra del Peloponeso, como una unión atribuida por completo a este principio”.⁹²

Más aún, si observamos que los estudiosos y teóricos, relativo a la búsqueda de la paz en el campo de las relaciones internacionales, ha sido uno de los objetivos primordiales ante la evidencia del fracaso real experimentado en ella hasta la fecha, producto de la decepcionante incapacidad de evitar la guerra dentro y fuera de los Estados. Es por ello, que la tendencia objetiva surgida, es, como alternativa prudente, mitigar al máximo dicho estado beligerante, pues las características humanas tendientes al abuso del poder, parece imposible abordarla con justicia.

En este sentido –parafraseando a Vásquez-,⁹³ señala que el transcurrir de la historia nos muestra que existen dos especulaciones contrincantes en sus

⁹¹ Al respecto, debemos considerar oportuno lo que distingue Gómez Fröde, confirmando que dicha ciencia “es relativamente reciente”. Ubicando sus inicios en Alemania y Francia a partir de la segunda mitad del siglo XIX, destacando la relatividad en su campo de acción, o sea, centrada solo en algunos fenómenos políticos de la vida del Estado, antes de alcanzar lo que se perfila después de la Segunda Guerra Mundial, es decir, una “ciencia del Estado y de la vida política en general”. Vid. Gómez Fröde, Carina *Introducción a la teoría política*, Edit., OXFORD, México, 2011, p. 18.

⁹² Vid. Hume, David *La Balanza del Poder*, Unidad 10 de la edición compilada por John A. Vázquez *Relaciones Internacionales. Pensamiento de los clásicos*, Edit. Limusa, México, 2008, p.327. Véase también a Tucídides *El Realismo. El debate meliano* tomada de la traducción de Thomas Hobbes: *The Peloponnesian War*, en Vásquez, J. A., *Relaciones Internacionales. El pensamiento de los clásicos*, Edit. LIMUSA, México, 2008, pp. 36-41.

⁹³ Vid. La introducción del Capítulo IV *En busca de la paz*, en Vásquez, J. A., *Relaciones Internacionales. El pensamiento de los clásicos*, Edit. LIMUSA, México, 2008, pp. 317-318.

conceptos, las cuales se definen, por un lado, como la *balanza del poder*, y, por el otro, su antagónico, la *preponderancia del poder*. La primera postula, que el quebrantamiento del equilibrio del poder, origina sin remedio las causas de los conflictos bélicos; la segunda, en cambio, argumenta el riesgo de la agresión militar fomentadas por actitudes imperiales. Por lo que: “Tucídides y otros autores clásicos señalaron que si un estado adquiría un poder exagerado, no habría nada que le impidiera someter a todos los demás”.⁹⁴ A este respecto, nos dice:

Desde esta perspectiva, la balanza del poder se ha asociado a guerras totales, como las Guerras del Peloponeso, las Guerras Púnicas, la Guerra de los Treinta Años, las Guerras Napoleónicas y la Primera y Segunda Guerras Mundiales. Todas ellas fueron guerras de rivalidad entre iguales relativos. Por otra parte, la preponderancia de poder se asocia con guerras de conquista imperiales. A corto plazo, un equilibrio del poder puede evitar este último tipo de conflagraciones, pero al hacerlo suele producir condiciones que propician guerras totales entre rivales.⁹⁵

Más adelante, durante la época del Renacimiento, esta tendencia filosófica referida se completaría con la aportaciones distintivas de dos figuras relevantes: Maquiavelo y Hobbes, sumándosele así a aquélla una concepción sustantiva y consolidada, en tanto que los Estados se perciben ya como una entidad suprema, siendo por demás una respuesta firme en contra de los postulados de la teoría del idealismo político, gestados por el máximo pensador de la Europa moderna, Immanuel Kant.⁹⁶

Pero, antes de dar inicio al tema respecto del idealismo político, amerita exponer previamente que en las décadas de los 50s y 60s, en el campo de la política y la disciplina académica de los Estados Unidos, los realistas gozaban paradójicamente de un predominio absoluto, obviamente como una política adoptada, pues se asocia a este país con ser el indiscutible motor del idealismo político, expuesto inicialmente por el citado filósofo prusiano de la ilustración. Preeminencia aquélla, que se vendría abajo dolorosamente con las fatídicas implicaciones de la Guerra de Vietnam.⁹⁷

Por lo que se empieza a diseñar, de esta manera, una política distintiva basada principalmente en la validez de los intereses del individuo común, y no en la política de sus gobernantes o en una teoría transitoria y frágil en el tiempo:

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 318-319.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 319.

⁹⁶ Si bien a Maquiavelo se le considera el precursor de la ciencia política moderna, en razón consecuente con los pensadores como Sócrates, Platón y Aristóteles, entre otros, sigue existiendo el recelo en considerar esta disciplina desde la época de los sofistas. Advirtiéndose que si bien se presenta como un objeto independiente y autónomo, puede entonces definirse como una disciplina moderna. Op. Cit., p. 18. Gómez Fröde, Carina *Introducción a la teoría política*, Edit., OXFORD, México, 2011.

⁹⁷ Vid. La introducción del Capítulo IV *En busca de la paz*, en Vásquez, J. A., *Relaciones Internacionales. El pensamiento de los clásicos*, Edit. LIMUSA, México, 2008, p. 320.

[...] los norteamericanos que no pertenecían al círculo intelectual o político se percataron con suma crudeza de que el manifiesto realista –la moral no tiene cabida en la política internacional, sólo el poder y el interés revisten importancia- resulta por demás frívolo y cómodo. En vez de consultar la obra de Tucídides y de Maquiavelo, los estudiosos en cuestión sometieron a un nuevo análisis la tradición de la guerra justa, y tornaron su mira a una tradición radical que resaltaba los intereses del individuo ordinario en detrimento de aquéllos del príncipe o de la élite encargada de tomar las decisiones.⁹⁸

Continuando la temática señalada más arriba, después de esta breve digresión adelantada, el idealismo político fuera sólidamente en sus tiempos impulsada como se ha manifestado por Immanuel Kant, en su obra denominada *Sobre la paz perpetua*; pensamiento político que sería muy acogido durante los años 30s, gracias principalmente al dinamismo ulterior que tomara en base a los fundamentos y las importantes ideas teóricas desarrolladas por el presidente de los EE.UU., Woodrow Wilson, finales de la Primera Guerra Mundial, en donde proponía un orden internacional en base a los fundamentos de un idealismo liberal (idealismo político y liberalismo).

Es así que esta corriente, dentro de la teoría y en la esfera de la diplomacia de las relaciones internacionales, es conocida como un idealismo que se le distingue propiamente también con su nombre, merito al desarrollo y consolidación teórica que a la misma impulsara: esencialmente, en evitar los conflictos bélicos globales en razón de observar ante todo las causas primarias que los originan y de esta manera discernir sobre las mismas y prescribir la forma de evitarlos.

Específicamente, cabe aclarar en el marco de las relaciones internacionales contemporáneas, que este pensamiento especulativo fuese inclinado a favor y en la base de una diplomacia multilateral, ordenada por el derecho internacional y los organismos internacionales, imponiendo al parecer la política internacional actual, en base a un idealismo político renovado y sustentado en los intereses del individuo ordinario, bajo el soporte de los Derechos Humanos fundamentales.

De esta manera, lo expuesto anteriormente, ha posibilitado ir definiendo aquéllas teorías en las que se sustenta la política internacional y, subsecuentemente, a las que se han visto inclinadas las organizaciones internacionales; e ir, consecuentemente, construyendo y delineando con propósito, la cuestión de cómo se sustentan actualmente las relaciones internacionales.

Por otro lado, y de acuerdo a las dimensiones de su amplio campo, éstas se justifican durante el siglo XX, como una ciencia de características interdisciplinarias, que en principio aborda la política exterior de los Estados. Alcanzando, posteriormente, en los años setentas de este siglo un campo más especializado, tales como la Economía Política Internacional, el Derecho Internacional y la Geopolítica, por mencionar aquí entre otros, los relativos más cercanos e intereses relacionados con el tema.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 21.

En la actualidad, obviamente, se ocupa de nuevas disciplinas surgidas recientemente y que se encuentran como sujetos distintivos de estudio, tales como la globalización, el Estado, la ecología y el desarrollo sostenible, el terrorismo y el crimen organizado, el desarme y el control de armamento, el nacionalismo, el desarrollo económico, las finanzas internacionales y, por último, los derechos humanos.

Disciplinas enunciadas pertinentes, en la medida que más se acomodan al plan estructural a desarrollar de alguna forma, en el presente trabajo o posteriores, como una parte esencial del perfil de nuestro cuerpo académico.

Por otro lado, ciertamente, en el campo de la disciplina académica, las *Relaciones Internacionales*, se encargan específicamente de temas extranjeros y del Sistema Internacional, asuntos de política, economía, jurídica y diplomacia, es decir: el papel de los Estados, de las organizaciones internacionales, de las organizaciones no gubernamentales (ONG), así como de las empresas multinacionales o transnacionales para mayor exactitud, como fuente de profundas implicaciones económicas, sociales y políticas del siglo XXI.

3.3.2 Relaciones internacionales contemporáneas

En esta sección, se harán una serie de reflexiones relacionadas con los análisis de diferentes autores magistrales, para sacar a flote los diferentes pensamientos relativos a las relaciones internacionales preferentemente occidentales del siglo XX y los pensamientos previos que definen las Relaciones Internacionales del siglo XXI.⁹⁹

Como punto de partida, aparece oportuno el artículo intitulado *Se debe salvaguardar al mundo en pro de la democracia* de Woodrow Wilson,¹⁰⁰ pues como se ha señalado en el capítulo primero de esta exposición, él representa el abanderamiento del idealismo político y una inclinación a las bases que sustentaría la política mundial durante mediados del siglo pasado, por su promoción a la Sociedad de Naciones y su notable empuje en busca de la paz en el Tratado de Versalles, hecho que le privilegiara el ser galardonado con el Premio Nobel de la Paz. Sorprendentemente, algunos estudiosos respecto a este convenio internacional, consideran que fue el pretexto idóneo para que el pueblo alemán iniciara la Segunda Guerra Mundial.

⁹⁹ La base de estas reflexiones estarán sustentadas en la obra de Vásquez, J. A., *Relaciones Internacionales. El pensamiento de los clásicos*, Edit. LIMUSA, México, 2008.

¹⁰⁰ Woodrow, Wilson *Se debe salvaguardar al mundo en pro de la democracia*, tomado del discurso al Congreso para solicitar la declaración de guerra, 2 de abril de 1917, en Vásquez, J. A., *Relaciones Internacionales. El pensamiento de los clásicos*, Edit. LIMUSA, México, 2008, p. 31-35.

Referente a esta distintiva autocracia, cabe presentar lo que Arendt distingue puntualmente:

Los dos totalitarismos que más profundamente han marcado el siglo XX han sido el nazismo y el comunismo. Tras la Gran Guerra o Primera Guerra Mundial (1914/18), las democracias liberales mostraban una fuerte pérdida de credibilidad. Movimientos extremistas de extrema derecha y de extrema izquierda menospreciaban y debilitaban las democracias liberales, parlamentarias y pluralistas.¹⁰¹

Seguidamente, no está por demás recordar que el hundimiento del barco británico RMS Lusitania, a mano de los alemanes, inclinara que el gobierno estadounidense sustentara la declaración de guerra del 2 de abril de 1917. Un año más tarde –se distingue-, ésta fuera la base de los 14 puntos referentes a la obtención de la paz entre las Naciones, mismos que sirvieron para establecer el Tratado de Versalles en 1919.¹⁰² Finalizando así la Gran Guerra (Primera Guerra Mundial).

Continuando con el discurso presidencial del Señor Wilson, a fin de hacer notar su fundamento liberal y democrático y su idealismo político. Es decir: manifiesta que no le es “permitido asumir ni por derecho, ni constitucionalmente, [ni] de manera individual”, tomar una decisión de una dimensión demasiado seria, en la que implica la declaración de guerra al pueblo germano, el cual tiene las intenciones de “eliminar todo freno impuesto por la ley o por un sentido humanitario, y emplear sus submarinos para hundir a todo aquel buque que pretendiera adentrarse en los puertos de la Gran Bretaña y de Irlanda, o acercarse a las costas occidentales de Europa o a cualquiera de los puertos controlados por los enemigos de Alemania en aguas del Mediterráneo”.¹⁰³

Por otro lado, expresa abiertamente la convicción de que: “la autocracia Prusa no fue ni podría ser jamás amistosa hacia nosotros” y que su verdadera intención es amenazar así “nuestra unidad nacional de opinión, nuestra paz interna y externa, nuestra industria y nuestro comercio”.¹⁰⁴ Para terminar su discurso, sustentado en el principio de salvaguardar la democracia:

Para nosotros es motivo de alegría el que ahora podamos ver la realidad sin el velo de su engaño, el poder luchar así por la paz del mundo y por la liberación de sus pueblos, incluidos entre estos los pueblos germanos: por los derechos de la naciones grandes y pequeñas, y por el privilegio de todos los ciudadanos del mundo de poder elegir su modo de vida y su forma de gobierno. Se debe salvaguardar al mundo en pro de la democracia.

¹⁰¹ Vid, Hannah, Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, capítulo X, Madrid, Taurus, 1999. <<http://www.xtec.cat/~lvallmaj/preso/totalit2.htm>> Tomada 5 de Julio de 2013 en su versión virtual.

¹⁰² El Tratado de Versalles, imponía en sus resoluciones de paz que Alemania debería recompensar altas indemnizaciones económicas, un desarme absoluto y reconocer ser el responsable y causante de la guerra, a lo que Adolf Hitler a partir de 1922 violara y se rebelara drásticamente.

¹⁰³ Woodrow, Wilson, en Vásquez, J. A. Op. Cit. p. 31-35.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 31-35.

La paz debe arraigarse en los cimientos inquebrantables de la libertad política [...] La nación, bajo el amparo de Dios, no puede proceder de otra manera.¹⁰⁵

En este punto, conviene referir las palabras de Vásquez respecto de la teoría citada: “Wilson afirmaba que, mediante la expansión de la democracia (con la creación de la República de Weimar en Alemania y de nuevos Estados en Europa Oriental) y la organización de una Liga de Naciones, encargada de impedir la agresión y de dar solución pacífica a las querellas, se gestaría una revolución en la conducción de la política mundial”.¹⁰⁶

Circunstancia de suma importancia para la conducción de este trabajo y para entender que actualmente esta teoría expuesta, en menor o mayor grado, domina en la política de las Naciones Unidas, a pesar de que el realismo político del poder sigue influenciando e impidiendo su evolución.

Por otro lado, el autor citado manifiesta: “Fue precisamente en este contexto donde nació la disciplina académica de las relaciones internacionales, disolviendo nexos con la historia diplomática, la teología y la filosofía, que anteriormente fueran sus puntos de apoyo”.

Complementando lo anterior, Clark y Sohn, establecen en su libro *De World Peace Through World Law* y de acuerdo a la premisa del Presidente Dwight D. Eisenhower: “Sin leyes no puede haber paz”. Esto: “representa también la idea de que la paz no puede asegurarse a través de una permanente carrera armamentista, ni de una indefinida “balanza de terror”; ni aun mediante maniobras políticas, sino solamente a través del desarme nacional total y universal y del establecimiento de instituciones que correspondan, en el ámbito mundial, a aquéllas que mantienen la ley y el orden dentro de los comunicados legales y las naciones”.¹⁰⁷

Evidentemente, tenemos que atender también que las relaciones internacionales tienen como condición: las fuerzas sociales, Estados y órdenes mundiales, que en cierto momento sobrepasan la teoría que las sustenta, incluyendo quizás a la del propio Wilson. Al respecto, Cox señala: “Invariablemente, la teoría actúa a favor de alguien y a favor de un propósito específico. Toda teoría posee una perspectiva.” Es decir:

Las perspectivas provienen de una posición en el tiempo y en el espacio, particularmente en el tiempo y espacio social y político. Bajo este concepto, se percibe al mundo desde un punto de vista que se puede definir en términos de nación o de clase social, de dominio o de subordinación, de poder naciente o decadente, de un cierto sentido de inmovilidad o de crisis flagrante, de experiencias pasadas, así como de esperanzas y expectativas hacia el futuro. Por supuesto, nunca la teoría, se presta en mayor grado a una reflexión cabal sobre

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 35.

¹⁰⁶ Véase la introducción, Capítulo I *Moral y Política* en Vásquez, J. A. (comp.), *Relaciones Internacionales. El pensamiento de los clásicos*, Edit. LIMUSA, México, 2008, p. 20.

¹⁰⁷ Véase el Capítulo 44, *Paz mundial mediante una ley mundial*, traducción del título original del libro en inglés y reimpresso con autorización de los editores, en Vásquez, J. A. (comp.), *Relaciones Internacionales. El pensamiento de los clásicos*, Edit. LIMUSA, México, 2008, p. 378.

su perspectiva, y la trasciende; sin embargo, la perspectiva inicial queda eternamente incluida dentro de la teoría, y es pertinente para la explicación de esta última. En consecuencia, no existe teoría alguna ajena a un punto de vista ubicado en tiempo y espacio. Cuando cualquier teoría se expone bajo tales condiciones, se impone examinarla en calidad de ideología, y poner al descubierto su perspectiva oculta.¹⁰⁸

En este sentido, vemos el por qué la teoría de las relaciones internacionales, que fuera fortalecida en la práctica con la creación de organismos internacionales, fin de reorganizar los principios que aseguraran la paz en el futuro, fueran fundamentados por el espacio y tiempo de las terribles experiencias de los conflictos mundiales acaecidos. Al parecer, sin embargo y en medida proporción, esta teoría carece de efectividad por los tiempos en que atraviesa el sistema internacional, y, ante todo por los retos que presenta: por una parte, la seguridad nacional e internacional, fincadas ante el terrorismo y el narcotráfico del mundo actual; y, por el otro lado, ante la aceleración desmedida de la globalización y la tecnología.

Es por ello que las Naciones Unidas han puesto como punto estratégico, el atender el Estado de derecho de la naciones en el mundo, a fin de que el Derecho Internacional predomine en las relaciones internacionales:¹⁰⁹ “Así, a medida que la realidad se transforma, los viejos conceptos deben experimentar ajustes o rechazos, en tanto que se forjan otros nuevos gracias a un diálogo inicial que se gesta entre el teórico y ese mundo específico al que intenta comprender.”¹¹⁰

Ahora bien, dentro de las expectativas del siglo XXI, corresponde hacer una relación general de cuáles han sido los propósitos que ha recogido la ONU en el proyecto coyuntural del nuevo siglo denominado “Declaración del Milenio”, que fuera aprobado por la Asamblea General y lanzado el 13 de septiembre de 2000. Es decir: en qué medida estos planteamientos han tenido una dirección correcta en

¹⁰⁸ Cox. W., Robert *Fuerzas sociales, estados y órdenes mundiales: más allá de la teoría de las relaciones internacionales* en la obra de Vázquez, J. A., *Relaciones Internacionales. El pensamiento de los clásicos*, Edit. LIMUSA, México, 2008, p. 150.

¹⁰⁹ Al respecto surge pertinente enumerar algunos documentos claves sobre las Naciones Unidas y el estado de derecho, a saber: la Declaración del Milenio (A/RES/55/2), “Informe Brahimi”: Examen amplio de toda la cuestión de las operaciones de mantenimiento de la paz en todos sus aspectos (A/55/305), Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 (A/RES/60/1), Informe del Secretario General «Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos» (A/59/2005), Informe del Secretario General “El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (S/2004/616), Informe del Secretario General: «Aunar nuestras fuerzas para fortalecer el apoyo de las Naciones Unidas al estado de derecho» (A/61/636), Informe del Secretario General: “Fortalecimiento y coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho” (A/63/226). Consultado en la página web de las Naciones Unidas, en el apartado sobre la “ONU y el Estado de derecho”, el 4 de julio de 2013.

¹¹⁰ Cox. W., Robert. Op. Cit., p. 150.

relación con la realidad, después de más de una década transcurrida a partir de su lanzamiento.

Destaca el número 6 del capítulo I, correspondiente a los valores y principios, en la base de que vincula los beneficios que son esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI. Asunto que compete a esta exposición.

Se reconocen por tanto los siguientes valores comunes, los cuales deben ser compartidos por las naciones del mundo y ejercerse multilateralmente, a saber: la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto a la naturaleza y la responsabilidad común. Definida esta última como “La responsabilidad de la gestión del desarrollo económico y social en el mundo, [...] y las amenazas que pesan sobre la paz y la seguridad internacionales. [Además] Por ser la organización más universal y más representativa de todo el mundo, las Naciones Unidas deben desempeñar un papel central a ese respecto”.¹¹¹

Ante esta valoración, las acciones para su real consolidación deberán ser plasmadas de acuerdo a los siguientes objetivos: la paz, la seguridad y el desarme. Es decir, liberar a los pueblos del espectro de la guerra, la cual lleva desde el último decenio del pasado siglo más de cinco millones de vidas.

En consecuencia, se establece a *grosso modo* alcanzar el respeto al *imperio de la ley* y aumentar sus capacidades nacionales e internacionales a través de las Naciones Unidas, a fin de aumentar la prevención de conflictos y sus resoluciones pacíficas.

Entre otras medidas, fortalecer las relaciones con las organizaciones regionales en base a las estipulaciones que marca la Carta en su capítulo VIII, aplicar los tratados del control de armamentos y el desarme, así como los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, solicitar a los Estados la posibilidad de atender lo pertinente referente al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adherirse a todas las convenciones internacionales y unificar medidas contra el terrorismo internacional y el problema mundial de la droga, así como contra la delincuencia transnacional y el blanqueo de dinero, entre otras prioridades.¹¹²

En esta lista de acciones, cabe distinguir aquella tocante a la solicitud que hace la ONU a los Estados respecto de la adscripción y ratificación al *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

Sus orígenes tienen lugar en los tribunales internacionales, surgidos ante la necesidad de enjuiciamiento de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Entre ellos se distingue el Tribunal de Núremberg, por sus grandes

¹¹¹ Vid. En referencia a la Declaración del Milenio (A/RES/55/2), la resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre del 2000. Consultado en la página web de las Naciones Unidas, en el apartado sobre la “ONU y el Estado de derecho”, el 4 de julio de 2013.

¹¹² ONU y el Estado de derecho, *Declaración del Milenio* (A/RES/55/2). Op. Cit., página web oficial, Tomada el 4 de julio de 2013.

avances otorgados a la justicia internacional, pese a la polémica legal que éste representó en sus postulados.

Lo anterior sin embargo, dio la posibilidad de una llave firme para la solución de este tipo de problemas y otros más relativos, como el crimen contra la humanidad adjudicada a los individuos y no a los Estados. Situación que ya había sido propuesta tiempo atrás en la Convención de la Haya de 1907 sin éxito.

Dando así lugar, aquél suceso, a un nuevo empuje de precisión penal al derecho internacional y ampliando su margen de acción tradicional de las relaciones entre Estados, a los derechos y deberes específicos de las personas en el campo internacional. Y, de esta manera, remediaba las lagunas supuestamente ilegales que presentaran dichos tribunales tales como los de Núremberg; principalmente al enjuiciar personas jurídicas, en tanto hasta el momento, sin precedente alguno en la justicia dentro del ámbito internacional, sólo atañía a las controversias jurídicas entre Estados, como hasta ahora lo viene haciendo con autoridad jurídica reconocida la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas.

Y así se asume establecer una Corte Penal de Justicia en materia criminal, similar a la Corte Internacional de Justicia. Esta última, cabe significar, es el principal órgano judicial de la Naciones Unidas, operando desde abril de 1946 y siendo el único de los seis principales órganos de ésta organización (Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social, Consejo de Administración Fiduciaria, Corte Internacional de Justicia y Secretaría), que está localizada fuera de Nueva York, E.E.U.U., en la Haya, Holanda.

En cambio la nueva Corte Penal Internacional o Tribunal Penal Internacional, situada igual en aquél país, en calidad permanente y relacionada con la ONU, no depende de ella, y, fundada por el Estatuto de Roma el 17 de julio de 1998, entra en vigor el 1 de julio de 2002, tiene la misión de juzgar a los individuos acusados de cometer crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, dejando a la Corte Internacional de Justicia, los conflictos entre Estados.¹¹³

Por tanto su fundación tardía, ante la falta de atender la legalidad de los conflictos acaecidos en el pasado, a pesar de que fuera propuesta por el Consejo de Seguridad, posterior a la fundación de las Organización de las Naciones Unidas, tubo apenas una forzada fortuna a raíz del genocidio acontecido en la ex Yugoslavia (1991/1995) y en Ruanda (1994), en base a los lineamientos y a la dimensión que otorgara el evidente desarrollo, tanto del Derecho Internacional como de los Derechos Humanos Internacionales, a finales del siglo XX.

¹¹³ Vid. <http://www.derechoshumanos.net/tribunales/cortepenalinternacional.htm>, página web oficial de la Corte Penal Internacional, consultada el 5 de julio de 2013. Así como, la página oficial de la Corte Internacional de Justicia: <http://www.un.org/es/iccj/>, o, en su versión en el idioma español <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm>, consultada, asimismo, el 5 de julio de 2013.

3.4 Conclusiones

Resulta incuestionable que la normativa internacional está viéndose configurada por un estado de cambio político y económico forzado. Pues evidentemente, el orden internacional establecido después de la Segunda Guerra Mundial, ha sido debilitado por fisuras importantes en su estructura ante las fuertes presiones de una globalización y de un aceleramiento tecnológico desbordado.

Es por lo que de las organizaciones internacionales, se inclinan invariablemente por una reestructuración o la formulación de nuevos postulados para la creación de un nuevo orden internacional, y cumplir así con uno de cometidos prioritarios: asegurar el establecimiento de la paz en el mundo.

Por consiguiente, a pesar de que la historia de las relaciones internacionales contemporáneas observan una fuerte evolución en su estructura jurídica internacional, a partir de los grandes acontecimientos del pasado siglo XX, tales como los enfrentamientos bélicos de escala mundial y el desenlace de un poder hegemónico bipolar, el sistema internacional ha creado hasta el momento una excesiva fragmentación de las organizaciones internacionales, donde sobresale un desenfreno en la creación de organismos regionales y continentales, sobre todo en la estructura jurídica de los derechos humanos internacionales.

Circunstancia que a la postre le pudiera impedir consolidar lo que estas organizaciones tienen como propósito fundamental: crear un derecho internacional homogéneo de primer orden y, de esta manera, resolver más eficazmente los conflictos y sucesos que está suscitando urgentemente el tercer milenio. Es decir, su objetivo es establecer una normativa jurídica internacional que impere universalmente para la solución más a modo de las pugnas mundiales.

En suma, la visión propuesta por los organismos internacionales, en base a un aparente conceso universal de naciones, se traduce en establecer un verdadero *Imperio de la Ley* de rango internacional. Para que tanto los Estados como los individuos sean juzgados convenientemente por sus acciones, donde éste gobierne plenamente en el ámbito de una jurisdicción internacional superior, que enjuicie formalmente y eficientemente con toda autoridad.

En este sentido, se han dado ya los primeros pasos al crear finalmente la *Corte Penal Internacional* o *Tribunal Penal Internacional*, a fin de juzgar los derechos y deberes de las personas a nivel internacional, por delitos cometidos a la humanidad. Esta innovación que tiene como propósito establecer un imperio de la ley universal a través del Derecho Internacional, representa en perspectiva una transformación jurídica internacional relevante, en tanto que es uno de los propósitos a esclarecer en este artículo, acorde con la visión de determinar las *Transformaciones Jurídicas* que acontecen en el mundo actual, objeto de esta compilación.

Por otro lado, también se distingue como punto frágil, que el orden internacional contemporáneo, se está viendo influenciado por la posibilidad de intereses particulares, económicos y políticos, de nuevos grupos de poder aparecidos últimamente en la escena internacional, tales como son: el grupo de países industrializados representados por los llamados Grupo de París, Grupo de Londres, Grupo de los Tres (G3), Grupo de los Ocho (G8), Grupo de los Veinte (G20), Grupo de Estados denominado BRIC, etc., los cuales pese a sus características de organizaciones no institucionales han asumido dirigir la política y la economía de las relaciones entre los Estados, incluyendo indirectamente a las organizaciones institucionalizadas, tales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Organización Mundial de Comercio (OMC), Banco Mundial (BM) y Fondo Monetario Internacional (FMI), entre otras. Siendo hoy en realidad, aquellos grupos, los que establecen las nuevas normas políticas y económicas de las relaciones internacionales.

Ante estas perspectivas, las intenciones de promover un Estado de derecho en el ámbito internacional y dentro de la estructura de las relaciones internacionales, deberá necesariamente sortear los obstáculos que presenta el establecer un sistema jurídico, que en esencia es por naturaleza descentralizado, pues las contingencias de agrupamientos continentales no favorecen un gobierno mundial; a lo más, un gobierno comunitario, como bien se vislumbra en el perímetro de comunidad europea, definida últimamente como la Unión Europea. Pero definitivamente, como una contingencia lejana, paulatinamente se observa hoy que las relaciones internacionales han entrado en relativa contrariedad, ante el poder surgido de las nuevas hegemonías continentales y que han constituido cierta amenaza a la supremacía de los EE.UU, y por tanto el riesgo de un evidente desequilibrio internacional.

Fuentes de consulta

- AGUILERA P., Rafael E., *Teoría Política del Estado Constitucional*, Edit. PORRÚA, México, 2011.
- BECERRA R., Manuel/ González N., Martín (coord.), *Estado de Derecho Internacional* Edit. UNAM, México, 2012.
- DE REINA, VALERA/DE VALERA, Cipriano (Antigua Versión) *La Santa Biblia*, Edit. UNILIT, Sociedades Bíblicas Unidas, 1988.
- GÓMEZ F. Corina *Introducción a la Teoría Política*. México: Edit. OXFORD, 2011
- KAPLAN, Marcos *Estado y Globalización*, Edit. UNAM, Primera reimpresión 2008.
- LARA P., Rodolfo *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*, Edit. PORRÚA, México, 2007.
- MARTÍNEZ CHACÓN (dir)/GARCÍA ALONSO, José María (coord.), *Economía mundial*, Edit. Ariel, Barcelona, 2002.
- ORTÍZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, Edit. OXFORD, México, 2004.
- RAMÍREZ GARCÍA, Hugo/PALLARES YABUR, Pedro *Derechos Humanos*, Edit. OXFORD, México, 2011.
- VÁSQUEZ, J. A., *Relaciones Internacionales. El pensamiento de los clásicos*, Edit. LIMUSA, México, 2008.
- CARBAUGH, ROBERT J., *Economía Internacional*, Edit., CENGAGE, Learning, México, 2009.

Material de consulta en Internet

- Página oficial de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en el apartado de publicaciones http://www.cepal.org/Publicaciones/search_google.asp?q=furtado+centro-periferia>. Consultada el 3 de julio de 2013.
- <http://www.derechoshumanos.net/tribunales/cortepenalinternacional.htm>, página web oficial de la Corte Penal Internacional, consultada el 5 de julio de 2013.
- Página oficial de la Corte Internacional de Justicia: <http://www.un.org/es/icj/>, o, en su versión en el idioma español <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/cpi.htm>, consultada, asimismo, el 5 de julio de 2013.
- <http://www.un.org/es/ruleoflaw/>, página oficial de la ONU, en su apartado la ONU y Estado de derecho.
- Robert O. Keohane, *Hegemony and After: What Can Be Said About the Future of American Global Leadership?* Foreign Affairs, Volume 91, Number 4, July/August 2012. Consultada en la página

<<http://www.princeton.edu/~rkeohane/publications.html>>, el 2 de julio de 2013.

CAPÍTULO IV

Notas para una teoría sobre el control de convencionalidad

Judith Aguirre Moreno
Rafael Beltrán Ramos
Jorge Martínez Martínez
Marta S. Moreno Luce
Eduardo Trejo Rodríguez*

Introducción

El reconocimiento del término derechos humanos en la Constitución general y su protección constitucional y convencional, así como la obligación expresa de observar los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano, hacen impostergable la necesidad de profundizar en el estudio de estos temas que sin duda exigen cambios en la cultura jurídica y representan un gran reto para el sistema jurisdiccional mexicano.

El alcance y los efectos que la reforma constitucional del 2011 genere se encuentran ahora en manos de quienes imparten justicia. Una de las cuestiones más relevantes es la incorporación explícita del principio pro persona, este hecho es de una relevancia extraordinaria pues da la pauta para ejercer el control de convencionalidad y conlleva el mandato de su aplicación, no sólo para quienes imparten justicia, sino para quienes participan del proceso legislativo y de política pública. Este capítulo tiene como prioridad contribuir a la creación de una Teoría o Doctrina sobre el control difuso de convencionalidad para que sus aplicadores cuenten con una base teórica que le sirva de marco para el desarrollo y comprensión de sus nuevas responsabilidades.

4.1 El Estado constitucional

* Miembros del Cuerpo Académico Ratio Legis adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

Los orígenes del constitucionalismo se remontan a muchos siglos atrás. Entre los griegos y romanos ya existía la idea política de la organización del orden público a través de ciertas costumbres bien arraigadas en la colectividad para distribuir entre diversos sectores sociales el poder político. En el siglo V a.C. ya existían en Atenas, Esparta y Siracusa constituciones que dividían el poder político de manera tripartita, exactamente tal como lo hacemos ahora al dividir el poder en ejecutivo, legislativo y judicial, nada más que entonces recibían el nombre de Arcontes, Consejo de los cuatrocientos o heliastas y el Tribunal del Areópago. En Roma también existió esta división tripartita del poder, pero allí el poder supremo se dividía y estaba en manos de los Cónsules, el Senado y el Tribuno de la plebe. La recepción del pensamiento aristotélico por parte de la Escuela de Toledo, nos permitió conocer la vida política de las culturas clásicas; es a través de la "Política" y la "Constitución de Atenas", ambas obras escritas por Aristóteles, en donde hace una clasificación de las formas puras de gobierno como la monarquía, el gobierno de uno, la aristocracia, el gobierno de pocos, y la democracia, el gobierno de muchos; y las formas impuras o degeneradas como la dictadura (uno), la oligarquía (pocos) y la oclocracia (muchos). A este respecto debe consignarse que el mismo Aristóteles recabó ciento cincuenta constituciones de diversas ciudades-estados de su época, para compararlas y destacar sus características republicanas a través del método comparativo. Según el historiador Polibio el esplendor de la república griega y romana se debió al régimen constitucional que desembocó en el ejercicio pleno de una "Constitución mixta". Es evidente que el paradigma del constitucionalismo mezcló el "gobierno de uno", poder ejecutivo, el "gobierno de pocos", poder judicial y el "gobierno de muchos", poder legislativo. El modelo de democracia antiguo fue el de la constitución mixta. Fioravanti escribe a propósito de esto:

Con Polibio comienza a ser posible un discurso sobre la constitución mixta que se traduce esencialmente en una teoría de las magistraturas y del equilibrio entre los poderes. Tenemos otro pasaje de Polibio donde afirma que: si la constitución puede durar mucho es sobre todo a la constante aplicación del principio de contraposición, gracias al hecho de que cada poder esté bien equilibrado y contrapesado. El pensamiento se va naturalmente a la constitución romana y al repetido equilibrio entre los cónsules, la componente regia, el Senado, el componente aristocrático y, en fin, el pueblo con sus asambleas como expresión de la componente democrática¹¹⁴.

Se advierte inmediatamente cuál ha sido la aportación que hicieron los antiguos a la evolución del constitucionalismo: la división de poderes. Posteriormente será Montesquieu quien retomará la idea para escribir su obra "El Espíritu de las leyes. Aunque debe consignarse que subsiste el debate sobre si realmente influyeron los antiguos en la concepción actual de la división de poderes; autores como el citado Fioravanti, disienten de la idea de que esto haya sucedido así realmente.

¹¹⁴ FIORAVANTI, Mauricio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001 p.26.

En materia de constitucionalismo se han estudiado las instituciones precedentes a las actuales y que se remontan a la antigüedad, la Edad media y la modernidad, de tal modo que se habla del constitucionalismo antiguo y moderno, y se soslaya el medioeval, sin embargo, en esa época se registro un evento de primerísima importancia para el desarrollo del actual constitucionalismo moderno, que no se puede dejar pasar inadvertido: la aceptación por primera vez por parte de un rey a sujetarse a un texto constitucional para gobernar su reino a través de las normas que le imponen sus súbditos: la Constitución del rey inglés Juan sin Tierra en el año de 1215. Es un hecho histórico sorprendente, a todas luces, que en plena Edad Media los “hombres importantes del reino” hayan obligado a un monarca absoluto a comprometerse a respetar las normas que de manera incipiente fundaron lo que posteriormente llamarían, los modernos, las garantías constitucionales en materia penal. El mismo autor citado arriba escribe al respecto:

Con un valor no sólo doctrinal, sobresale la conocidísima Magna Charta, que los magnates del reino, los señores feudales, el clero, pidieron y obtuvieron en 1215, del rey Juan. La Carta tenía el significado de un contrato, suscrito por el rey y por todos los magnates, laicos y eclesiásticos, teniendo por objeto propio el conjunto de los derechos que por tradición competían a los vasallos del soberano, a todos los hombres libres, a los mercaderes, a la comunidad de la ciudad de Londres¹¹⁵

La cuna del constitucionalismo moderno es Inglaterra. En el orden de los hechos históricos y las ideas políticas que suscitaron la formidable construcción de un acuerdo político que diera origen a la fundación de un estado civil y político, su importancia es indiscutible. La aportaciones que hicieron Lord Bracton, Edward Coke, Harrington, Bolingbroke, Hobbes y Locke serían fundamentales para comprender el posterior desarrollo del constitucionalismo americano y francés, que a la postre van a ser definitivos para el avance del constitucionalismo en el mundo occidental, entendido éste como un avance progresivo e incesante hacia una mayor libertad del hombre.

Las relaciones entre las trece colonias inglesas de Norteamérica con su metrópoli inglesa propiciaron la creación de diversas instituciones que posteriormente a su independencia nacional, e incluso durante su etapa colonial, dieron pauta al desarrollo de un constitucionalismo vigoroso. No es casualidad que ahí se hayan gestado instituciones como la *Judicial Review* y el *impeachment* o juicio político y todas sus implicaciones, que posteriormente tendrían una gran repercusión en todos los sistemas democráticos del mundo. Evidentemente las ideas del contrato social permearon la vida política de las colonias británicas, de tal modo que se ha llegado a sostener que la formación e institucionalización política de los Estados Unidos se debe fundamentalmente a la teoría contractualista de John Locke; por eso se ha dicho que” es el expositor más ordenado del liberalismo, que lo fundamenta al darle origen como movimiento político. Su influencia sobre las

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 47.

revoluciones del siglo XVIII es extraordinaria. La lectura de “El federalista, de Hamilton, Madison y Jay, muestran cómo fue seguido por los norteamericanos”¹¹⁶ Este modelo lockeano de la mayor influencia liberal en el mundo, que fue determinante para la elaboración de la primera constitución norteamericana de 1787, influyó en una gran proporción los documentos fundamentales del constitucionalismo mexicano, desde 1824 hasta la constitución federal de 1917, pasando por la formidable constitución de 1857; sin desdeñar la otra influencia importante que representó la constitución de Cádiz de 1812.

De ésta larguísima tradición constitucional que abarca más de veinte siglos y ha representado la corriente teórica de mayor capacidad de transformación en el mundo, el constitucionalismo mexicano ha tomado para sí las mejores instituciones para arraigarlas en su vida política como son el federalismo, la división de poderes, las garantías ciudadanas, el juicio político, los derechos humanos y la justicia constitucional, dando paso, ahora, a una visión inédita del constitucionalismo: el neoconstitucionalismo, que irrumpe en el mundo político social con instituciones hasta hace muy poco desconocidas en el medio social mexicano. El neoconstitucionalismo impone una visión nueva y diferente de la constitución, de las leyes, del poder político y de la esencia fundamental del estado. En el siguiente inciso explicaremos lo fundamental del mencionado cambio.

4.1.1 Las notas distintivas del Estado constitucional y democrático de derecho

El sistema político mexicano ha instrumentado de manera permanente una serie de reformas políticas para efectos de profundizar en la conformación de un régimen democrático basado en una relación de mayor libertad de los ciudadanos: el cambio de un régimen prácticamente de partido único hacia otro de lucha y competencia partidaria, elecciones periódicas y transparentes, respeto al voto popular bajo el principio de “una cabeza un voto”, alternancia política, es decir traslado del poder de un partido político a otro de filiación ideológica distinta, etc.; pero algo que resulta fundamental para definir a un régimen político como democrático es su sistema de justicia constitucional, es decir, los mecanismos y procedimientos que permiten la solución de conflictos en materia política, administrativa, o incluso social. En ese tenor se inscriben las reformas de 1994 en donde se elevó a rango constitucional la Controversia Constitucional, la Acción abstracta de Inconstitucionalidad y el Amparo contra leyes inconstitucionales. Posteriormente, en Junio de 2011 se reformó el capítulo primero de la Constitución Federal, para efectos de resguardar los derechos humanos de los ciudadanos

¹¹⁶ NATALE, Alberto A., *Derecho Político*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 467.

mexicanos en todos los ámbitos de la administración pública, de tal modo, que se cambió el título al capítulo primero de la Constitución, pasando de ser “De las garantías individuales” a “De los derechos humanos y garantías”. Por supuesto que esto llevó aparejada la creación de un Tribunal Constitucional encargado de interpretar la máxima ley que es la Constitución para efectos de impartir justicia en conflictos de orden constitucional en todos los ámbitos del derecho. A estas reformas le siguieron otras que de manera inevitable tenían que hacerse, como las reformas que crearon el Tribunal Federal Electoral, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Instituto Federal de Acceso a la Información, las Defensorías de los derechos de la mujer, etc. Esta transformación continua en la naturaleza del Estado mexicano nos permite advertir que estamos ante la presencia de una transición política o un cambio de régimen, tal como lo entiende Leonardo Morlino: “La transición de régimen presenta caracteres de continuidad cuando el paso ocurre de resultas de una adaptación incesante frente a un cambio de condiciones externas de orden social, económico o cultural y hasta superar un *umbral de transformación*, más allá del cual el régimen es ya distinto del anterior. Un cambio por adaptación es a menudo gradual y difícilmente claro. Por ello, se convertirá en fundamental sólo después de que una serie de pequeños cambios haya llevado al régimen a sobrepasar ese umbral (de transformación)”¹¹⁷.

En el campo teórico del derecho se ha establecido con toda precisión un parámetro para distinguir la naturaleza del estado. Se puede definir al estado a *partir de la relación que guarda este con los particulares; así se ha hablado de* diversas denominaciones que recibe el estado: “estado policía” porque se reduce a cuidar el orden público, olvidándose de cumplir otras tareas que le competen; “estado empresario” porque participa en el sector secundario o terciario de la economía como cualquier otro empresario más; “estado burgués”, por favorecer en sus intereses de clase a la burguesía; “estado proletario” por su compromiso con las aspiraciones de los trabajadores y campesinos; “estado de bienestar” por la búsqueda del buen vivir para la mayoría de su población a través del otorgamiento de derechos sociales para todos; “estado neoliberal” a partir de una economía que pretende poner la palanca de desarrollo en manos del capital privado; “estado legal” aquel que ajusta su actuación en el respeto a la legalidad, y “estado constitucional y democrático de derecho”, de reciente aparición, como el estado que inspira su actuación, no sólo en la legalidad, sino también en el orden constitucional que impone a todo el ordenamiento el código fundamental que es la Constitución. El paso de un estado de legalidad a otro de constitucionalidad está marcado por una serie de eventos de corte histórico, otros, de naturaleza política, e incluso teóricos. En un estado de legalidad la constitucionalidad es un componente de la legalidad, la ley es la fuente principal de donde emana el derecho y por lo

¹¹⁷ MORLINO, Leonardo, *Como cambian los regímenes políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

tanto la constitución cumple un papel secundario en relación con la vida social, tiene un significado meramente simbólico como “programa o proyecto político”, como un ideal de carácter colectivo, pero que no reglamenta o establece obligaciones para nadie en ningún orden. En un “estado legicentrista” la *prima donna* es la ley, es la fuente de fuentes, es decir,

su función es bastante clara: son la expresión jurídica formal de la distribución del poder político entre los órganos encargados de la creación normativa. Lo anterior nos lleva a incluir ciertas consideraciones que rebasan el ámbito meramente dogmático para tratar de entender el papel de las fuentes como expresión de determinados procesos políticos y, sobretodo, como expresión de los procesos de integración política. Las fuentes del derecho, como consecuencia de su carácter de objetivación jurídica de procesos políticos, han estado sujetas a los vaivenes históricos y han sido expresión de las ideas predominantes en una época,¹¹⁸

es decir, de ellas derivan su validez todos los actos administrativos y políticos del estado: los decretos, las leyes, los reglamentos, la jurisprudencia, e incluso los principios generales del derecho, el “bloque de legalidad” incluye a la totalidad de reglas, incluidos los actos individuales y los contratos. Así, ha dicho un administrativista célebre:

la ley estaba ubicada en el centro, y las otras fuentes se situaban a su alrededor y tomaban su fuerza normativa de la ley, la cual las remitía a dichas fuentes. Así la ley era prácticamente la única fuente de derecho verdadera; dicho de otro modo, era la fuente de fuentes”...”hoy, incluso si la ley todavía es el centro del sistema, los efectos jurídicos de las demás fuentes ya no dependen de ella (o solamente de ella), sino que dependen sobretodo de la Constitución.¹¹⁹

El mismo autor ha dicho que en el estado de derecho (no de legalidad) la legalidad es un componente de la constitucionalidad. En un estado de constitucionalidad la ley ya no es “fuente de fuentes”, es una fuente más entre otras diversas, comparte el carácter de fuente del derecho con la Constitución, los Tratados y Convenciones internacionales firmadas por el gobierno mexicano. Es una parte importante más del “bloque de constitucionalidad” y nada más. También es sustituida la ley en cuanto que deja de ser el vehículo portador de los valores fundamentales porque es la constitucionalidad la encargada de tutelar los derechos humanos de los ciudadanos. En términos reales se asiste a una banalización de la ley porque en el rango de importancia de las leyes pasa a ser determinada en todo por un orden jurídico- constitucional que la sujeta a un orden jerárquico superior de carácter supralegal o incluso, internacional. Una fuente de confusión entre los que debaten

¹¹⁸ CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, Porrúa, sexta edición, México, p.13.

¹¹⁹ FAVOREAU, Louis, *Legalidad y constitucionalidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 24.

el concepto de “Estado constitucional” proviene de una diversidad de enfoques que se tiene en relación con el asunto: para algunos siempre ha existido tal tipo de estado porque la mayoría de los países occidentales tienen una constitución escrita y por lo tanto son estados constitucionales; para otros, existe un estado constitucional allí donde hay una división de poderes y garantías individuales, tal como lo señala el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del hombre y el ciudadano de 1789. Y efectivamente, a este tipo de estado se le puede llamar “estado constitucional” pero en un sentido muy restringido y asociado a la idea de una entidad política que inspira su actuación en la mera legalidad derivada de las constituciones fundacionales del país o régimen en cuestión. La concepción actual es diferente de manera substancial, se señalan una variedad de características que denotan de manera muy precisa la existencia de un estado de naturaleza específicamente constitucional, es decir, un estado con un régimen político que ajusta su actuación al espíritu y letra de la Constitución, entendida esta como una ley, una gran ley compuesta de normas, principios y directrices políticas, todas ellas con el relieve y el estatuto para ser obedecidas y acatadas sin más en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

Gustavo Zagrebelsky ha dicho al respecto:

quien examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que una desviación momentánea. La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenido en la fórmula del Estado constitucional la novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución.¹²⁰

En el mismo sentido Guastini a dado las claves para entender lo que es un estado constitucional en la época actual.

a).- se habla de constitucionalización para referirse a la introducción de una primera constitución escrita, b).-se habla de constitucionalización para referirse a un proceso histórico-cultural que transforma en relación jurídica la relación existente entre los detentadores del poder político y quienes son sujetos de tal poder, c).-hoy en día se habla de constitucionalización para entender un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” de las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado está caracterizado por una constitución extremadamente invasiva y desbordante¹²¹

Este nuevo orden de cosas ha permitido una nueva visión del estado nacional regido por una constitución política. Un distinguido filósofo del Derecho ha señalado con toda precisión cuáles son las características más acusadas del

¹²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, quinta edición, Madrid, 2003, p. 34.

¹²¹ GUASTINI, Ricardo, *Interpretación, Estado y Constitución*, ARA Editores, Lima, 2010, p. 155.

llamado, por la actual teoría política y jurídica, Estado constitucional y democrático de derecho:

fuerza vinculante de la Constitución, esto es, los contenidos constitucionales no tienen un valor puramente programático, sino que obligan a todos los poderes públicos; en particular, suponen un límite a la soberanía del legislador, de los parlamentos; garantía jurisdiccional de la constitución, lo que supone la existencia de tribunales con competencia para anular las leyes y otras disposiciones o decisiones que vulneren a la constitución; rigidez constitucional, esto es, existencia de mecanismos que dificultan el cambio constitucional (exigencia de mayorías calificadas); interpretación conforme a la constitución de las leyes y del resto de las normas del ordenamiento jurídico; aplicación directa de la constitución e influencia directa sobre las relaciones políticas¹²²

Con el cambio que se ha suscitado en la naturaleza misma del estado, ya no puede verse el derecho como un conjunto de normas que regulan el comportamiento de los particulares, sino más bien como un proceso de cualificación que ha sufrido el ordenamiento jurídico a partir de un nuevo entendimiento del significado de la Constitución como una fuente del derecho de donde emanan los principios de igualdad, dignidad, pluralismo político, etc., que deben impregnar todo el corpus jurídico que informa a todo el sistema político-jurídico. Por esa razón García de Enterría afirma: "El valor específico de la Constitución, en un estado constitucional y democrático de derecho, no es el de una norma cualquiera, de cualquier contenido, sino precisamente como portadora de unos determinados valores materiales. Estos principios no son mera retórica, no son simples principios programáticos, sin valor normativo de aplicación; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación"¹²³. Por esta razón a la hora de establecer los rasgos de un sistema constitucionalizado se hace énfasis en la rigidez de la constitución, rigidez que impide que ésta sea reformada a través de votaciones ordinarias, sino que, para llevar a efecto cualquier cambio en la normatividad constitucional, se deberá llevar a cabo a través de un proceso agravado que implica una mayoría parlamentaria de dos tercios de los miembros de las cámaras que integran el Constituyente Permanente. Es decir que el ordenamiento constitucionalizado está presidido por una Constitución escrita y resistente frente a la legislación ordinaria.

La constitucionalización del estado supone una *garantía de la Constitución*, es decir, que el sistema jurídico cuente con algún instrumento jurisdiccional de control de constitucionalidad de las normas. Es decir, que el estado incorpore en su estructura un tribunal de constitucionalidad que anule todas aquellas leyes, disposiciones o decisiones que violen la rigidez constitucional. En nuestro país la Suprema Corte

¹²² ATIENZA, Manuel, *Constitucionalismo, globalización y derecho*, en *El canon Constitucional*, (Ed) Carbonell, Miguel y Leonardo García Jaramillo, Trotta, Madrid, 2010, p. 265.

¹²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Civitas, reimpresión de la tercera edición, Madrid, 2001, p. 51.

de Justicia cumple una doble función, la de Tribunal constitucional y la de Tribunal de alzada para conocer de asuntos de legalidad.

Otro aspecto de la constitucionalización del estado es la fuerza vinculante de la Constitución, entendida ésta, ante todo, como un componente ideológico de las formas de pensar de los juristas. Cuando un ordenamiento está constitucionalizado, los juristas consideran la constitución como una verdadera norma jurídica y no como una simple declaración programática. Esto tiene consecuencias importantes en diversos planos: los juristas aceptan la normatividad de la constitución, la dogmática desarrolla una teoría del derecho atenta a este fenómeno y la teoría del Derecho gesta bajo un punto de vista interno (el del jurista) un nuevo concepto del derecho.¹²⁴

La *sobreinterpretación de la constitución* es otro aspecto importante de un estado que tiene un ordenamiento constitucionalizado. Este aspecto consiste en una absoluta representación de la constitución en todos los ámbitos del ordenamiento, de tal modo, que tiene una omnicomprensión del derecho a través de argumentos similares, analogías o la invocación de principios constitucionales que hacen totalizante su presencia. En términos más precisos, no habría caso, disputa o controversia que no encuentre una solución en un sistema constitucionalizado porque tiene respuesta para todo y carece de “lagunas” jurídicas que le impidan responder a cualquier conflictiva.

Otro aspecto de un estado con un ordenamiento constitucionalizado es la *aplicación directa de la Constitución*. En la tradición liberal clásica, la función de la Constitución es limitar el poder político del estado; así se percibe en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, que a la letra dice que “donde hay división de poderes y respeto a las garantías individuales, ahí hay una constitución”. Según esta idea las normas constitucionales no regulan las relaciones entre particulares, las llamadas relaciones privadas, o las que existen socialmente entre los ciudadanos, porque están totalmente determinadas por la legislación ordinaria, ya sea por el derecho civil o penal, la Constitución no es idónea para producir efectos en la vida social sino sólo después que hayan concretizados sus principios por las leyes¹²⁵.

En el constitucionalismo de hoy en día se piensa que la función de la constitución es modelar las relaciones entre particulares. Hay una cierta proclividad a pensar “que las normas constitucionales -sobre todo los principios y las normas programáticas- pueden producir efectos directos y ser aplicados por cualquier juez con ocasión de cualquier controversia.”¹²⁶ También se suele hablar de su eficacia sobre terceros, su eficacia horizontal y de la eficacia de los derechos humanos consignados en el texto constitucional, así como de la aplicación de éstos mismos a las relaciones privadas. En conclusión, la constitución no sólo sirve para regular la

¹²⁴ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad, una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, p. 63.

¹²⁵ GUASTINI, Ricardo, op.cit., p. 163.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 164.

relación entre los poderes del estado, o entre el estado y los particulares, si no en todas las relaciones de carácter social.

La interpretación de las leyes conforma a la constitución. Esta es una función mediante la cual se adecuan las leyes a la constitución. En el caso de una controversia, a la cual se le puede aplicar una disposición legislativa que puede ser interpretada en abstracto, simplemente leyendo el texto; o de manera concreta, en el caso de una controversia inter partes, es susceptible de ser interpretada de dos maneras: una se resuelve con una norma que contradice a la constitución; la otra se resuelve con una norma que es conforme a la constitución. El juez deberá optar por alguna de las dos: en el primer caso la declarará inconstitucional, en el segundo, la declara conforme a la constitución. La función de adecuación consiste en elegir- después de la interpretación- a la ley que evita toda contradicción con la constitución para efectos de no declararla inconstitucional.

La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Anteriormente he dejado establecido que existe una nueva concepción de los contenidos de un texto constitucional, de tal modo, que si anteriormente se concebía como un conjunto de normas meramente programáticas que podrían ser atendidas, o no, de manera voluntaria, sin mayor implicación jurídica; ahora esto ha terminado, definitivamente, en la versión neoconstitucionalista, porque de entrada se hace una diferenciación de lo que es la constitución actual en relación con la concepción anterior. La constitución es diversa: son normas de rango superior, principios constitucionales y directrices políticas con fuerza de ley suprema. Es la judicialización de la constitución. Y la judicialización de la política porque los principios constitucionales con su fuerte carga moral y política intervienen en la argumentación política, rigen las relaciones entre los poderes del estado, y lo más relevante, permiten a órganos jurisdiccionales como el Tribunal Constitucional entrar a examinar la argumentación política que subyace a las normas jurídicas. La argumentación jurídica tiende a transformarse en argumentación moral y política, reforzando así la unidad del razonamiento práctico.¹²⁷

Un jurista español, de fuerte raigambre constitucionalista, completa la idea y la deja perfectamente clara en relación con el nuevo panorama de la actividad política en el marco de un estado que se ha constitucionalizado: “si como afirma el neoconstitucionalismo “no hay ámbito de libre configuración” para el legislador, y por lo tanto inmunes por parte de los órganos judiciales, no quedará espacio para una sociedad que ejerza la política, sino que todos pasaremos a ser súbditos del supremo órgano político y no democrático, la judicatura. Si toda decisión política, absolutamente toda, se puede cuestionar ante los tribunales en nombre de los derechos, la política dejará de ser una actividad social autónoma”¹²⁸

¹²⁷ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *op.cit.* p. 64.

¹²⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, p. 34.

La reflexión sobre estas notas distintivas de un nuevo orden, nos permitirá advertir que algo innovador y trascendente se ha instalado en el seno del régimen político mexicano. El devenir de los próximos años nos confirmarán este nuevo rumbo, que si logra profundizar y asentarse en la cultura del pueblo de México, será un importante factor en la construcción de una auténtica libertad para todos.

4.2 La internacionalización de los derechos humanos: El sistema interamericano de protección de derechos humanos

Los derechos humanos a pesar de ubicarse para su estudio dentro de la corriente epistemológica jurídica más antigua, es decir la iusnaturalista, son una concepción del mundo moderno al ser concebidos como tales a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual a su vez es el resultado del cambio de paradigma estatal, producto de la Revolución Francesa.

Lo anterior se debió al cambio en la percepción del sometimiento entre gobernantes y gobernados, ya que el Estado se transformó en aquel momento, pues la autoridad de los reyes se veía severamente cuestionada, aunado al planteamiento de que los derechos o libertades esenciales del ser humano no deberían admitir limitación alguna.

Los derechos humanos tienen como fundamento la dignidad de la persona humana, son inherentes al ser humano y las limitaciones a los mismos se producen únicamente cuando se enfrentan a otros derechos de la misma naturaleza.

Las guerras mundiales y el desánimo como resultado de la devastación moral que se había vivido, a la par que generaron constitucionalmente el Estado de bienestar, también produjeron una mayor preocupación por proteger los derechos humanos, y según Ana Elizabeth Villalta en 1945 se llevó a cabo en México la Conferencia de Chapultepec, sobre problemas de la guerra y de la paz, en donde quedó establecida la necesidad de proteger internacionalmente los derechos humanos y ahí mismo se adoptó la resolución XL sobre "Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre", que constituyó el antecedente de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.¹²⁹

La Carta de la Organización de los Estados Americanos, es el documento que dio origen a la OEA, esta Carta fue suscrita el 30 de abril de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana y entró en vigor el 13 de diciembre de 1951, aquí se reconocen ya diversos derechos humanos, además de que en la misma

¹²⁹ VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth, en Méndez Silva, Ricardo (Coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, "Medios de Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano" en *Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, Tomo II, México, 2008, p. 493.

conferencia que originó el mencionado documento, se presentó y aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.¹³⁰

En ésta última se reconocieron derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, consta de 38 artículos y en su preámbulo expresa que: “Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.”¹³¹ Lo que significa que en buena medida el respeto y la tutela de los derechos humanos deontológicamente se sustentan en la moral.

Y es partir de los documentos a que se ha hecho referencia, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, que surge el sistema americano de protección de derechos humanos, pues aun cuando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se adopta por la Organización de las Naciones Unidas en el mismo año, ésta es de fecha posterior, del 10 de diciembre de 1948.

El surgimiento de los órganos que constituyen el sistema americano de protección de derechos humanos, que son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se fundamenta en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José.

La Carta de la OEA, fue reformada en el año de 1967 en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria que tuvo lugar en Buenos Aires y en 1985 por el Protocolo de Cartagena de Indias, que fue suscrito durante el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la organización. Posteriormente el Protocolo de Washington de 1992 adicionó a los propósitos fundamentales de la organización el promover el desarrollo de los Estados parte y erradicar la pobreza.¹³²

Los derechos humanos han sido regulados por el Derecho Internacional en su actual denominación a partir de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El Derecho Internacional al regular las relaciones entre los Estados, en una búsqueda de convivencia pacífica interestatal; se ha ocupado de los derechos humanos, que de acuerdo a las tendencias del Derecho Internacional, se encuentran dentro del llamado *Ius Cogens*, ubicado en la cúspide de las normas internacionales dada la importancia de su contenido.

Los derechos humanos, como principios básicos del hombre, únicamente se restringen cuando se oponen al orden público o afectan a la sociedad, por ello implican, dada su trascendencia un respeto casi irrestricto por parte del Estado; y

¹³⁰ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, 23/6/2013, 15:19 hrs.

¹³¹ *Ídem*.

¹³² <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp>, 25/6/2013, 10:10 hrs.

es en este sentido, el Derecho el único instrumento con el que se cuenta para hacer frente a ciertos actos arbitrarios del Estado, quien ha sido responsable en incontables ocasiones de la violación de estos derechos.

El Derecho Internacional es la rama del Derecho que ha contribuido en gran medida a la tutela de los Derechos Humanos, al regular a los organismos internacionales encargados de su protección, que se han configurado regionalmente, así tenemos los sistemas americano, europeo y africano de protección a los derechos humanos.

En esta materia se han hecho grandes esfuerzos por diversos Estados por incrementar y hacer efectivo el respeto y tutela de estos derechos, pero desde luego subsisten Estados como lo es el caso de los Estados Unidos de América que dada su fuerza en el plano internacional se muestran renuentes a ser parte de tratados internacionales y más aún a aceptar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esa falta de sometimiento a dicho órgano jurisdiccional internacional trae como consecuencia que se sigan vulnerando este tipo de derechos y provocando indefensión de los sujetos pasivos o víctimas.

La única forma de combatir esta situación es el sometimiento de los Estados a los órganos jurisdiccionales que se han dispuesto para tal efecto, pero ahí no acaba el problema, ya que las resoluciones de dichos órganos en ocasiones no tienen la eficacia debida, y los Estados mediante el manejo de su Derecho interno incumplen parcialmente las resoluciones que emite la Corte Interamericana. Lo que a su vez es una violación al principio de *Pacta Sunt Servanda*.

Desde el año 2010, y derivado de los efectos del expediente varios 912/2010, del índice de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es que ha trascendido al derecho interno lo resuelto por las instancias internacionales a partir de lo establecido en los tratados internacionales, a lo que se ha denominado control de convencionalidad.

La aplicación del control de convencionalidad ha originado que el propio sistema jurídico mexicano se ocupe de que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, sean respetados en lo interno, lo cual es congruente desde luego con la reforma del capítulo I del título primero a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 10 de junio del año 2010.

El mencionado control de convencionalidad ha quedado establecido por la tesis aislada emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Pleno, bajo el número LXVII/2011 en diciembre de 2011:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos

contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro-persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1° constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto a lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1° constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideran contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.¹³³

Esta tesis aislada fue el resultado de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, y de los efectos que en el sistema jurídico mexicano, produjo la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Rosendo Radilla Pacheco.

Las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde sus inicios se emitían en el mismo sentido, no obstante es hasta que el mencionado órgano jurisdiccional supranacional se pronuncia respecto al Estado mexicano cuando trasciende del modo en que lo ha hecho, ya que la referida sentencia ordenó entre otras cuestiones adecuar el Código de Justicia Militar, ya que sus disposiciones son violatorias de los derechos humanos.

El tema no es ninguna novedad, no obstante es destacable que fue hasta el momento en que el Estado mexicano es condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación por fin sostiene el control de convencionalidad en la materia, que significa el reconocimiento del derecho internacional sobre el interno. Lo que siempre había sido sostenido por la teoría monista nacionalista del derecho internacional formulada por Hans Kelsen.

Esta superioridad del derecho internacional al día de hoy en México es una realidad en tratándose de derechos humanos, y además desde la óptica del derecho internacional se sustenta en la teoría mencionada, que desde hace más de cuarenta años ya encontraba igualmente fundamento jurídico en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

En el mismo sentido opinaba desde hace algunos años Carlos Arellano García:

¹³³ SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época; Pleno;; Libro III, Tomo 1, Diciembre de 2011, p. 535.

En lo personal nos inclinamos por sustentar el anterior criterio de que la norma internacional ha de prevalecer por encima de lo que disponga la norma interna [...] Es la única manera de mantener la armonía de la comunidad internacional, a base de una sumisión de los estados a la norma jurídica internacional. Los Estados que aun conservan en su orden jurídico interno reglas de supremacía del Derecho interno, deben derogarlas.¹³⁴

Pero las expresiones como la anterior colisionaban o contravenían la esencia del pensamiento de la doctrina constitucional tanto mexicana como extranjera, pues cada rama del derecho era vista parcialmente desde su concepción, por lo que interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la trasunta, han transformado la forma de pensar de los operadores jurídicos, por lo que se encuentran en un período de adaptación.

Esto es porque los mecanismos de tutela de los derechos humanos han existido desde que se crearon la *Carta de la OEA* y la *Convención Americana de Derechos Humanos*, sin embargo en la práctica, el accionar el sistema interamericano de protección ha sido altamente costoso, y las resoluciones eran ineficaces; lo que va a evitarse a partir de las reformas y el cambio de paradigma que se ha producido.

Por lo anterior es que se hace necesaria la implementación y/o el mejoramiento de los mecanismos jurídicos que posibiliten a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el supervisar del cumplimiento de sus sentencias, como ya lo hace en algunos casos.

El tema de los derechos humanos es altamente dinámico, por lo que es necesario que el sistema jurídico se adapte permanentemente, ya que que a pesar de los esfuerzos realizados por algunos Estados pertenecientes al sistema americano para asegurar su protección, falta mucho por avanzar; sin embargo el tema del control de convencionalidad es un buen comienzo que evidencia no sólo la importancia o la dimensión que han adquirido los derechos humanos, sino que muestra también la tendencia que existe a que la observancia del derecho sea supranacional.

La Unión Europea ya lo había hecho en modo similar a partir del Tratado de Maastricht a través de la adecuación de su derecho interno, incluidas por supuesto sus constituciones, de modo que el fenómeno o proceso que se presenta de la internacionalización de los derechos humanos y su impacto en México, ciertamente es un hito en la historia del Derecho mexicano, que marca el comienzo de otro paradigma en el sistema jurídico del país.

¹³⁴ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 1997, p. 89.

4.3 Origen y evolución del control difuso de convencionalidad en el Sistema Interamericano

Generalmente, cuando se habla de control de convencionalidad en el contexto americano, se atribuye su nacimiento jurídico a la paradigmática sentencia de 26 de septiembre de 2006 de la Corte interamericana de derechos humanos: *Almonacid Arellano vs Chile*. Sin embargo, esta referencia genética no es del todo cierta, ya que depende del concepto de control de convencionalidad al que hagamos referencia. Si consideramos al *control de convencionalidad* como el análisis de la regularidad convencional de los actos y leyes Estatales, entonces el origen se remitirá al primer caso (asunto Viviana Gallardo y otras vs Costa Rica) donde la Corte interamericana de Derechos Humanos ejerció funciones jurisdiccionales. Lo anterior se confirma si nos fijamos en la primera vez que apareció el término. El Juez Sergio García Ramírez en su voto razonado del caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, cuando hizo alusión al control de convencionalidad, se refería a la actividad jurisdiccional de la Corte interamericana, consistente en la verificación de la compatibilidad entre una conducta estatal y sus obligaciones internacionales. En dicho razonamiento se estableció:

[...]No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.[...]¹³⁵

Sobre la misma línea, en el caso *Tibi vs Ecuador*, el juez mexicano expuso una analogía de gran trascendencia, donde sustentó la similitud de empresas jurídicas que realiza un Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana¹³⁶. De modo que el primero ejerce un control de constitucionalidad al revisar la regularidad constitucional de actos y leyes internas, mientras el segundo materializa un control de convencionalidad cuando comprueba el apego estricto de las normas internacionales.

Por otro lado, si entendemos el concepto de "control de convencionalidad" como aquella obligación de los jueces nacionales de funcionar como guardianes- según la terminología del Dr. Eduardo Ferrer Macgregor- del ordenamiento interamericano, ejecutando los tratados internacionales, en aras de contrastar las normas internas con las obligaciones en materia de derechos humanos, entonces se podrá afirmar

¹³⁵ Véase Voto razonado Sergio García Ramírez Corte IDH caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas) considerando 27.

¹³⁶ Véase Voto razonado Sergio García Ramírez Corte IDH caso *Tibi vs Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004(Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) considerandos 3 y 4.

que el origen de dicho mecanismo de control encuentra su origen en el caso Almonacid Arrellano. A ésta última concepción la denominaremos “control difuso de convencionalidad” y para ello recurrimos a la autoridad doctrinaria del Dr. Eduardo Ferrer Mac-gregor y a la excepcional exposición que hizo sobre el tema en su voto razonado del caso Cabrera Montiel vs México.¹³⁷ En dicha opinión desarrolló las ramificaciones del control de convencionalidad, denotando la gran influencia del pensamiento procesal constitucionalista de los últimos años¹³⁸. Sobre aquel voto tan relevante volveremos después.

Ahora bien, este trabajo pretende analizar brevemente el desarrollo que ha tenido el control de convencionalidad durante la jurisprudencia de la Corte interamericana desde el caso Barrios Altos vs Perú hasta el caso Gelman vs Uruguay. Si nos limitamos al caso Gelman, se debe a que desde nuestra perspectiva, el control de convencionalidad alcanza su máxima expresión en tal fallo.

4.3.1 Del caso Barrios Altos al Caso Gelman

La primera vez que la corte interamericana vislumbro la obligación de los jueces nacionales de inaplicar el ordenamiento interno, por ser manifiestamente contrario a los tratados internacionales fue en el caso *Barrios Altos vs Perú*, donde uno de los alegatos que planteó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos versó sobre el incumplimiento del Estado de la obligación de realizar un control de constitucionalidad de las leyes de amnistia dictadas en 1995 que exoneraban a militares, policías y civiles de las violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1995 y que amnistiaban la masacre cometida en contra de quince personas en la zona de “Barrios Altos” por miembros del grupo Colina el 03 de noviembre de 1991.

Si bien, en el caso *Olmedo Bustos vs Chile* se abordó previamente el tema de la contrariedad de disposiciones legales con las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, lo cierto es que no se apreció como un caso de *judicial review*, al menos no con la misma intensidad que en Barrios Altos. Una de las razones principales que provocó que el caso peruano se apreciara como bajo la óptica del control judicial de leyes, se debió a que durante las actuaciones en sede interna, la Jueza Antonia Saquicuray, a fin de ordenar la investigación de la

¹³⁷ Véase Voto razonado Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Corte IDH caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas).

¹³⁸ Específicamente la influencia de Hans Kelsen en su obra: KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, IJ-UNAM, México, 2001. También denota influencia del Dr. Hector Fix Zamudio, Niceto Alcalá Zamora y Castillo, entre otros.

masacre cometida en “Barrios Altos”, realizó un control de convencionalidad que invalidó el artículo primero de la ley de amnistía número 26479. La reacción del gobierno peruano ante el activismo de la juez Saquicuray se tradujo en la apertura de una investigación por prevaricato y el dictamen de una nueva ley que prohibía la revisión judicial de la amnistía concedida. La Corte Superior de Lima declaró la compatibilidad de la ley 26479 con la constitución y los tratados internacionales, señalando también en la *ratio decidendi*, que los jueces no podían revisar las leyes del congreso por constituir una invasión en la esfera de poderes.

Cuando el caso llegó a la jurisdicción de la Corte Interamericana, Perú planteó un allanamiento, y el tribunal se enfocó en desarrollar la incompatibilidad de las leyes de autoamnistía con; las garantías judiciales, el derecho a la verdad, la protección judicial, y las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos fundamentales. Ahora, si nos detenemos en este caso, observaremos que aquí la Corte tuvo la primera oportunidad para establecer la obligación de controlar “difusamente” el ordenamiento interno utilizando una norma internacional como elemento de contraste. No obstante, el tribunal no optó por dar ese paso, y es que establecer como vinculante el denominado control difuso de convencionalidad en el año 2001 hubiese sido un avance tremendo para el quiebre de paradigmas ius-positivistas y estado-céntricos, puesto que en aquel tiempo, todavía no se consolidaba la nueva línea doctrinaria sobre el rol activo de los jueces en el Estado Constitucional de Derecho. Si acaso, a penas se comenzaban a notar los efectos de algunas reformas constitucionales que habían elevado a rango constitucional los Tratados internacionales de derechos humanos, y que se perfilaban tímidamente hacia a una apertura en el diálogo jurisprudencial con las cortes internacionales. De lo anterior, resulta claro el por qué el control difuso de convencionalidad se pronuncia como obligación hasta el año 2006, pues como bien lo afirma el Dr. Mac-Gregor en su voto razonado en el caso Cabrera Montiel, la Corte receptó aquello que ya estaba sucediendo jurisprudencialmente en el hemisferio americano¹³⁹.

Ahora bien, a partir del caso Almonacid Arellano ya se habla de que el poder judicial está vinculado a realizar una *especie* de control de convencionalidad teniendo en cuenta no sólo el contenido del tratado internacional sino también las interpretaciones por parte del tribunal internacional. Posteriormente, como bien se ha escrito del tema, en el caso Trabajadores cesados del Congreso la corte señala que la obligación de realizar esta especie de control de convencionalidad es *ex officio*, de manera que no depende de la invocación de las partes, estando sólo limitada su aplicación a las competencias y regulaciones procesales del juez que lo ejerce. Aquí surge lo que el Dr. Nestor Pedro Sagües denomina como modelo

¹³⁹ Voto razonado Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot op. cit. supra nota 25, considerando 29.

repressivo del control de convencionalidad¹⁴⁰, pues el control judicial funciona como un mecanismo para invalidar los efectos normativos de leyes opuestas a la Convención Americana de Derechos Humanos. El modelo *repressivo* del que habla el autor argentino, se reiteró en los casos; La Cantuta vs Perú, Boyce vs Barbados y Helidoro Portugal¹⁴¹.

De manera subsecuente, según el Dr. Sagües, con el caso Radilla Pacheco vs México inicia un control de convencionalidad de carácter constructivo¹⁴², pues no necesariamente busca *ips facto* el desplazamiento de la norma contraria a la convención americana, sino que, pugna primariamente por una relación armónica entre ordenamientos, y sólo en caso de que dicha armonía sea imposible, se desplaza la norma contraria a la convención americana o en su defecto la menos favorable para el ser humano. Desde nuestra perspectiva, no es que a partir del caso Radilla Pacheco comience una nueva forma de ejercer el control de convencionalidad, sino que se desarrolla la denominada -al menos en derecho constitucional- *interpretación conforme*, misma que pone al control de convencionalidad como la sanción de *última ratio* ante la imposibilidad de armonía entre normas. No podemos hablar de un modelo de control de convencionalidad constructivo, pues a fin de cuentas si bien se busca la homologación de obligaciones, ninguna norma se está dejando de aplicar ni pierde sus efectos. En general, no se producen las consecuencias típicas de la *judicial review* que caracteriza a los instrumentos procesales de control consitucional y convencional. En todo caso, sólo se busca una interpretación no lesiva de la norma internacional, la cual puede formarse; adhiriendo o sustrayendo contenido a la ley infra-convencional. Aún cuando, lo anterior es debatible, muy cierto es que a partir del caso Radilla Pacheco se desencadena un análisis más denso de lo que implica el control de convencionalidad, provocando que él mismo se invocara con más contundencia y desplegara nuevos debates.

Respecto a la consistencia del control de convencionalidad en las sentencias posteriores al caso Radilla Pacheco, existe sólo un cambio sustancialmente notable en la sentencia Vélez Loor vs Panamá porque la figura del control de convencionalidad se extendió hasta órganos fuera del poder judicial que ejercieran

¹⁴⁰ SAGÜES, Néstor P. *El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales*. en Von Bogdandy, Armin et. al., *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp. 381-417.

¹⁴¹ Corte IDH caso La Cantuta vs. Perú, sentencia del 29 de noviembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 173, Corte IDH, caso Boyce y otros vs. Barbados, sentencia del 20 de noviembre de 2007 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 78. Corte IDH, caso Helidoro Portugal vs. Panamá, Sentencia del 12 de agosto de 2008, (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 180.

¹⁴² SAGÜES, Néstor P., *Op. Cit.*, pp. 381-417.

funciones jurisdiccionales¹⁴³. Para el Dr. Karlos A. Castilla Juárez, lo anterior fue una inconsistencia¹⁴⁴, sin embargo discernimos, pues interpretando armónicamente la jurisprudencia de la corte en conjunción a la base fáctica del caso, debemos colegir que dicho criterio se estableció bajo la inteligencia de que aquellos tribunales o autoridades que no pertenezcan al poder judicial, pero que, en el ejercicio de sus funciones actúen con atribuciones jurisdiccionales, no queden fuera de la tarea de armonización y/o control convencional de las leyes y actuaciones del Estado.

En el caso Cabrera Montiel el desarrollo del control de convencionalidad proviene con mayor fuerza en el multicitado voto razonado del Dr. Ferrer Mac-Gregor que de la sentencia. En aquel, se retoman algunos postulados de Kelsen, trasladando al control de convencionalidad, las problemáticas que el Derecho Procesal Constitucional encontró en los modelos de control de constitucionalidad; europeo y americano. Por ejemplo, Ferrer Mac-gregor aborda las implicaciones sobre los efectos *erga omnes* o *inter partes* de las sentencias obtenidas en los modelos difuso y concentrado de control convencional, así como también las implicaciones hacía el pasado y el futuro de la norma declarada invalida. Incluso el mexicano llega a afirmar la existencia de un bloque de convencionalidad que sirve como elemento mínimo de contraste, lo cual, en lo personal, nos parece dudable, pues la idea del bloque "resusita" a Kelsen con demasiada fuerza, y hablar de un control de convencionalidad Kelseniano caería en una contradicción de paradigmas.

Por último en el Caso Gelman vs Uruguay nos parece que la Corte vuelve sobre el control de convencionalidad con una fuerza nunca antes vista. Lo anterior se debe a que en el caso contra Uruguay renacen tensiones importantes entre; derechos humanos, democracia y división de poderes. El contexto del caso es también sobre una ley de autoamnistia denominada *Ley No. 15.848* o *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*, misma que produjo la preclusión del ejercicio de la acción punitiva respecto de los delitos cometidos desde el 1º de agosto de 1984

¹⁴³ Corte IDH, caso Vélez Llor vs. Panamá, sentencia del 23 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) párr. 287.

¹⁴⁴ Algunas otras objeciones ha planteado el autor Karlos A. Castilla Juárez, muchas de las cuales replicaremos en un próximo artículo, mientras tanto seguiremos con la línea desarrollada. Véase CASTILLA JUÁREZ, Karlos A., *¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados* en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, IIJ-UNAM, México, pp. 51-97.

hasta el 1o de marzo de 1985. Ahora, el asunto cobra suma relevancia porque la ley de caducidad estuvo sujeta a varios análisis de constitucionalidad en sede interna, e incluso a un proceso de democracia directa como el referéndum. No obstante, al hablar del control de convencionalidad requerido para el caso, el Tribunal interamericano estableció que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana.¹⁴⁵ Claramente la corte fijó una postura sobre la dicotomía derechos humanos y democracia, y no fue precisamente la menos polémica, como lo hubiese sido invocar la tesis de Alexy de la argumentación representativa¹⁴⁶ o la doctrina de Dworkin en cuanto a la novela constitucional que se escribe por capítulos a través del tiempo, donde el juez debe contribuir a la redacción democrática de la historia constitucional.¹⁴⁷

En fin, la Corte cierra el capítulo del control de convencionalidad explayándose sobre algunas decisiones que adoptó la Suprema Corte de Uruguay respecto a la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la ley de caducidad, aprobando la *ratio decidendi* utilizada en el caso Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet y resaltando la supremacía de los derechos humanos sobre los intereses democráticos. Si bien es cierto podríamos encontrar la misma tensión derechos humanos-democracia en todos los casos de control de convencionalidad, lo cierto es que en el caso de Uruguay la decisión de la norma de caducidad no fue simplemente impuesta por un poder fáctico, sino que fue arrojada a la opinión popular y a la revisión constitucional de un tribunal especializado. De manera que en Gelman, encontramos una relación de superioridad de los derechos humanos sobre la democracia, y principalmente de la Corte Interamericana sobre los tribunales constitucionales y parlamentos nacionales. Sólo nos queda por resaltar que después del desarrollo del control de convencionalidad podríamos acercarnos a un nuevo modelo de Estado de Derecho que viene a negar al Estado Constitucional y que al parecer se inclina por una sujeción de todos los poderes del Estado al Derecho Convencional, eliminando esta dualidad de sistemas jurídico con la finalidad de formar uno sólo.

¹⁴⁵ Véase Corte IDH caso Gelman vs Uruguay sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones) párr. 293.

¹⁴⁶ ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales y Estado Constitucional democrático*, en Carbonell Miguel Neoconstitucionalismos(s), 4ta ed, Trotta, Madrid, 2009, p. 38.

¹⁴⁷ Véase por ejemplo al juez Hércules de Dworkin en DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Madrid, 2010., pp. 146 a 208.

Fuentes de consulta

- Alexy Robert, *Derechos fundamentales y Estado Constitucional democrático*, en Neoconstitucionalismos(s) Carbonell, Miguel (Ed.), 4ª ed., Trotta, Madrid, 2009.
- Arellano García, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 1997.
- Atienza, Manuel, *Constitucionalismo, globalización y derecho*, en *El canon Constitucional*, (Ed.) Carbonell, Miguel y Leonardo García Jaramillo, Trotta, Madrid, 2010.
- Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, UNAM, México, 2012.
- Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 6ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2008.
- Carpizo, Enrique, *La defensa constitucional en México. Comentarios a la Ley reglamentaria del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Porrúa, México, 2011.
- Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales interpretación constitucional. La Corte y los Derechos*, Porrúa - IMDPC, México, 2011.
- Castilla Juárez, Karlos A., *¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados en Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, IIJ-UNAM, México, 2013.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Madrid, 2010.
- Favoreau, Louis, *Legalidad y constitucionalidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- Fioravanti, Mauricio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001.
- García Belaunde, Domingo (Coord.), *En torno al Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2011.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Civitas, reimpresión de la tercera edición, Madrid, 2001.
- Guastini, Ricardo, *Interpretación, Estado y Constitución*, ARA Editores, Lima, 2010.
- Haberle, Peter y Kotzur, Markus (Tr. Héctor Fix-Fiero), *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras para un diálogo europeo-latinoamericano*, UNAM, México, 2011.
- Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, IIJ-UNAM, México, 2001.
- Morlino, Leonardo, *Como cambian los regímenes políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013.

Sagües, Nestor P. *El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales*. en Von Bogdandy, Armin et. al., *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM-Max Planck Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.

SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época; Pleno;; Libro III, Tomo 1, Diciembre de 2011.

Villalta Vizcarra, Ana Elizabeth, en Méndez Silva, Ricardo (Coord.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, "Medios de Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano"*, *Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, Tomo II, México, 2008.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, quinta edición, Madrid, 2003.

Direcciones electrónicas

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp>

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos>

SEGUNDA PARTE
PRIORIDADES JURÍDICAS
GLOBALES

CAPÍTULO V

Trabajadores no comunitarios en España: condiciones de entrada, salida y protección social

Lourdes Meléndez Morillo-Velarde
Ana Isabel Pérez Campos
Carolina San Martín Mazzucconi*

5.1 El régimen general de acceso de los extranjeros al mercado de trabajo

5.1.1 Ideas previas

Toda política de inmigración viene sustentada en tres pilares esenciales, identificados como tales para la política comunitaria pero perfectamente trasladables al ámbito nacional: el control de flujos migratorios, la integración social de los inmigrantes, y la cooperación al desarrollo de los Estados emisores de migrantes. El contexto social, económico, político, e incluso cultural, de cada momento determina que se acentúe o intensifique alguno de estos tres elementos por encima de los otros dos, normalmente basculando entre los dos primeros: control de fronteras y requisitos de entrada y permanencia, por un lado, e integración de inmigrantes por otro; relegando a un segundo plano la óptica preventiva¹⁴⁸.

Con independencia del grado de intensidad que, según el momento, gane cada uno de los elementos citados como presentes en todo conjunto estratégico de medidas en torno a la extranjería, de lo que no hay duda es de que el control de flujos forma parte esencial de la política de inmigración, y que, con un carácter más o menos restrictivo, nuestras normas de extranjería siempre han tenido un

* Profesoras Titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos. Madrid.

¹⁴⁸ Al respecto, véase SEMPERE NAVARRO y otros, *La inmigración en España: marco jurídico e implicaciones prácticas*, Universidad Rey Juan Carlos, Documento de Trabajo 2005/33, noviembre 2005.

contenido importante referido a esta materia. La integración social del inmigrante hace su aparición, de modo rotundo, con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx), pero ello no significa en ningún momento que el control de flujos se haya dejado de lado. Las sucesivas normas sobre extranjería han incidido, con mayor o menor intensidad y precisión en el tema de la entrada y permanencia en el territorio nacional. Por otra parte, es lógico que sea así, teniendo en cuenta el volumen de entrada de inmigrantes que viene experimentando nuestro país en los últimos años.

Una parte muy importante de la normativa sobre extranjería es la dedicada a regular el acceso al mercado de trabajo, ya que mediante la misma se incide en las dos cuestiones apuntadas. Por un lado, el control de flujos tiene en los mecanismos de inserción laboral un aliado y protegido; aliado porque las restricciones para el empleo contribuyen o pueden contribuir a restringir también las condiciones de entrada y permanencia en el país, y protegido porque el grado de apertura de fronteras ha de atender y acompañarse necesariamente con la capacidad de absorción del mercado de trabajo. Por otro lado, el empleo es una vía esencial para la integración de los inmigrantes en nuestra sociedad, lo que constituye igualmente un objetivo principal de la política de extranjería en general y de nuestra Ley de Extranjería en particular. La inserción laboral permite hacer efectiva la inserción social de los extranjeros.

Pues bien, seguidamente se ofrece una reflexión jurídica sobre el acceso de los inmigrantes al mercado de trabajo a través de los mecanismos denominados “ordinarios” o de régimen general, por oposición a otros cauces especiales como las regularizaciones extraordinarias y el llamado “arraigo” laboral, o el cupo o contingente.

La distinción que acaba de hacerse no es pacífica entre la doctrina científica, seguramente porque la vigente LOEx sólo define expresamente como régimen especial el de los trabajadores de temporada (art. 42), guardando silencio respecto de la naturaleza del procedimiento en el resto de los casos. Es más, la legislación de extranjería no alude a un “régimen general” más que en el art. 43.1 LOEx, al remitir a los trabajadores transfronterizos al cumplimiento de los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de dicho régimen.

En este estudio se opta por seguir el criterio mantenido por el Consejo Económico y Social en su Informe 2/2004, sobre *La inmigración y el mercado de trabajo en España*, según el cual el régimen general se define por contraposición al régimen comunitario y otros regímenes y situaciones consideradas excepcionales o específicas: el contingente, las regularizaciones extraordinarias, y los procedimientos especiales de los trabajadores transfronterizos, transnacionales, residentes temporales por circunstancias excepcionales, estudiantes, de prácticas y

formación, nacionales de países para los que por Acuerdo internacional no se contempla la situación de empleo y residentes legales en España.

Finalmente, procede advertir que la mejor doctrina se ha ocupado ya de estudiar y exponer el régimen jurídico de acceso al mercado laboral por parte de los extranjeros. Por tanto, en el presente trabajo se renuncia a la exposición pormenorizada de regímenes jurídicos, para detenerse sobre todo en aquellos puntos especialmente conflictivos o no resueltos, así como en la reflexión general y particular sobre determinados aspectos del sistema.

5.1.2 Caracterización general de las vías de acceso al mercado de trabajo

A. Principios informadores de la política de inmigración y de acceso al mercado de trabajo

Es de todos conocido el tortuoso camino que ha seguido la política española de extranjería en los últimos años, experimentando un número de reformas poco habitual que supusieron importantes cambios de orientación y, en concreto, modificaciones en los mecanismos de acceso al mercado de trabajo por parte de los inmigrantes. Sin embargo, por muchas reformas normativas y correcciones de rumbo que hayan tenido lugar, ciertos principios informadores han permanecido en todo momento, bien que acentuados con distinta intensidad, constituyendo el eje de la política de inmigración en lo que se refiere al acceso al mercado de trabajo. Señalados expresamente por el Consejo Económico y Social en el citado Informe 2/2004, se trata de la consideración de la situación nacional de empleo en el caso del trabajo por cuenta ajena y el principio de contratación en el país de origen. Adicionalmente, en el último período comienza a despuntar también como idea inspiradora de la política de inmigración, la preferencia por Estados con los que se ha firmado Acuerdo de regulación y ordenación de flujos migratorios.

a) La capacidad de absorción del mercado español: la situación nacional de empleo

a') Noción de situación nacional de empleo

Se ha dicho, de modo inmejorable, que la regulación de la inmigración laboral gravita sobre una confluencia de intereses: la protección de mano de obra española, la libertad de empresa y el reconocimiento legal del derecho al trabajo de

los extranjeros. Y en este conflicto de intereses prevalece claramente el primero de ellos, para lo que se articula el criterio de la *situación nacional de empleo*¹⁴⁹.

Desde nuestra primera Ley de Extranjería (LO 7/1985, de 1 de julio), la política inmigratoria se ha venido vinculando a la capacidad de absorción de nueva mano de obra por parte del mercado de trabajo español; es decir, a la denominada "situación nacional de empleo". Consiste en una valoración de las necesidades de mano de obra no cubiertas por españoles, comunitarios o residentes autorizados para trabajar y que, por tanto, pueden ofertarse a extranjeros no residentes en nuestro país sin temor a que su contratación desplace o impida la de los nacionales, comunitarios o residentes con autorización para trabajar.

b) Valoración de la situación nacional de empleo

La situación nacional de empleo se tiene en cuenta para elaborar el contingente de trabajadores extranjeros (mediante un informe al efecto que eleva el Consejo Superior de Política de Inmigración), y también a la hora de conceder o no una autorización individualizada de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Para este último caso, los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo han tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas oportunidades sobre la necesidad de ajustar la valoración de la situación nacional de empleo en función de diversos aspectos:

a) Para justificar la denegación de autorizaciones con base en la situación nacional de empleo, no es suficiente la mera alegación genérica de esta última¹⁵⁰.

b) Es necesario que haya españoles que opten a la concreta ocupación para la que se pide autorización. No basta, por tanto, que existan españoles o residentes en paro, sino que es preciso que los mismos pretendan encontrar empleo en el sector de actividad en que vaya a emplearse al extranjero¹⁵¹. Se presume esta pretensión en los desempleados en el sector de actividad en cuestión, siempre que el puesto de que se trate no exija especializaciones o conocimientos particulares.¹⁵²

c) No resulta suficiente la constatación de disponibilidad de mano de obra nacional, comunitaria o residente legal, sino que debe demostrarse que esa mano de obra cuenta con las cualificaciones y competencias necesarias y requeridas para el desempeño de la ocupación de que se trata. Así, por ejemplo, el conocimiento

¹⁴⁹ CHARRO BAENA, P., "Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre", *Tribuna Social* núm. 133, 2002, p. 51.

¹⁵⁰ Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 27 enero 2003; de 3 julio 1998; de 14 enero 1998; de 7 julio 1990.

¹⁵¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 diciembre 2002.

¹⁵² Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 abril 2003 y de 25 marzo 2003.

del idioma chino para trabajar como recepcionista en una asesoría laboral china¹⁵³, o el del idioma checo para ocupar un puesto de auxiliar administrativo en una empresa de consignaciones con múltiples relaciones comerciales con empresas y particulares de la antigua Checoslovaquia¹⁵⁴; la especialidad A.V.E.L. para ocupar un puesto de especialista en fonoaudiología¹⁵⁵; el conocimiento de idiomas árabe y francés, así como de la geografía de Marruecos, para trabajar como jefe de compras de productos marroquíes en un comercio al por menor¹⁵⁶; el conocimiento de la cocina paquistaní para un puesto de cocinero en restaurante especializado en aquélla¹⁵⁷ y lo mismo para casos de restaurantes chinos¹⁵⁸ e indio¹⁵⁹.

Esta interpretación ha dado lugar, inevitablemente, a una práctica empresarial reprochable, que consiste en definir un perfil para el puesto de trabajo ofertado que coincida con el del trabajador extranjero que se desea contratar, pero que realmente resulta injustificable o innecesario, incurriendo así en situaciones de fraude de ley¹⁶⁰.

Por otro lado, debe evitarse caer en el error de anudar a la nacionalidad unos determinados conocimientos. Tomando como ejemplo alguno de los casos que acaban de exponerse, sería contrario al art. 14 de la Constitución española el afirmar categóricamente que cualquier ciudadano chino conoce la cocina china y está en condiciones de prepararla, y que, por el contrario, cualquier ciudadano español carece de estos conocimientos¹⁶¹. En este sentido, se exige al extranjero que acredite la capacitación exigida para el puesto de trabajo.

En orden a introducir mayores dosis de objetividad en la valoración de la situación nacional de empleo, se elabora, con periodicidad trimestral, un *Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura*. La inclusión de una ocupación en este catálogo,

¹⁵³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 julio 2005.

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 junio 2003.

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 julio 2003.

¹⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30 octubre 2002.

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 julio 2003.

¹⁵⁸ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 febrero 2003 y de 18 junio 2003.

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 20 marzo 2003.

¹⁶⁰ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 8 octubre 1996, para un caso de exigencia de idioma árabe en un puesto de técnico agrícola no titulado; de 5 mayo 1987, sobre conocimiento de varios idiomas, entre ellos el hindú, para agente de ventas; de 16 mayo 1995, referida al conocimiento de diversos idiomas para desempeñar tareas de jefe charcutero-cocinero. Estos y otros casos, véanse en CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, 2000, p. 86 y sig.

¹⁶¹ CAMÓS VICTORIA, I., "El contingente de trabajadores extranjeros y la suficiencia de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 5, 2004, p. 94, citando una STSJ Comunidad Valenciana de 4 abril 1998.

supone que ya se ha valorado la situación nacional de empleo, y se ha concluido que la misma permite su cobertura por extranjeros¹⁶².

El encargado de elaborar el mencionado Catálogo es el Servicio Público de Empleo Estatal, previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, basándose para ello en la información disponible sobre la gestión de las ofertas presentadas por los empleadores en los Servicios Públicos de Empleo. El Catálogo se elabora para cada provincia así como para Ceuta y Melilla, excepto en las provincias insulares, donde se establece por cada isla o agrupación de ellas, de acuerdo con la información suministrada por Servicios Públicos de Empleo autonómicos.

La falta de inclusión de una ocupación en este Catálogo no significa que la situación nacional de empleo impida su cobertura por extranjeros, sino, sencillamente, que el empleador no puede contar con el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, de modo que recae sobre él la carga de acreditar que, presentada la oferta de trabajo para su gestión en el Servicio Público de Empleo, la misma ha concluido sin éxito.

Existen unas pautas mínimas de homogeneización sobre el procedimiento a seguir por el empleador, así como los datos básicos que debe contener la certificación que se emita por el Servicio Público de Empleo como conclusión de la gestión de la oferta.

1º) Los empleadores que expresen su voluntad de contratar trabajadores extranjeros para cubrir vacantes de puestos de trabajo en ocupaciones no incluidas en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, deberán presentar la correspondiente oferta de empleo ante los Servicios Públicos de Empleo, que habrá de estar “formulada de manera precisa y ajustada a los requerimientos del puesto de trabajo y, por tanto, no contendrá requisitos que no tengan relación directa con su desempeño”.

2º) El Servicio Público de Empleo gestionará dicha oferta con el fin de promover el contacto con el empleador de los demandantes de empleo que se adecuen a los requerimientos de la misma.

3º) El empleador comunicará al Servicio Público de Empleo el resultado de la selección efectuada entre los demandantes de empleo en cuanto a su adecuación y disponibilidad para aceptar la oferta y solicitará, en su caso, de los Servicios Públicos de Empleo la emisión de una certificación de insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para aceptar la oferta.

¹⁶² SERRANO VILLAMANTA, J.: “El trabajo de los extranjeros: el Derecho sustantivo”, *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005, advierte que los dilatados plazos que en la práctica se emplean para la tramitación de las solicitudes, probablemente provoquen una disfunción entre la realidad del mercado de trabajo en el momento de la publicación del catálogo (cada trimestre) y el momento de hacer efectiva la autorización.

4º) El Servicio Público de Empleo emitirá, para el empleador, si procede, dicha certificación, en el plazo máximo de los quince días siguientes al de la comunicación del empleador con el resultado de la selección¹⁶³. En la misma deberá constar expresamente la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para aceptar la oferta como consecuencia de la gestión de la misma y contendrá como mínimo, entre otros datos, los correspondientes a la identificación de la oferta de empleo.

Resulta elogiable la voluntad de coordinar, en la medida de lo posible, la labor de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas en este extremo, aunque seguramente no sea suficiente (ni parece que pueda serlo, siendo autonómicas las competencias para la gestión de ofertas de empleo) para evitar ciertas disfunciones: en concreto, que lo que debería ser una evaluación de ámbito nacional (situación “nacional” de empleo), se limite, en la práctica, al territorio de influencia de la concreta oficina de empleo en la que se tramita la demanda, de modo que en una provincia pueda obtenerse la certificación de inexistencia de mano de obra disponible, mientras que en otras sucedería lo contrario¹⁶⁴.

En cualquier caso, y dejando al margen los flecos del sistema, puede decirse que el ordenamiento de extranjería apuesta por una valoración de la situación nacional de empleo con carácter previo a la solicitud de autorización, tanto en el caso del contingente de trabajadores extranjeros como, ahora también, en el procedimiento para obtener una autorización temporal de residencia y trabajo por cuenta ajena. Y en la medida en que ello contribuye a dotar de mayor objetividad al sistema, ha de saludarse el cambio y la tendencia que el mismo refleja.

Por último, téngase en cuenta que el art. 40 LOEx introduce una amplia serie de supuestos en los que no se considera la situación nacional de empleo a la hora de conceder autorizaciones, dando así lugar a un régimen preferente o privilegiado de acceso al empleo¹⁶⁵. Entre ellos se encuentra la solicitud de renovación de una autorización de residencia y trabajo (apartado c), facilitándose de este modo la conservación de esta última y evitando situaciones de irregularidad sobrevenida.

b) La contratación en origen

Los mecanismos ordinarios de acceso al mercado de trabajo español contemplan, como regla general, la contratación desde el país de residencia del extranjero. Mediante esta fórmula se busca contener su entrada a España hasta que sea posible

¹⁶³ La no emisión por el Servicio Público de Empleo de la certificación de insuficiencia en el citado plazo, implica la existencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles, suficientes para aceptar la oferta.

¹⁶⁴ Llama la atención sobre este extremo SERRANO VILLAMANTA, J.: “El trabajo de los extranjeros: el Derecho sustantivo”, *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005.

¹⁶⁵ CHARRO BAENA, P., “Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre”, *Tribuna Social* núm. 133, 2002, p. 51.

su acceso regular al mercado de trabajo, intentando evitar, de tal modo, situaciones de irregularidad.

Esta práctica se desvela como la adecuada, siempre que no se convierta en un principio absoluto. Porque si ello fuera así sería necesario volver a poner en marcha experiencias que ya se demostraron ineficaces, en concreto costosos viajes de ida y vuelta por parte de los extranjeros con residencia legal en nuestro país que quisieran acceder al mercado laboral español.

Además, ningún sistema garantiza la ausencia de inmigración irregular, y establecer vías que, de modo totalmente excepcional, permitan el acceso a la regularidad en nuestro propio territorio (procesos de regularización extraordinaria, arraigo), parece acertado. El cerrar estas puertas u otras análogas que pudieran establecerse, supondría esperar, ingenuamente, que los extranjeros en situación irregular decidieran volver a sus países de origen para reiniciar el procedimiento de entrada en nuestro país, ahora sí de acuerdo con la normativa, o incluso costear dichos regresos, que nunca acabarían.

Es verdad que toda vía de contratación en destino produce un efecto llamada. Eso nadie puede negarlo. Pero después de múltiples reformas de nuestra Ley de Extranjería y de observar lo que ocurre en los países de nuestro entorno, podría decirse que el verdadero efecto llamada es el producido por la desigualdad de desarrollo económico y la posibilidad de encontrar trabajo en España, aunque sea en situación irregular¹⁶⁶. Mientras siga existiendo ese desequilibrio, nada podrá impedir la inmigración, y el máximo aliciente es saber que en nuestro país, aún sin las pertinentes autorizaciones, sigue siendo posible acceder a un empleo en la economía sumergida. Frente a esta situación, el deshabilitar la contratación en destino de modo absoluto supondría condenar a un número cada vez mayor de inmigrantes a la permanencia en dicho submercado de trabajo, con las consecuencias que de ahí se derivan no sólo para ellos sino también para la economía nacional.

Pues bien, como decimos, nuestra legislación de extranjería se inspira claramente, como objetivo prioritario, en la contratación en origen, sin perjuicio de que incorpore fórmulas alternativas, algunas de ellas de claro corte excepcional. Más allá de los mecanismos de regularización extraordinaria y de arraigo, puede pensarse en la posibilidad de acceder a una autorización de trabajo desde una situación de residencia, o en la vía que se abre con los visados para la búsqueda de empleo¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Así lo indica, rotundamente, APARICIO WILHELMI, M., "La última reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 14/2003). Un análisis crítico a la luz de su falta de eficacia y de eficiencia", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 6, 2004, p. 38.

¹⁶⁷ El Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de abril de 2004, califica a los visados para búsqueda de empleo como una excepción a la regla general de la contratación en origen.

B. La orientación preferente de las ofertas de empleo hacia los Estados con los que se ha firmado acuerdo de regulación de flujos migratorios

España tiene formalizados acuerdos de regulación y ordenación de flujos migratorios con países desde los que la afluencia de inmigrantes es especialmente significativa o bien que poseen lazos históricos, políticos o geográficos con nuestro país. En concreto, se trata de Ecuador, Colombia, Marruecos, República Dominicana, Polonia, Rumania y Bulgaria. En estos acuerdos se prevén, entre otros extremos, mecanismos de información y conocimiento de ofertas de empleo así como sistemas de selección de los trabajadores en sus países de origen.

Inicialmente presentados como una vía alternativa para el acceso flexible y diferenciado al mercado de trabajo español, terminaron canalizándose, en la práctica, exclusivamente a través del contingente de trabajadores extranjeros, lo que introdujo en este último mecanismo general de autorización para trabajar, una especie de trato preferente criticado por la doctrina especializada¹⁶⁸.

Pues bien, la LO 14/2003, de 20 de noviembre, dio cobertura legal a esta práctica, incorporando tanto en la regulación del contingente de trabajadores extranjeros (art. 39.6 LOEx) como en la de las actividades de temporada o campaña (art. 42.4 LOEx), una orientación prioritaria de las ofertas de empleo a los Estados implicados en estos acuerdos.

En el marco de las coordenadas marcadas por las tres ideas básicas que acaban de apuntarse, la legislación ha venido contemplando diversas vías de acceso de los inmigrantes al mercado de trabajo, que componen un sistema mixto¹⁶⁹: por un lado, solicitudes individualizadas de autorización para trabajar, por cuenta propia o ajena, y por otro, el contingente de trabajadores extranjeros. Las diferencias básicas entre ambos son muy conocidas: a) mientras las ofertas de empleo contenidas en el contingente se han elaborado teniendo previamente en cuenta la situación nacional de empleo, en las solicitudes individualizadas esta tiene que contemplarse al momento de valorar la propia solicitud –si bien se vale para ello, en su caso, del previo análisis realizado en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura-; y b) el contingente es un mecanismo de acceso al mercado de trabajo español para quienes no se hallen ni residan en España, y, en cambio, el régimen general admite la posibilidad de que quienes residan legalmente en nuestro país puedan obtener una autorización individualizada para trabajar.

¹⁶⁸ CHARRO BAENA, P., "Política en materia de inmigración", en A.V. SEMPERE y otros: *Políticas Sociolaborales*, 3ª ed., Tecnos, 2005.

¹⁶⁹ AGUELO NAVARRO, P. y CHARRO BAENA, P., "El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 2, 2003, p. 70; CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, 2000, p. 80; BALLESTER PASTOR, M.A., *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, 1996, p. 88.

No hay duda hoy de que ambas vías son plenamente válidas y deben coexistir en nuestra política de inmigración, porque así lo ha querido el legislador de la LOEx y se ha confirmado por los Tribunales.

No obstante, persiste un interrogante: ¿cabe señalar un mecanismo prioritario para el acceso de los extranjeros al mercado de trabajo español? Desde luego, el contingente permite la planificación de la política laboral migratoria, y, por ello, lo lógico y deseable sería que esta fuera la vía principal de incorporación a nuestro mercado de trabajo¹⁷⁰. Sin embargo, a día de hoy no puede decirse que exista esta preferencia reflejada en la legislación de extranjería. Es más, conjurando expresamente excesos de otros años, desde hace años que los acuerdos de contingente configuran a este último como una más de las “diversas alternativas que ofrece la normativa vigente” para otorgar autorizaciones de trabajo, y la crisis se ha hecho sentir especialmente en su contenido, prácticamente nulo a día de hoy. Por otro lado, la denominación de “régimen general” que se predica respecto de las solicitudes individualizadas de autorización parece sugerir, quizá, que éstas son la vía ordinaria, a la que ha de sumarse, complementariamente, el contingente determinado en cada momento. Un último dato que apunta en el mismo sentido es la propia concepción potestativa de la fijación de un contingente para cada año, frente al carácter permanentemente abierto de las autorizaciones individualizadas.

5.2 El retorno en el marco de las políticas comunitarias

5.2.1 Consideraciones previas

A lo largo de la historia, Europa ha sido un continente marcado por movimientos migratorios muy acusados¹⁷¹. Si se examinan los datos resulta evidente que estos flujos migratorios tienen un carácter ambivalente: se vienen considerando al mismo tiempo como un problema social y como una solución a las tendencias

¹⁷⁰ SERRANO VILLAMANTA, J.: “El trabajo de los extranjeros: el Derecho sustantivo, *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005, se refiere al contingente como el “eje fundamental de la política laboral migratoria”. Apoyan el papel prioritario del contingente frente a las autorizaciones individualizadas: TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 255; BALLESTER PASTOR, M.A., *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, 1996, p. 88; AA.VV. *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 126; CHARRO BAENA, P., “Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre”, *Tribuna Social* núm. 133, 2002, p. 53.

¹⁷¹ CASADO LÓPEZ, M^a L: “Inmigración y políticas de regularización en la Unión Europea”, *Inmigración y Derechos de ciudadanía*, Colección Monografías, Ed. Fundación CIDOB, Barcelona, 2006, p. 29.

demográficas de la UE¹⁷². Tradicionalmente, la inmigración supone para Europa tanto una oportunidad como un desafío. Los inmigrantes son necesarios para cubrir las lagunas de mano de obra de la UE, donde la población autóctona envejece y la tasa de natalidad disminuye. En la actualidad, la UE necesita poner freno a la inmigración ilegal y cooperar con otros países para organizar la repatriación voluntaria de los inmigrantes ilegales. Toda la política comunitaria de inmigración se basa, desde hace varios años, en conseguir un justo equilibrio entre permitir el acceso legal a su territorio de ciudadanos de terceros Estados, y reforzar las medidas de lucha contra la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza y el retorno es una de las medidas que contribuye a su consecución¹⁷³.

La migración de retorno, aunque ha estado presente desde siempre en las políticas migratorias, en la actualidad, está suscitando una especial atención de las instancias comunitarias, quizá por la incidencia de la fuerte recesión económica que atraviesa la UE y por el aumento de trabajadores en situación irregular.

Una política comunitaria de retorno eficaz es un complemento necesario de una política de asilo e inmigración legal, así como un importante componente de la lucha contra la inmigración ilegal. Los Estados miembros consagran presupuestos considerables a la aplicación de programas de retorno y realización de operaciones de retorno forzoso. Las acciones comunes de la UE en este campo, respaldadas por los adecuados medios financieros procedentes del Fondo Europeo de Retorno, apoyan la labor de los Estados miembros, subrayan la necesidad del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y refuerzan la solidaridad entre Estados miembros¹⁷⁴.

A pesar de lo mucho que se ha avanzado en los últimos años en relación con el análisis del fenómeno migratorio desde diferentes perspectivas (demográfica, antropológica, sociológica, económica, etc.), la migración de retorno sigue siendo, por lo general, la gran desconocida del fenómeno migratorio contemporáneo. Probablemente se deba a que la mayoría de los retornos se siguen realizando de manera espontánea, lo que dificulta su identificación y análisis.

¹⁷² ARGEREY VILAR, P., "La política de inmigración en la Unión Europea", *Documento de Trabajo núm. 4, 2001*, Universidad San Pablo CEU, Madrid, octubre de 2001, p. 4.

¹⁷³ La Comunicación de la Comisión relativa a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales de 14 de octubre de 2002 [COM(2002)564 final]. Comunicación sobre una política común de emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos de 17 de junio de 2008 [COM (2008) 359 final] que refiere a políticas de retorno sostenibles y eficaces.

¹⁷⁴ Véase, tercer considerando de la Decisión 575/2007 de 23 de mayo de 2007 por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del programa general de solidaridad y gestión de los flujos migratorios.

5.2.2 Delimitación conceptual y tipologías

En los Estados miembros se utiliza una gran variedad de términos y designaciones diferentes para referirse al retorno, tales como salida voluntaria, retorno voluntario asistido, retorno voluntario y así mismo son diferentes los programas o proyectos de asistencia de los Estados miembros. En términos generales, las diferentes tipologías de retorno vienen determinadas por la voluntariedad de la persona inmigrante frente al retorno, su situación legal y social y la existencia o no de apoyos al retorno, así como el objeto de estos¹⁷⁵.

En cualquier caso, se trata de una cuestión compleja que cubre un gran número de situaciones que resulta obligado delimitar y las cuales pueden clasificarse en diversas categorías:

Un primer tipo de retorno voluntario sería aquel en el que la persona inmigrante toma libremente la decisión de regresar a su país de origen y lo hace sin ningún tipo de apoyo institucional. Es lo que se suele tipificar como retorno escogido, espontáneo o voluntario¹⁷⁶.

Un segundo tipo lo constituye el retorno voluntario asistido (RVA) que hace referencia a las personas que, independientemente de su situación legal, deciden voluntariamente regresar y lo hacen con el apoyo (logístico, financiero o material) de algún organismo. Las medidas de retorno asistido difieren en función de la estructura nacional de los Estados miembros. La organización de dichas medidas se considera fundamental para la satisfactoria ejecución del programa de retorno asistido, así como para la sostenibilidad de estos programas.

Una tercera y última categoría es la del retorno forzoso que agrupa a las personas que no necesitan ninguna protección particular y que residen de forma *ilegal* en la Unión Europea. Estas personas no cumplen -o han dejado de cumplir- las condiciones de entrada, presencia o estancia en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea, bien porque entraron ilegalmente, bien porque su visado o permiso de residencia ha expirado o bien porque su solicitud de asilo fue rechazada. Estas personas no tienen ningún estatuto jurídico que les permita permanecer en el territorio de los Estados miembros y pueden ser instados a dejar

¹⁷⁵ Casi todos los Estados miembros, salvo Grecia y Eslovenia, ofrecen la modalidad de retorno voluntario asistido. Además, la mayoría de los Estados miembros prestan asistencia para la salida voluntaria, salvo Eslovenia, Hungría e Italia. No existen programas nacionales de retorno asistido en Eslovenia, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Letonia ni Lituania. Véase, Informe de síntesis sobre "estrategias de fomento y programas de retorno asistido y reintegración de nacionales de terceros países" elaborado por la Red Europea de Migraciones (REM) de marzo de 2011. Puede encontrarse más información en el sitio web de la EMN: <http://www.emn.europa.eu>.

¹⁷⁶ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., FERNÁNDEZ COLLADOS, B., "Retorno voluntario de inmigrantes", *Revista andaluza de Relaciones laborales*, núm. 23, 2010, pp. 137-158. CHARRO BAENA, M^a P. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "Las políticas públicas a favor del retorno voluntario de inmigrantes", *Revista General de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 2012.

voluntariamente el territorio de la Unión u obligados a hacerlo. Es lo que se llama retorno forzoso, donde existe una amenaza de uso de medidas coercitivas o el uso mismo de estas medidas (expulsiones).

En esta línea interpretativa, el retorno de inmigrantes forma parte integrante de la política migratoria de la UE y sus Estados miembros, desde el Programa de Tampere en 1999. El Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de 24 de septiembre de 2008 ofrece el marco actual para seguir desarrollando la política de retorno de la UE. Uno de sus cinco compromisos consistía en “*combatir la inmigración ilegal, en particular garantizando el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación ilegal*”.

5.2.3 Política comunitaria de retorno

Las políticas de retorno de personas inmigrantes en Europa y España no son una novedad, ya que en Europa, en la década de los setenta y ochenta del siglo XX, países como Alemania, Francia, Holanda o Reino Unido pusieron en marcha programas de retorno con limitado alcance. En la última década, la Unión Europea, en el marco del trabajo de construcción de una política de asilo y migración común ha considerado también oportuno diseñar políticas e implementar programas de retorno de personas inmigrantes, si bien enfatizando más las de retorno de personas en situación irregular, ya sea este un retorno voluntario o forzoso¹⁷⁷.

Desde el año 2002, y especialmente después del Consejo Europeo de Sevilla de junio de 2002, la consolidación de una política de retorno comunitaria se ha convertido en una prioridad absoluta para la UE y sus Estados Miembros, en la medida en que es considerada como una parte constituyente de una política comunitaria integral sobre la inmigración y el asilo.

A. Antecedentes normativos

En la última década, la Unión Europea, en el marco del trabajo de construcción de una política de asilo y migración común iniciada en Tampere en 1999¹⁷⁸, ha

¹⁷⁷ CASSARINO, J.P. “La dimensión exterior de las políticas de inmigración en la Unión Europea”, *V Seminario Inmigración y Europa*. Fundación CIDOB, 13 y 14 de diciembre de 2007, Barcelona.

¹⁷⁸ En las *Conclusiones de la reunión de Tampere* puede leerse:

considerado también oportuno diseñar políticas e implementar programas de retorno de personas inmigrantes, si bien enfatizando más las de retorno de personas en situación irregular, ya sea este un retorno voluntario o forzoso. Así, se ha ido generando un largo historial en desarrollo de políticas de inmigración y retorno en el ámbito de la Unión Europea, por lo que para los objetivos del presente estudio nos limitaremos a enunciar las más importantes de forma sintética.

Tras el establecimiento, en el Tratado de Ámsterdam, de la competencia comunitaria en materia de migración y asilo, los Jefes de Estado y de Gobierno solicitaron, en el Consejo Europeo en Tampere en octubre de 1999, el desarrollo de una política común de la UE en estos ámbitos. Desde entonces, la Comisión ha presentado propuestas para una política comunitaria de asilo e inmigración basada en un planteamiento en dos etapas: la adopción de un marco jurídico común de acuerdo con el Tratado y el desarrollo de un método abierto de coordinación. El objetivo de las propuestas de la Comisión sobre la política de inmigración es asegurar una gestión más eficiente de los flujos migratorios en todas sus etapas. El planteamiento global que se ha presentado se centra en la adopción de procedimientos comunes para la admisión legal de nacionales de terceros países, entablando un diálogo más estrecho con los países de origen y complementado con políticas más coordinadas de integración a nivel nacional.

En el Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001 se propuso en el punto nº 40 de sus conclusiones, desarrollar un Plan de acción basado en la Comunicación de la Comisión de 15 noviembre de 2001, relativa a un método abierto de coordinación de la política económica en materia de inmigración¹⁷⁹. Específicamente, se señalaba que el retorno y la readmisión de los nacionales de terceros países que residen ilegalmente en la UE debía constituir una parte integrante de la política común.

El punto inicial de la discusión sobre los conceptos y propuestas de retorno de la UE se sitúa en el Libro Verde de la Política de Retorno Comunitaria de Residentes Ilegales, aprobado el 10 de abril de 2002¹⁸⁰, que investigó varios temas relacionados con el retorno de ciudadanos de terceros países¹⁸¹. El Libro Verde se centra, en

“26. El Consejo Europeo hace un llamamiento para que se desarrolle la asistencia a los países de origen y tránsito con objeto de promover el retorno voluntario y ayudar a las autoridades de esos países a mejorar su capacidad para combatir eficazmente la trata de seres humanos y para cumplir las obligaciones de readmisión que les incumben respecto de la Unión y los Estados miembros”.

¹⁷⁹ COM (2001) 672 final del 15 de noviembre de 2001.

¹⁸⁰ COM(2002) 175 final.

¹⁸¹ El Libro Verde fue el primer documento oficial que se centró en el asunto del retorno y en las políticas de repatriación a nivel de la UE. Su objetivo era proyectar el ámbito del retorno.

particular, en la cooperación futura entre Estados miembros para el retorno de residentes ilegales y para el desarrollo de las políticas de readmisión junto con terceros países. Examina los complejos problemas que rodean el retorno para las personas que residen ilegalmente en la UE y presenta sugerencias para una política coordinada y eficaz, basada en principios y normas comunes y respetuosas de los derechos humanos y de la dignidad de la persona. La premisa principal que enfatiza es la de la necesidad de una política de retorno para salvaguardar la integridad de los sistemas legales y humanitarios de admisión.

Mención aparte merece, sin duda, la Decisión 2004/573/CE, del Consejo, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión. Según su artículo 1, el objetivo de la Decisión es coordinar las expulsiones conjuntas por vía aérea desde varios Estados miembros de nacionales de terceros países sobre los que haya recaído resoluciones de expulsión individuales. En el texto se regulan, sobre todo, las tareas del Estado organizador del vuelo conjunto (artículo 4), las tareas del Estado participante (artículo 5) y las tareas comunes (artículo 6).

El Programa de la Haya, aprobado por el Consejo Europeo en noviembre de 2004, previó la creación de un Sistema de Asilo Europeo Común para la UE. Una “política común de retorno para emigrantes irregulares” se ha concebido como un ingrediente esencial para esta política común de inmigración en la agenda de la UE. De hecho, el Consejo Europeo exigió la “creación de una política de expulsión y repatriación efectiva, basada en normas comunes para que las personas retornen de una manera humana y con absoluto respeto a la dignidad y derechos humanos”. La necesidad de unos procedimientos de retorno comunes ha sido reafirmada por la presentación de la Comisión Europea que pone en práctica el Programa de la Haya como una de las prioridades estratégicas clave¹⁸².

Especial significación tiene la propuesta de Directiva de retorno que la Comisión presentó en septiembre de 2005¹⁸³. El objetivo de esta propuesta era textualmente “elaborar unas normas comunes claras, transparentes y justas en materia de retorno, expulsión, uso de medidas coercitivas, internamiento temporal y reingreso, que tengan plenamente en cuenta el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas concernidas”. Sin embargo, muchos son los interrogantes suscitados con respecto a esta norma comunitaria, de entre

¹⁸² En su punto 1.6.4 se lee: “Política de repatriación y readmisión” Los migrantes que no tengan o hayan dejado de tener derecho a permanecer legalmente en la UE deberán regresar de forma voluntaria o, si es necesario, obligatoria. El Consejo Europeo pide que se establezca una política eficaz de expulsión y repatriación basada en normas comunes para las personas que vayan a ser repatriadas, de manera humana y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad”.

¹⁸³ COM (2005) 391 final.

ellos destaca el tratamiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas que se expulsarán del territorio europeo y si constituye un verdadero avance con respecto a las legislaciones ya vigentes entre los socios europeos¹⁸⁴. Finalmente, la denominada Directiva Retorno de la Unión Europea (UE), fue aprobada en diciembre de 2008 y establece políticas de inmigración comunes sobre el retorno, expulsión y reingreso de quienes se encuentren en un país miembro de la UE en situación irregular¹⁸⁵.

El Pacto Europeo de Inmigración y Asilo de octubre de 2008 representa el consenso de los Estados miembros en las cuestiones referidas al tratamiento de la migración que recibe la UE; tratándose la cuestión del retorno en la sección dedicada al tratamiento de la inmigración irregular. Concretamente (apartado II e) invita a los Estados miembros a dotar dispositivos de ayuda al retorno voluntario. En esta misma dirección, el Programa marco de solidaridad y gestión de los flujos migratorios 2007-2013 aborda entre sus mecanismos de solidaridad financiera, tanto el retorno voluntario y forzoso de los nacionales de terceros países que residen legal o ilegalmente en el territorio de la UE, como la creación de un Fondo Europeo para el Retorno que tiene como objetivo prioritario apoyar los esfuerzos de los Estados miembros en la mejora de la gestión de todas las dimensiones del retorno.

La Comunicación sobre el tercer informe anual en materia de inmigración y asilo de 30 de mayo de 2012¹⁸⁶ refiere a que la migración y movilidad deben inscribirse en el contexto de la necesidad de mantener movimientos ordenados de población que respeten plenamente los derechos fundamentales. Ello implica diálogo y cooperación con países ajenos a la UE, a fin de facilitar una migración y movilidad legal, sin dejar de tratar eficazmente la migración irregular y manteniendo una política efectiva de retorno.

En consecuencia, el tratamiento normativo del retorno a nivel de la Unión Europea se circunscribe al establecimiento y promoción de los inmigrantes a sus países de origen de forma voluntaria y/o forzosa, la creación del Fondo Europeo de Retorno con el objetivo de contribuir a la mejora de la gestión integrada del retorno, así

¹⁸⁴ MOYA MALAPEIRA, D., "La nueva Directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros". *ReDCE*, núm 10, 2008, pág. 137. ANAGUELO NAVARRO, P., CHUECA SANCHO, A., "Directiva de retorno. Directiva de expulsión". *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, núm. 18, 2008. pp. 121-166. FAJARDO CASTILLO, T., "La Directiva sobre el retorno de inmigrantes irregulares" *Revista de derecho comunitario europeo*, núm. 33, 2009, p. 457.

¹⁸⁵ DIRECTIVA 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. DOUE de 24 de diciembre de 2008. L348/98.

¹⁸⁶ COM (2012) 250 final.

como favorecer una aplicación correcta y armonizada del acervo comunitario en la materia.

B. Retorno voluntario

Estudios recientes en la Unión Europea determinan que un creciente número de Estados miembros considera el retorno voluntario como una alternativa válida, y a menudo preferible, al retorno forzoso¹⁸⁷. Por ello, se han emprendido (o se están emprendiendo) medidas para que estas modalidades de retorno sean una opción de retorno creíble y viable.

A pesar de las diferentes modalidades y el uso heterogéneo de la terminología sobre el retorno, casi todos los Estados miembros ofrecen la modalidad de retorno asistido, aunque difieren en las medidas a aplicar por los Estados miembros, ya que algunos Estados miembros disponen de programas completamente desarrollados, a menudo aplicables durante muchos años; otros han creado proyectos (piloto) con la ayuda del Fondo Europeo para el Retorno y que se centran fundamentalmente en facilitar el retorno asistido, mediante la mejora de las condiciones de retorno y un mayor asesoramiento antes del retorno; e incluso otros, siguen estudiando la posibilidad de embarcarse en dichos proyectos y la forma de organizar esta tarea (por ejemplo, a través de estudios, intercambios transnacionales o asociaciones)¹⁸⁸.

Los Estados miembros son cada vez más conscientes de que la voluntad de regresar (o participar en proyectos de retorno) depende de múltiples factores, a menudo entrelazados. Además de los motivos del retorno, tales como la reagrupación con miembros de la familia y amigos o un vivo deseo de contribuir a la reconstrucción del país de retorno, y de los retos afrontados en el Estado miembro respectivo, como son el desempleo, la incapacidad de integración o la larga duración de los procedimientos de asilo, los Estados miembros también identificaron obstáculos concretos para el retorno, tales como el riesgo de enfrentarse a un desprestigio cultural y social, de ya no poder mantener a la familia mediante el envío de remesas o el temor a un futuro incierto (préstamos pendientes).

¹⁸⁷ Informe sobre “Estrategias de fomento y programas de retorno asistido y reintegración de nacionales de terceros países”... citado que incluye los diversos enfoques de los programas de retorno asistido de los Estados miembros, a fin de identificar las lecciones aprendidas, mejores prácticas y las posibles sinergias para seguir desarrollando y mejorando los programas de retorno asistido de la UE.

¹⁸⁸ Véase el Informe “Estrategias de fomento y programas de retorno asistido y reintegración de nacionales de terceros países”...cit., p. 52 y ss.

Pese a las numerosas medidas adoptadas por los Estados miembros para que el retorno asistido pase a ser una opción creíble y viable que produzca resultados sostenibles¹⁸⁹, se ha constatado que sigue siendo necesario crear una serie de proyectos o programas para las distintas fases del retorno¹⁹⁰.

En todos los Estados miembros, *la fase previa al retorno* consiste en la difusión de información sobre el retorno y el asesoramiento al respecto, la facilitación de información específica acerca del país de retorno, la prestación de asistencia sanitaria (documentación y examen médicos y atención sanitaria) y la prestación de asistencia al transporte (asistencia previa al retorno, dietas de viaje y ayudas a la reinstalación).

En la *fase intermedia o de transporte* se incluye el transporte (coordinación del traslado, asistencia durante el tránsito, servicios de escolta, equipaje no acompañado, documentos y trámites) y la ayuda sanitaria (chequeos médicos previos al embarque y servicios de acompañamiento médico).

En relación con las medidas aplicadas en *la fase posterior al retorno*, casi todos los Estados miembros, salvo Grecia, prestan asistencia a las personas migrantes a su retorno. Esta fase consistía en medidas tales como la acogida, el transporte terrestre, ayuda sanitaria, así como en ayudas a la reintegración y asistencia adicional para la reintegración.

Finalmente, respecto de las mejores prácticas se incluyen: la necesidad de garantizar la claridad de las medidas de política de retorno (por ejemplo, garantizar que los nacionales de terceros países sean claramente informados del contenido y los procedimientos del retorno asistido); tener en cuenta las circunstancias y consideraciones personales para participar en los programas de retorno asistido; difundir información sobre los programas de retorno asistido; evaluar las necesidades de asesoramiento que difieren en función del Estado miembro y del tipo de programa de retorno asistido de que se trate; ofrecer incentivos diferenciados, dado que los extranjeros retornados tienen necesidades diferentes; así como reforzar las actividades de sensibilización y divulgación dirigidas a grupos específicos.

¹⁸⁹ Sobre las medidas adoptadas en España, véase, BENLLOCH SANZ, P., CHARRO BAENA, P. y OLIVÁN, LÓPEZ, P. "La política española de retorno de inmigrantes extracomunitarios", Actes du colloque: *Dynamique migratoire, migration de retour et impacts sur les sociétés d'origine au Maghreb et Afrique de l'Ouest*, Rabat, 22-23 de noviembre, Financé par le Ministère Français des Affaires Etrangères avec les concours de la Fondation Hassan II pour les Marocains Résidant à l'Étranger, 2011.

¹⁹⁰ Resulta fundamental organizar eficazmente las medidas de retorno en las tres fases de éste para garantizar el éxito en la ejecución de las medidas de retorno asistido y la sostenibilidad de estos programas.

C. Retorno forzoso

Otro de los pilares fundamentales de la actual política comunitaria de retorno lo constituye la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular¹⁹¹, denominada Directiva de retorno y con el objetivo de elaborar unas normas comunes claras, transparentes y justas en materia de retorno, expulsión, uso de medidas coercitivas, internamiento temporal y reingreso, que tengan plenamente en cuenta el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas concernidas.

La mencionada Directiva ha generado numerosas corrientes de opinión, en su mayoría contrarias a su aprobación, ya que se ha considerado que mediante esta norma se recortan los derechos humanos de los extranjeros sin papeles¹⁹². Quizás, lo más novedoso de la misma sea el hecho de que se autorice a los Países de la Unión Europea a internar a los inmigrantes irregulares durante un periodo de 18 meses, mientras se realizan los trámites para la repatriación a sus países de origen, y les prohíbe por cinco años volver a Europa tras ser expulsados por ese motivo.

La Directiva parte de una configuración básica del procedimiento de retorno como un procedimiento de restitución del extranjero a un tercer Estado de origen, nacionalidad o residencia o, cualesquiera otro por razón de su estancia irregular en un Estado miembro,

y no como un procedimiento sancionador, al menos, no automáticamente.

En este sentido, la “estructura del procedimiento de retorno” resultante consta -al menos teóricamente- de dos actos administrativos diferentes, la orden de salida y la orden ejecutiva de retorno.

El primer acto, la orden de salida voluntaria, puede ejecutarse en el plazo de 4 semanas, excepto que exista un riesgo de huida, en cuyo caso pueden imponerse obligaciones suplementarias de presentación periódica ante las autoridades, retención de documentos, imposición de una fianza o de otras medidas limitativas de la libre circulación del extranjero por el territorio.

El segundo es un acto que puede no llegar a ser necesario si el extranjero cumple voluntariamente con la orden de salida, y que deviene complementario de ésta en caso de incumplimiento, y que consiste en una orden ejecutiva de expulsión. Por tratarse de un acto formalmente distinto de la orden de salida obligatoria o retorno

¹⁹¹ DOUE de 24 de diciembre de 2008. L 348/98.

¹⁹² MOYA MALAPEIRA, D., “La nueva Directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros”. *ReDCE*, núm 10, 2008, p. 137. AGUELO NAVARRO, P., CHUECA SANCHO, A., “Directiva de retorno. Directiva de expulsión”. *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, núm. 18, 2008. pp. 121-166. FAJARDO CASTILLO, T., “La Directiva sobre el retorno de inmigrantes irregulares” *Revista de derecho comunitario europeo*, núm. 33, 2009, p. 457.

deberá fijar su propio plazo de ejecución, así como el país de destino de la medida de retorno, salvo en los casos en que se adopte directamente por existir riesgo de huida.

La Directiva tiene una voluntad armonizadora pero sin caer en la completa uniformización de las medidas de alejamiento. Para ello construye un concepto y estructura autónoma de la figura del retorno que permite a los Estados adaptar sus respectivas regulaciones de las medidas de alejamiento sin excesivas dificultades¹⁹³. Admite diversos grados en la armonización de las medidas de alejamiento en los Estados miembros, quedando a disposición de estos últimos optar por una armonización amplia u otra más limitada.

D. Fondo europeo para el retorno

La Unión Europea ha establecido para el periodo 2007-2013 el programa general “solidaridad y gestión de los flujos migratorios” que se compone de cuatro Fondos y su objetivo es garantizar una distribución justa de las responsabilidades entre Estados miembros, en lo que respecta a la carga financiera derivada de la introducción de una gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión y de la aplicación de políticas comunes de asilo e inmigración¹⁹⁴. Uno de esos cuatro Fondos es el Fondo Europeo para el Retorno creado para el periodo 2008-2013 en virtud de la Decisión nº 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de mayo de 2007¹⁹⁵. Constituye junto con la denominada Directiva de retorno los pilares fundamentales de la actual política de retorno en la Unión Europea.

La normativa reguladora del Fondo Europeo para el Retorno diferencia entre objetivos generales y específicos.

El objetivo general del Fondo se centra en apoyar los esfuerzos realizados por los Estados miembros para mejorar la gestión del retorno en todas sus dimensiones mediante el uso del concepto de la gestión integrada y disponiendo lo necesario para que los Estados miembros puedan ejecutar las acciones nacionales que persigan los objetivos comunitarios con arreglo al principio de solidaridad, teniendo en cuenta la legislación comunitaria en este ámbito y respetando plenamente los derechos fundamentales (art. 3).

En lo que refiere a los objetivos específicos, destaca la idea de gestión integrada del retorno y, en concreto, la mejora de su organización y ejecución; un mayor esfuerzo

¹⁹³ MOYA MALAPEIRA, D., “La nueva Directiva de retorno y la armonización comunitaria...cit., p. 128.

¹⁹⁴ COM (2005) 123 final.

¹⁹⁵ DOUE de 6 de junio de 2007.L .144/45.

en la cooperación de los Estados miembros en materia de retorno y una aplicación eficaz y uniforme de normas comunes sobre el retorno, de conformidad con la evolución de la política en este ámbito.

En consecuencia, el objetivo general del Fondo Europeo para el Retorno es apoyar los esfuerzos de los Estados miembros en la mejora de la gestión de todas las dimensiones del retorno, así como favorecer una aplicación correcta y armonizada del acervo comunitario en materia de retorno.

Cada Estado miembro propondrá, sobre la base de las orientaciones estratégicas, proyecto de programa plurianual que constará de los siguientes elementos: una descripción de la situación actual en el Estado miembro en relación con el principio de la gestión integrada del retorno, un análisis de las necesidades en el Estado miembro, la presentación de una estrategia adecuada para alcanzar estos objetivos y las prioridades fijadas para su realización y una descripción de las acciones previstas para cumplir con dichas prioridades (art. 19).

5.3 La protección de seguridad social de los trabajadores migrantes

5.3.1 Consideraciones previas

En poco tiempo el perfil de la sociedad española ha experimentado importantes cambios. España ha pasado de ser un país caracterizado por el alto número de trabajadores que emigraban a otros Estados, a ser uno de los principales destinos receptores de inmigrantes que animados por el auge económico de la década 1998-2007, decidieron fijar aquí su residencia¹⁹⁶.

En la actualidad nos encontramos ante un panorama del todo diferente. Desde hace ya varios años asistimos a una situación de grave crisis económica que se traduce en una ingente destrucción de puestos de trabajo, con el consiguiente volumen de desempleados que no cesa de aumentar y que afecta de forma particularmente grave a la población inmigrante, cuya tasa de desempleo alcanza ya el 36,5%¹⁹⁷.

Los inmigrantes representan así uno de los colectivos más azotados por el desempleo, lo que se traduce en peores condiciones de vida y en ingresos

¹⁹⁶ Como señala GALLEGO LOSADA, R., el extraordinario crecimiento de la inmigración se debió “a un crecimiento récord del PIB real en España del 4,5% durante el periodo 2000-2007, una cifra mayor que el promedio de la UE (2,2% para la UE-15 y 2,4% para la UE-27)”: “La inmigración marroquí y su retorno en el contexto de la crisis económica”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 29, 2012, p. 310.

¹⁹⁷ Más de doce puntos por encima del porcentaje de españoles desempleados que se sitúa en el 24,23%: encuesta de población activa, 2012, INE.

inferiores que los recibidos por los trabajadores autóctonos. Esta situación obedece fundamentalmente a dos factores; el primero, que sólo una pequeña parte de los inmigrantes en desempleo ha cotizado a la Seguridad Social el tiempo suficiente para tener derecho a cobrar la correspondiente prestación o subsidio, el segundo, que no hay muchos inmigrantes que cuenten en España con una red familiar con ingresos suficientes para sostener a quienes han perdido su empleo¹⁹⁸.

A pesar de esos datos desalentadores y en contra de lo que sería previsible, las medidas de fomento del retorno de inmigrantes no están dando los resultados que podrían esperarse. En efecto, en una situación de recesión como la que atraviesa España, podría pensarse que el retorno temporal o definitivo al país de origen aparece como una consecuencia inevitable, sin embargo, como puso de manifiesto el informe sobre inmigración y mercado de trabajo del año 2010¹⁹⁹, los datos del año 2009 ya mostraban que a pesar de la crisis económica existente en España, y a pesar de a las medidas adoptadas para fomentar el retorno de extranjeros a sus Estados de origen, no se estaban produciendo los flujos masivos de retorno esperados. Por su parte, si bien el informe de 2011 sobre Inmigración y mercado de trabajo²⁰⁰ ponía de manifiesto un ligero aumento de las salidas en el período comprendido entre 2008 y 2010, aquél estaba muy lejos del volumen de salidas esperado²⁰¹.

Tampoco los programas de retorno voluntario adoptados por muchos de los Estados de destino tuvieron los resultados previstos.

A la vista del panorama expuesto, podríamos cuestionarnos cuáles son las motivaciones que llevan a los inmigrantes a permanecer en el Estado de acogida, en vez de aprovechar las oportunidades que tanto el país de residencia como el de origen ponen a su disposición para fomentar su retorno.

De los distintos estudios efectuados sobre la cuestión puede extraerse una máxima que parecen seguir la mayoría de inmigrantes en situación de desempleo: “mejor desempleado que regresar”²⁰². Pero junto a esta premisa, lo cierto es que muchos

¹⁹⁸ GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., “La emigración desde España, una migración de retorno”, *ARI* 4/2012, p. 3.

¹⁹⁹ PAJARES, M., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010.

²⁰⁰ CARRASCO CARPIO, C., GARCÍA SERRANO, C., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2011*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2011.

²⁰¹ En concreto en el año 2010, con respecto al anterior, se produjo un incremento del 16,8% en las salidas de la población extranjera, con lo cual la tasa de movilidad externa (calculada sobre los datos del Padrón Municipal) de esta población quedó situada en el 5,9%. Las nacionalidades que protagonizaron mayor número de bajas durante el año 2010, por orden de mayor a menor, fueron: la marroquí (37.387), la rumana (34.122), la ecuatoriana (19.202), la boliviana (18.675) y la colombiana (15.025): CARRASCO CARPIO, C., GARCÍA SERRANO, C., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2011*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2011.

²⁰² *Informe España 2011: una interpretación de su realidad social*, Fundación Encuentro, Madrid, 2011, p. 296.

de los inmigrantes que se hallan en España “constituyen grupos asentados con familias ya consolidadas en la sociedad receptora y con un proyecto migratorio donde la vertiente económica y laboral va unida a otros motivos de peso”²⁰³. Aunque también pueden encontrarse trabajadores jóvenes sin permiso de trabajo y sin familia que no se plantean retornar a su país de origen, pues como ellos mismos indican “aquí están mejor, en su país el control social es más fuerte, no tienen oportunidades de formación y, en última instancia, no pueden regresar como fracasados”²⁰⁴.

Entre los motivos adicionales que actúan como elementos disuasorios a la hora de emprender el viaje, destacan tanto la situación económica y social en la que se encuentran sus lugares de origen que, comparativamente, suelen ser peores que las que hay en España, como el elevado coste que supone para el migrante perder los derechos adquiridos en España²⁰⁵.

En suma, la decisión de retorno al país de origen no obedece sólo a la existencia de una situación de crisis económica en el Estado receptor -que ciertamente se convierte en una variable a tener en cuenta pero sólo cuando en el país de origen la situación ha mejorado respecto a la que se daba cuando decidieron emigrar-, o a la pérdida del empleo que se tenía. Por el contrario, como se ha indicado, son varias las variables que influyen en las decisiones de retorno. En particular, la dificultad para volver a migrar -como consecuencia de la crisis económica, los controles fronterizos y las restricciones a la inmigración se han hecho más fuertes²⁰⁶-, así como el temor a una posible pérdida de derechos en materia de Seguridad Social, lo que se acompaña de la posible falta de coordinación entre las distintas Administraciones de Seguridad Social de los Estados de origen y receptor que, de nuevo, puede determinar pérdidas de derechos o retrasos en la gestión de la protección ya reconocida²⁰⁷.

Sin duda, uno de los condicionantes que más influencia puede tener en la decisión de retorno es el que se refiere al riesgo de perder los derechos en materia de Seguridad Social, que se produciría como consecuencia de la salida del país donde se ha efectuado el abono de cuotas. En efecto, el temor a verse privado de la

²⁰³ *Ibidem.* p. 268.

²⁰⁴ *Ibidem.* p. 296.

²⁰⁵ *Ibidem.* p. 271.

²⁰⁶ Como señala PAJARES, *op. cit.*, p. 116: “los inmigrantes son más reticentes a volver a su país porque saben que lo tendrán más difícil para volver a emigrar. Ya vimos en nuestro informe del pasado año que entre los grupos que mayor proporción de retorno estaban protagonizando se hallaban los latinoamericanos que habían adquirido la nacionalidad española y los rumanos, grupos ambos que pueden volver a emigrar a España en el momento en que lo deseen. En cambio, quienes al retornar pierden el derecho de residencia plantean mayores reticencias al retorno”.

²⁰⁷ Véase el *Informe anual sobre la situación de la integración social de los inmigrantes y refugiados en 2010*, en particular la parte relativa al “Impacto de las medidas de retorno”, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010.

protección frente a los riesgos sociales, se convierte en una circunstancia que juega decididamente a favor de las decisiones de permanecer en el Estado del que depende la protección.

Y es que, ahondando en esta cuestión, debe tenerse presente que la protección de los riesgos sociales por los sistemas estatales de Seguridad Social se halla condicionada por la normativa vigente en cada país. No puede obviarse el hecho de que las normas de Seguridad Social tienen un carácter marcadamente territorialista, por lo que, como regla general, sólo se reconocerá el derecho a la protección a quienes estén prestando servicios en el territorio del Estado en cuestión.

Ese carácter territorialista de las normas de protección social tiene dos importantes consecuencias: que las normas sólo se apliquen en el Estado donde se promulgan, y la total independencia de los sistemas nacionales de Seguridad Social.

Por su parte, el hecho de que algunos Estados sólo reconozcan en su legislación el derecho a la protección para sus nacionales, supone que los trabajadores extranjeros que presten servicios en ese Estado quedarán excluidos de la protección.

La conjunción de las consecuencias a las que se acaba de aludir –aplicación de las normas en el Estado que las promulga e independencia de los sistemas de protección social- suponen en la práctica, como han constatado numerosos estudios, una importante traba tanto a la salida de nacionales, como al retorno de inmigrantes a sus Estados de origen. Y ello, debido principalmente al temor de perder los beneficios de Seguridad Social ya adquiridos o en curso de adquisición²⁰⁸.

De igual forma, no puede tampoco obviarse que el sistema español de prestaciones sociales -muchas de las cuales disfrutaban también los ciudadanos inmigrantes-, es muy superior a las existentes en los países de origen. Circunstancia que puede ser un obstáculo adicional al retorno de inmigrantes a sus Estados de origen²⁰⁹.

²⁰⁸ En este sentido, el *Estudio sobre el retorno voluntario: "Hacia la construcción de una nueva realidad"*, FAMSÍ/UE/Consejería de Empleo, Servicio Andaluz de Empleo, 2010, pone de manifiesto que los principales obstáculos para el retorno de emigrantes a sus Estados de origen se halla, entre otros, la incertidumbre sobre si mantendrán sus derechos de Seguridad Social, por lo que se considera prioritario la adopción de acuerdos en materia de Seguridad Social que permitan transferir los beneficios sociales a efectos de pensión futura en sus países de origen.

²⁰⁹ *Programas y Estrategias referentes al Retorno Asistido y Reintegración en Terceros Países*, Red Europea de Migraciones/Gobierno de España, 2009, p. 36. Documento disponible en: <http://extranjeros.mtin.es> y <http://emn.sarenet.es>

5.3.2 Los instrumentos normativos de garantía de la protección social de los inmigrantes: principios internacionales de seguridad social y convenios bilaterales

Los problemas derivados del carácter territorial de las normas de Seguridad Social han influido de forma determinante en el establecimiento y adopción de un conjunto de medidas que permiten asegurar la protección de los extranjeros que, tras un tiempo de trabajo en territorio español, deciden retornar a sus Estados de origen.

La solución a este tipo de problemas pasa por la adopción por las autoridades estatales de decisiones referidas a la coordinación de la protección frente a los riesgos sociales. Esta coordinación se lleva normalmente a efecto mediante la suscripción de Convenios Bilaterales entre Estados, de Tratados Multilaterales de Seguridad Social, de Instrumentos normativos emanados de organismos internacionales -OIT y Unión Europea, básicamente- y también a través de normas nacionales de carácter internacional²¹⁰.

En particular, como muestra de este último mecanismo de actuación, debe destacarse que la legislación española de Seguridad Social cuenta con una previsión expresa de equiparación en materia de protección entre españoles y extranjeros que prestan servicios en territorio nacional. Este principio de igualdad de trato supone en la práctica un reconocimiento implícito tanto de la exportabilidad de las prestaciones reconocidas por la Seguridad Social, como del mantenimiento de los derechos en curso de adquisición aunque el extranjero retorne a su Estado de origen. El conjunto de medidas protectoras se ve completado con las previsiones recogidas en los convenios bilaterales que el Estado español ha suscrito con un importante número de terceros Estados.

Sin duda, las medidas en materia de Seguridad Social cuyo objeto es dotar de una especial protección a quienes retornan a sus países de origen, representan una de las medidas de mayor alcance en la protección de quienes han permanecido en España prestando sus servicios y deciden regresar al Estado del que son nacionales. Pues, como se ha señalado, tanto el derecho a la emigración, como el derecho a retornar al país de origen, se verían fuertemente constreñidos si no se garantizase la protección social tanto en los países de destino, como en el Estado del que son nacionales una vez retornados.

A. Los principios internacionales de seguridad social

²¹⁰ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., HIERRO HIERRRO, F.J., "Actuaciones en el ámbito de la Seguridad Social para el mantenimiento y la conservación de derechos y la nueva prestación por razón de necesidad", en *El Estatuto de la ciudadanía española en el exterior. Comentarios a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior*, Aranzadi, 2009, págs. 360 y sigs.

Tanto en el ámbito internacional como en el comunitario, los principios de Seguridad Social se presentan como la forma más eficaz de garantizar una adecuada protección frente a los riesgos sociales de quienes han prestado servicios en el territorio de más de un Estado. Ni la movilidad de trabajadores entre Estados, ni el retorno al de origen serían posibles si los trabajadores no contasen con una adecuada garantía de su derecho a la protección social.

Los principios internacionales de Seguridad Social representan el instrumento que permite garantizar una adecuada preservación de los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes.

Brevemente expuesto, el ámbito protector de los principios internacionales de Seguridad Social se concreta en los siguientes aspectos:

a) Principio de igualdad de trato

El principio de igualdad contempla el derecho de los emigrantes a recibir en el Estado de acogida el mismo trato que sus nacionales. En materia de Seguridad Social ello implica que los extranjeros que residen y trabajan en el territorio de un determinado Estado tienen los mismos derechos y obligaciones que los nacionales del Estado.

En los términos expresados por el artículo 3.1 del Convenio 118 OIT, este principio supone “conceder, en su territorio, a los nacionales de todo otro Estado Miembro para el que dicho Convenio esté igualmente en vigor, igualdad de trato respecto de sus propios nacionales por lo que se refiera a su legislación, tanto en lo que concierna a los requisitos de admisión como al derecho a las prestaciones, en todas las ramas de la seguridad social respecto de las cuales haya aceptado las obligaciones del Convenio”.

No obstante, no se trata de un principio absoluto, sino que en ocasiones la igualdad de trato se condiciona a que haya una reciprocidad tácita o expresamente reconocida. Esto es, a que el Estado del que es nacional el trabajador migrante reconozca y aplique el principio de igualdad de trato a los nacionales del Estado de acogida.

b) Principio de unicidad de la legislación aplicable

La sujeción de un trabajador a las normas de Seguridad Social de más de un Estado –el de origen y el de acogida- puede llegar a plantear importantes problemas de determinación de su derecho a la protección. Por ello, es frecuente que las propias normas internacionales remitan a una legislación nacional, a la que habrá de acudir para identificar sus derechos en materia de Seguridad Social.

Por regla general esa legislación aplicable será la del País de destino, o lugar de la prestación de servicios, aunque existen importantes excepciones a esta regla, conforme a las cuales debe continuar aplicándose la legislación del País de origen

al trabajador migrante.

c) Principio de mantenimiento de derechos adquiridos: exportación de prestaciones

A fin de que el trabajador no se vea privado de las prestaciones que se le han reconocido por la Seguridad Social de un Estado, se reconoce el mantenimiento de derechos adquiridos en Seguridad Social. La principal manifestación de este principio es la de exportación de prestaciones, referida al derecho del trabajador emigrante a percibir la prestación que le reconoció en el Estado de prestación de servicios, en su Estado de origen.

Conviene recordar que el principio de mantenimiento de derechos adquiridos o de exportación de prestaciones juega respecto de las prestaciones del nivel contributivo, excluyéndose, como regla general, de su aplicación las prestaciones no contributivas.

d) Principio de conservación de derechos en curso de adquisición

Conforme al principio de conservación de los derechos en curso de adquisición el trabajador migrante no perderá las cuotas que ingresó en otros Estados, por el hecho de abandonar el territorio de tales Estados. Conviene recordar que el derecho a la protección en el nivel contributivo se condiciona normalmente a que el solicitante de protección tenga cumplidos determinados períodos de cotización. Períodos que serían difíciles de acreditar por los trabajadores migrantes dada su prestación de servicios en el territorio de distintos Estados.

La conservación de derechos en curso de adquisición se manifiesta a través de la totalización, o acumulación, de los períodos de cotización o de residencia que tenga el trabajador en todos los Estados en los que se aplique este principio.

e) Principio de pago a prorrata

Como consecuencia de la acreditación de períodos de carencia o de cotización en diferentes Estados, debe producirse un reparto del coste de la prestación que tiene derecho a recibir el trabajador. Aunque el reconocimiento de la prestación compete a un Estado, el coste de la prestación debe repartirse entre todos los Estados en los que cotizó el beneficiario de la prestación. Y la cuantía de la prestación que abone cada Estado será proporcional a los períodos de cotización abonados en cada uno de aquéllos.

B. Los convenios bilaterales de seguridad social

Los convenios bilaterales surgen para proteger a los trabajadores nacionales frente a las necesidades en materia de Seguridad Social en países no comunitarios. La

Seguridad Social que deriva de estos convenios bilaterales aparece como un conjunto de normas vigente entre los Estados firmantes cuyo objetivo es proteger a los trabajadores para evitar pérdidas de derechos de Seguridad Social como consecuencia de cambios en su lugar de residencia. Ello no quiere decir que los convenios alteren las legislaciones estatales, pero sí las coordinan.

Sin duda, el convenio bilateral es una norma eficaz a la hora de amparar los derechos de Seguridad Social de los ciudadanos de manera recíproca. Esto es, nacionales de un Estado que residen en un país extranjero y extranjeros de ese país que se encuentra en el territorio del otro Estado. De tal manera que se configuran unas reglas de protección social conectadas y comunes que, a su vez, tienen naturaleza coordinadora, armonizadora o de unificación normativa e, incluso de reenvío. Su importancia como mecanismo protector de los trabajadores emigrantes deriva del hecho de que se han constituido históricamente como la rama originaria del Derecho Internacional de la Seguridad Social²¹¹.

5.4 El convenio bilateral de seguridad social suscrito entre España y México: ámbito y contenido de la protección

A. Aspectos generales

El Boletín Oficial del Estado publicó el 17 de marzo de 1995 el convenio de Seguridad Social suscrito el 25 de abril de 1994 entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos. El convenio, que entró en vigor el día 1 de enero de 1995, permite a los trabajadores mexicanos que cotizan en territorio español gozar de las mismas prestaciones que los afiliados nacionales.

a) Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación

El convenio bilateral de Seguridad Social entre España y México ampara a los trabajadores mexicanos que presten servicios en España. A los trabajadores españoles que trabajen en México. Y también a los familiares de éstos.

A los efectos de la aplicación del convenio bilateral se entiende por Trabajador cualquier persona que como consecuencia de realizar o haber realizado una actividad por cuenta ajena o propia, está, o ha estado sujeta, a las legislaciones española o mexicana.

El convenio se aplica, por tanto, a los trabajadores y a sus familiares que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones mexicana o española, en una o ambas Partes Contratantes.

²¹¹ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., *La Seguridad Social de los Trabajadores migrantes en el ámbito Extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 268. Con cita de PERRIN, G.

En lo que refiere al ámbito objetivo de aplicación, el convenio se aplica en España en el Régimen General y a los Regímenes Especiales del Sistema de la Seguridad Social relativos a las prestaciones de carácter contributivo, protegiendo las siguientes situaciones

- Pensiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- Pensiones de invalidez, vejez y muerte y supervivencia.

Por parte de México el convenio se aplica a los regímenes Obligatorio y Voluntario contemplados en la Ley del Seguro Social y sus Reglamentos en lo que se refiere a:

- Pensiones derivadas del seguro de riesgos de trabajo.
- Pensiones derivadas de los seguros de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte

Al margen de las mencionadas expresamente en el convenio bilateral, se incluye una cláusula para establecer que no se trata de una lista cerrada, sino que el convenio será también de aplicación a cualquier disposición legal que en un futuro pudiera complementar o modificar las enumeradas.

Asimismo, queda también abierta la posibilidad a que el Convenio se aplique a las disposiciones legales que establezcan un nuevo Régimen Especial de Seguridad Social o que incluyan dentro de los regímenes vigentes de uno de los Estados firmantes a nuevas categorías de personas, siempre que haya acuerdo entre los Estados español y mexicano.

b) Alcance y condiciones del derecho a la protección

En el ámbito de la Seguridad Social española todos los extranjeros que se encuentren de forma regular en España y que estén prestando sus servicios en territorio nacional quedan equiparados a los españoles en cuanto al alcance de la protección, lo que implica que con independencia de su nacionalidad tendrán los mismo derechos y las mismas obligaciones que un ciudadano de nacionalidad española²¹².

²¹² Conforme al artículo 7.1 de la Ley General de Seguridad Social: “Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes: a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral. b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no

El hecho de que además se hallen comprendidos en el ámbito de aplicación de un convenio bilateral de Seguridad Social supone un plus de protección, ya que se garantiza el derecho a la protección no sólo durante el tiempo que presten servicios en España, sino que también cuando regresen a su país de origen sus derechos en materia de Seguridad Social van a quedar garantizados con el alcance que determinen las previsiones contenidas en el convenio bilateral de que se trate.

a') Principio de igualdad de trato (art. 3)

Como la generalidad de los convenios bilaterales y multilaterales de Seguridad Social, también el Convenio bilateral entre España y México parte del principio de igualdad de trato. Conforme al mismo se prevé que los nacionales de uno de los Estados signatario, incluyendo a los miembros de su familia, quedan sometidos y se beneficiarán de la Seguridad Social en el territorio del otro Estado en las mismas condiciones que los nacionales del mismo, sin perjuicio de las disposiciones particulares que pudieran establecerse respecto de la protección en las distintas situaciones incluidas en el convenio.

b') Mantenimiento de derechos adquiridos y pago de las pensiones en el extranjero (art. 4)

Una de las manifestaciones del principio de mantenimiento de los derechos adquiridos por un trabajador nacional de uno de los Estados signatarios, se manifiesta en el reconocimiento de su derecho a que le sea abonada en el extranjero cualquier pensión generada por aplicación de las previsiones del convenio.

En efecto, como manifestación de la exportabilidad de pensiones, el artículo 4 del convenio bilateral prevé de forma expresa el pago de prestaciones económicas en el extranjero, articulando esta posibilidad sobre la base de dos premisas: la primera, que las prestaciones económicas no sufrirán reducción, modificación, suspensión, supresión o retención alguna por el hecho de que el pensionista o derechohabiente se encuentre o resida en territorio de la otra Parte Contratante. La segunda, que si el beneficiario de pensión reside en el territorio de un tercer Estado -no firmante del convenio-, la pensión que se le haya reconocido en base al convenio bilateral de Seguridad Social entre España y Ecuador se hará efectiva, en las mismas condiciones y con igual extensión que a los propios nacionales que residan en ese tercer país.

c') Totalización de períodos de cotización (arts. 9, 17 y 18)

titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen reglamentariamente. c) Socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado. d) Estudiantes. e) Funcionarios públicos, civiles y militares.

En el ámbito de la Seguridad Social los convenios bilaterales suelen establecer previsiones para la tutela de los derechos que el trabajador extranjero todavía no ha disfrutado o ejercitado por no haber cumplido los requisitos normativos para su reconocimiento, pero tiene la perspectiva o expectativa de disfrutarlos en el futuro. Es habitual que los convenios internacionales establezcan mecanismos de ajuste para que los trabajadores no pierdan sus derechos en materia de Seguridad Social o no se vea afectado el proceso de adquisición de los mismos. En particular, los convenios suelen incluir una cláusula de mantenimiento de derechos conforme a la cual a los trabajadores migrantes que realicen actividades profesionales en otro Estado, parte del convenio, se les reconocerán los períodos de residencia y cotización mediante la fórmula de la totalización de períodos de cotización. Esto es, mediante la previsión de que el tiempo de cotización acreditado en el Estado en cuestión será tenido en cuenta para la adquisición de la prestación correspondiente cuando se genere el hecho causante de la misma.

La aplicación del criterio de totalización supone la ruptura del principio de territorialidad, pues el país del que son nacionales los trabajadores va a proteger a sus nacionales residentes en el extranjero y el país receptor reconocerá los períodos de cotización, seguro o trabajo exigidos por su legislación y cumplidos parcialmente fuera.

No cabe duda que la totalización es una ventaja para los trabajadores extranjeros, al tiempo que funciona como un estímulo a la emigración al traducirse en una garantía de mantenimiento de derechos en materia de Seguridad Social, con independencia del Estado donde se resida y se presten servicios.

Este principio, por otro lado, va acompañado de la aplicación del principio *pro rata temporis*, conforme al cual el pago se realiza en proporción a los periodos cumplidos por el trabajador migrante en cada uno de los Estados.

El convenio bilateral de Seguridad Social entre España y México determina la aplicación de este principio tanto a los nacionales mexicanos que residan y trabajen en España como a los españoles que se hallen prestando servicios en México.

Así, en particular, cuando la legislación de uno de los Estados subordine la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones económicas de carácter contributivo al cumplimiento de determinados períodos de seguro, la institución competente de cada Estado deberá tener en cuenta a tal efecto, cuando sea necesario, los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación del otro Estado, como si se tratara de períodos cumplidos con arreglo a la legislación de la primera Parte, siempre que no se superpongan.

Esta regla general, se completa con previsiones específicas que refieren al modo en que debe cumplirse la obligación de totalizar los períodos de cotización acreditados en ambos Estados.

En caso de coincidencia de un período de seguro obligatorio con un período de seguro voluntario, debe tenerse en cuenta el período de seguro obligatorio²¹³.

Si los períodos de seguro coincidentes son equivalentes en ambos Estados, deben tomarse en cuenta los acreditados en la Parte en la que el trabajador haya estado asegurado en último lugar. Si no existieren períodos obligatorios anteriores en ninguna de las Partes Contratantes, se tomarán en cuenta los períodos equivalentes de la Parte Contratante en la que se hayan acreditado períodos obligatorios con posterioridad.

En fin, la previsión se completa con reglas específicas en cuanto al modo de hacer el cómputo de los períodos de cotización acreditados por el beneficiario, estableciendo a tales efectos que una semana equivale a siete días y a la inversa; y que en el caso de que al efectuar la conversión de los días en semanas resultara un sobrante de días mayor de tres, se considerará como otra semana completa.

B. Normas específicas del derecho a pensión

a) Pensiones de invalidez, jubilación y muerte y supervivencia

a') Liquidación de pensiones (art. 7)

El sometimiento de un trabajador a las normas de Seguridad Social de ambos Estados determina la aplicación de las normas españolas y mexicanas de protección social. El que haya de atenderse sólo a las previsiones legales de uno de los Estados o de ambos, depende de los períodos de seguro acreditados bajo cada una de las legislaciones.

Así, si el beneficiario cumple los requisitos exigidos por la legislación de una de los Estados miembro, la Institución competente aplicará su legislación teniendo en cuenta únicamente los períodos de seguro cumplidos bajo dicha legislación.

²¹³ No obstante esa previsión contenida en el artículo 17.1.a) del Convenio bilateral, el Convenio complementario al Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, de 25 de abril de 1994, dispone en su artículo 2. "Para calcular tanto la pensión teórica como el importe efectivo de la prestación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7, apartado 2, del Convenio, se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 17 del Convenio.

La cuantía efectivamente debida, calculada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7, apartado 2, del Convenio, se aumentará en la cuantía que corresponda a los períodos de seguro voluntario que no hayan sido computados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17, apartado 1, regla a), del Convenio.

Este aumento se calculará según lo dispuesto por la legislación vigente de la Parte con arreglo a la cual se hayan cumplido los períodos de seguro voluntario y de acuerdo a las cotizaciones efectivamente realizadas en los ramos de seguro y coberturas correspondientes".

Si no se cumplen los requisitos exigidos por la legislación de una de las partes para el derecho a pensión, las Instituciones competentes totalizarán todos los períodos de cumplidos tanto bajo su propia legislación como bajo la legislación de la otra Parte Contratante.

Si para el acceso a la pensión han de tomarse en cuenta los períodos de cotización acreditados en ambos Estados, el cálculo de la pensión se efectúa conforme a la aplicación del principio de prorrateo de pensiones:

- cada una de las Instituciones de los Estados, determinará por separado la cuantía de la pensión a la cual el interesado hubiera tenido derecho, como si todos los períodos de seguro totalizados hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación (pensión teórica);

- el importe de la pensión, que deba pagar cada Estado se determinará aplicando a la pensión teórica calculada según su legislación la proporción existente entre el período de cotización acreditado en cada Estado.

- En fin, si en uno de los Estados, se exige un tiempo de cotización para el reconocimiento de una pensión completa, la Institución de Seguridad Social del Estado en cuestión tendrá en cuenta, para los fines de la totalización, sólo los períodos de cotización en la otra Parte Contratante necesarios para alcanzar derecho a pensión.

No obstante lo anterior, conforme al artículo 8.1, si el tiempo total de cotización completado en uno de los Estados no llega a un año y, conforme a las previsiones normativas de ese Estado, no se reconoce ningún derecho a pensión, ese Estado no queda obligado a reconocer ninguna pensión por el referido período.

No obstante lo anterior, los períodos inferiores a un año acreditados en ambas Partes Contratantes pueden ser objeto de totalización por el Estado en el que el interesado reúna los requisitos para acceder a la pensión.

b') Condición de aseguramiento, conservación de derechos e incompatibilidades

En el supuesto de que la legislación de uno de los Estados subordine el derecho a pensión al requisito de que el trabajador haya estado sujeto a su legislación en el momento del hecho causante, el requisito se entenderá cumplido si el trabajador está asegurado en la otra parte del convenio o, en su defecto, cuando reciba una pensión de ese Estado.

De la misma forma, en el caso que, a los efectos del reconocimiento del derecho a pensión, se exija el cumplimiento de períodos de cotización en un tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, el requisito se entenderá cumplido si el interesado acredita esa cotización en el otro Estado miembro del convenio.

Son de aplicación a los pensionistas las cláusulas de reducción, suspensión o supresión de la pensión previstas por la legislación de uno de los Estados para los casos de ejercicio de una actividad profesional, aun cuando aquéllos ejercieran su actividad en el territorio de la otra Parte del convenio.

c') Cálculo de la base reguladora (art. 10)

Para el cálculo de la base reguladora sobre la que se determinará el importe de la pensión, el convenio parte de la competencia de cada Estado para aplicar su legislación.

Si las cotizaciones que efectuó el trabajador en ambos Estados se han utilizado para cálculo de la pensión, deben aplicarse las siguientes reglas a efectos del cálculo de la pensión:

En España, el cálculo se realizará sobre las cotizaciones reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. La pensión obtenida debe incrementarse con el importe de los aumentos y revalorizaciones habidos para cada año posterior y hasta el hecho causante, para pensiones de la misma naturaleza.

En México, el cálculo de la base reguladora se realizará teniendo en cuenta los períodos reales de cotización que el asegurado haya cubierto durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cuota al Instituto Mexicano del Seguro Social. La pensión debe incrementarse con el importe de los aumentos y revalorizaciones habidos para cada año posterior y hasta el hecho causante, para pensiones de la misma naturaleza.

d') Determinación de la incapacidad (art. 12)

La determinación del grado de incapacidad del trabajador, pasa por que las Instituciones de Seguridad Social de ambos Estados tengan en cuenta los informes médicos y los datos administrativos emitidos por las Instituciones del otro Estado. Aunque ello sin perjuicio de la potestad de cada Institución de someter al asegurado al reconocimiento por un médico de su elección.

b) Pensiones por accidente de trabajo y enfermedad profesional

a') Condiciones del derecho a pensión derivada de accidente de trabajo

Conforme a las previsiones del artículo 13 del Convenio, el derecho a las pensiones derivadas de accidentes de trabajo conforme a la legislación del Estado miembro donde prestase servicios el trabajador en la fecha del accidente.

En los casos de agravación de secuelas la pensión que pudiera corresponderle como consecuencia de la agravación estará a cargo de la Institución de Seguridad Social del Estado donde el trabajador hubiera estado asegurado en el momento de producirse el accidente de trabajo (art. 14).

b') Enfermedades profesionales y su agravamiento

Para la determinación de las pensiones derivadas de enfermedades profesionales se estará a las previsiones de la legislación del Estado parte que fuera aplicable al trabajador durante el tiempo que desempeñó la actividad que provocó la

enfermedad profesional, aun en los casos en que la enfermedad se diagnostique por primera vez, estando ya sujeto a la legislación del otro Estado.

Si el trabajador hubiera desempeñado la actividad que le provocó la enfermedad profesional de forma sucesiva y alternativa estando sujeto a la legislación de ambas partes, sus derechos en materia de pensión se determinarán de acuerdo con la legislación del Estado en el que el trabajador hubiera prestado servicios en último lugar por razón de dicha actividad.

El Estado que haya reconocido la pensión derivada de enfermedad profesional, responderá de cualquier agravación de la enfermedad que pueda tener lugar, aun cuando se halle sujeto a la legislación del otro Estado, siempre que el trabajador no haya realizado una actividad con igual riesgo, estando sujeto a la legislación del otro Estado.

c) Valoración de la incapacidad derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional

Para valorar la disminución de la capacidad derivada de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, se tendrán en cuenta las secuelas de anteriores accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que pudiera haber sufrido el trabajador, aunque éstos se hubieran producido estando sujeto a la legislación del otro Estado.

C. Otras cuestiones

a) Revalorización de pensiones

Las pensiones reconocidas por aplicación de las previsiones del Convenio se revalorizarán en las mismas condiciones que las pensiones reconocidas al amparo de la legislación interna de cada uno de los Estados.

Sin embargo, cuando para el cálculo de la cuantía de una pensión se haya aplicado el principio de "pro rata temporis", el importe de la revalorización se determinará mediante la aplicación de la misma regla de proporcionalidad que se haya aplicado para calcular el importe de la pensión.

b) Presentación y expedición de documentos y sus efectos jurídicos

Cualquier solicitud que deba presentarse conforme a las normas de uno de los Estados, podrá presentarse ante las Autoridades competentes o Instituciones correspondientes del otro Estado, siempre y cuando se presenten dentro del plazo que establece la legislación del Estado al que vayan dirigidos.

El beneficio de las exenciones de derechos de registro, de escritura, de timbre y de tasas consulares u otros análogos, previstos en la legislación de cada una de las

Partes Contratantes, se extenderá a los certificados y documentos que se expidan por las Administraciones o Instituciones competentes de la otra Parte Contratante. No será necesario legalizar ni legitimizar ningún documento que se expida para la aplicación del presente Convenio.

c) Modalidades y garantía del pago de las pensiones

El artículo 22 del Convenio determina que las Instituciones de Seguridad Social de los Estados miembros quedan liberadas de los pagos a los que queden obligadas conforme a las previsiones del Convenio cuando tales pagos se efectúen en la moneda de curso legal del país que conceda las pensiones.

Los Estados español y mexicano se comprometen a adoptar las medidas necesarias para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el convenio en el caso que se promulguen disposiciones restrictivas de la transferencia de divisas.

d) Atribuciones de las Autoridades competentes

Conforme al artículo 23 del Convenio, las Autoridades competentes de ambos Estados quedan obligados a:

- Celebrar los Acuerdos administrativos necesarios para la aplicación y desarrollo del presente Convenio.
- Designar los respectivos Organismos de enlace.
- Mantenerse mutuamente informadas de las medidas adoptadas en el plano interno para la aplicación del presente Convenio.
- Notificarse todas las disposiciones legislativas y reglamentarias que modifiquen aquellas a que se refiere el artículo 2; y
- Prestarse la más amplia colaboración técnica y administrativa posible para la aplicación de este Convenio.

Como cláusula de cierre se prevé la obligación de convocar la reunión de una Comisión creada al efecto, que estará presidida por las Autoridades competentes de ambos Estados, a petición de cualquiera de ellas, cuando sea necesario examinar los problemas que puedan surgir en la aplicación del Convenio bilateral y de los Acuerdos de desarrollo.

e) Solución de controversias

En lo que refiere a la solución de las controversias que pudieran plantearse como consecuencia de la aplicación de las cláusulas del convenio, se prevé que las Autoridades competentes de cada uno de los Estados resuelva, de común acuerdo, las diferencias que pudieran suscitarse en la interpretación y aplicación del Convenio y de los Acuerdos que se celebren.

f) Reconocimiento de períodos de cotización previos a la entrada en vigor del convenio

Conforme al artículo 25 del convenio, los Estados español y mexicano se comprometen a tomar en consideración los períodos de seguro que se hayan cumplido de acuerdo con la legislación de cada una de los Estados, antes de la fecha de entrada en vigor del presente Convenio, a los efectos de determinar el derecho y la cuantía de las pensiones que deban reconocerse en virtud del mismo.

g) Reconocimiento del derecho a prestación por contingencias sufridas antes de la firma del Convenio

El artículo 26 del Convenio bilateral España-México, se permite que las instituciones de Seguridad Social de los Estados firmantes determinen el derecho de los beneficiarios, y sujetos al convenio, a percibir pensiones por contingencias que hubieran tenido lugar con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de este convenio. Sin embargo, y sin perjuicio de tal examen y del reconocimiento del derecho a la prestación reclamada, el Convenio bilateral aclara que su abono no se efectuará en ningún caso por períodos anteriores a dicha fecha, ni tampoco se reconocerán prestaciones consistentes en una indemnización o pago único.

De esta forma, el convenio bilateral de Seguridad Social incluye un importante beneficio para los trabajadores sujetos al mismo, y es que se reconoce la protección de contingencias que hubiera sufrido un trabajador con anterioridad a que se produjera la suscripción del convenio de Seguridad Social entre los Estados español y mexicano, de forma que, por ejemplo, una incapacidad permanente sufrida y reconocida por uno de los incluidos en el convenio, va a ser objeto de protección por el mismo. No obstante, ello no implica una obligación de pago de la pensión con efectos retroactivos a la fecha en que se produjo la misma, sino un reconocimiento de la existencia de esa situación protegida aun cuando se hubiera producido antes de la vigencia del convenio. Como señala el propio Convenio, la obligación de pago de la pensión por cualquiera de los dos Estados no queda referida al momento del hecho causante, sino a la fecha de entrada en vigor del convenio bilateral.

h) Alcance de las obligaciones de pago de la Seguridad Social española

En cuanto al alcance de la obligación de la Seguridad Social española en lo que respecta a su obligación de abono de la pensión, la STS de 5 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3650) matiza que la Entidad Gestora española debe abonar la parte de pensión que le corresponde sin obligación de anticipar el pago de toda la pensión: «pro rata temporis».

Y ello sobre la base de que en la “Sentencia de 20 diciembre 1991, por primera vez en unificación de doctrina, se resuelve la cuestión sosteniendo que la totalización de la pensión ha de determinarse de modo independiente por las Entidades Gestoras de uno y otro Estado, de acuerdo con los períodos de cotización realizada en cada uno, de suerte que las pensiones teóricas así obtenidas, que pueden ser

diferentes, no suponen sino un elemento de cálculo para determinar separadamente la que, como real, ha de asumir cada una en función del porcentaje que de las cotizaciones realizadas resulte. Cada Gestora, por consiguiente, estará obligada al pago de la pensión real que a ella corresponde. Siendo el fundamento principal de esta interpretación jurisprudencial, como destaca la STS/IV 31 marzo 1993, el de que «en el sistema "pro rata temporis" no se otorga una sola pensión fraccionada en dos porciones, sino que se conceden dos pensiones parciales distintas con reglas de cálculo y liquidación especiales, de las que son responsables dos entidades gestoras diferentes», por lo que «dada esta configuración de las obligaciones de protección, no es coherente que, salvo asunción expresa de un deber en tal sentido, el organismo de Seguridad Social de España anticipe una prestación cuya concesión no es de su competencia”.

i) Instituciones responsables

En España son varias las entidades que participan en la gestión y aseguramiento de los riesgos sociales. Así, las contingencias comunes son necesariamente objeto de aseguramiento en el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), por su parte los riesgos profesionales se aseguran bien en una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o en el INSS junto con las contingencias comunes. Es al empresario a quien corresponde ejercer la opción respecto del aseguramiento de los trabajadores a su servicio, correspondiéndole optar entre asegurar todas las contingencias en el INSS o dividir el aseguramiento entre la MATEPSS que se encargará de los riesgos profesionales y el INSS como gestora de los riesgos comunes. Al margen del INSS, como gestor de la generalidad de prestaciones económicas del sistema, también debe reseñarse que existen otras entidades que se encargan de la gestión de otras prestaciones. Así, el SSPEE como gestor de las prestaciones por desempleo y el IMSERSO como gestor de las pensiones del nivel no contributivo.

En México el gestor de las prestaciones comprendidas en el convenio bilateral de Seguridad Social es el Instituto Mexicano del Seguro Social.

Fuentes de consulta

- AGUELO NAVARRO, P., CHUECA SANCHO, A., "Directiva de retorno. Directiva de expulsión". Revista de Derecho migratorio y extranjería, núm. 18, 2008.
- AGUELO NAVARRO, P. y CHARRO BAENA, P., "El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 2, 2003.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., *La Seguridad Social de los Trabajadores migrantes en el ámbito Extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001.
- APARICIO WILHELMI, M., "La última reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 14/2003). Un análisis crítico a la luz de su falta de eficacia y de eficiencia", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 6, 2004.
- ARGEREY VILAR, P., "La política de inmigración en la Unión Europea", *Documento de Trabajo* núm. 4, 2001, Universidad San Pablo CEU, Madrid, octubre de 2001.
- BALLESTER PASTOR, M.A., *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, 1996.
- CAMÓS VICTORIA, I., "El contingente de trabajadores extranjeros y la suficiencia de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 5, 2004, p. 94, citando una STSJ Comunidad Valenciana de 4 abril 1998.
- CASADO LÓPEZ, M^a L: "Inmigración y políticas de regularización en la Unión Europea", *Inmigración y Derechos de ciudadanía*, Colección Monografías, Ed. Fundación CIDOB, Barcelona, 2006.
- CASSARINO, J. P. "La dimensión exterior de las políticas de inmigración en la Unión Europea", *V Seminario Inmigración y Europa*. Fundación CIDOB, Barcelona 13 y 14 de diciembre de 2007.
- CARRASCO CARPIO, C., GARCÍA SERRANO, C., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2011*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2011.
- CHARRO BAENA, P., "Política en materia de inmigración", en A.V. SEMPERE y otros: *Políticas Sociolaborales*, 3^a ed., Tecnos, 2005.
- CHARRO BAENA, P., "Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre", *Tribuna Social*, núm. 133, 2002.
- CHARRO BAENA, M^a P. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "Las políticas públicas a favor del retorno voluntario de inmigrantes", *Revista General de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 2012.
- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. DOUE de 24 de diciembre de 2008. L348/98.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., "La emigración desde España, una migración de retorno", *ARI* 4/2012.

MOYA MALAPEIRA, D., "La nueva Directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros". *ReDCE*, núm 10, 2008.

FAJARDO CASTILLO, T., "La Directiva sobre el retorno de inmigrantes irregulares" *Revista de derecho comunitario europeo*, núm. 33, 2009.

MOYA MALAPEIRA, D., "La nueva Directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros". *ReDCE*, núm 10, 2008.

PAJARES, M., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., FERNÁNDEZ COLLADOS, B., "Retorno voluntario de inmigrantes", *Revista andaluza de Relaciones laborales*, núm. 23, 2010.

SEMPERE NAVARRO y otros, *La inmigración en España: marco jurídico e implicaciones prácticas*, Universidad Rey Juan Carlos, Documento de Trabajo 2005/33, noviembre 2005.

Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 27 enero 2003; de 3 julio 1998; de 14 enero 1998; de 7 julio 1990.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 diciembre 2002.

Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 abril 2003 y de 25 marzo 2003.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 julio 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 junio 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 julio 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30 octubre 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 julio 2003.

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 febrero 2003 y de 18 junio 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 20 marzo 2003.

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 8 octubre 1996.

SERRANO VILLAMANTA, J.: "El trabajo de los extranjeros: el Derecho sustantivo", *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005.

SERRANO VILLAMANTA, J.: "El trabajo de los extranjeros: el Derecho sustantivo", *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005.

SERRANO VILLAMANTA, J.: "El trabajo de los extranjeros: el Derecho sustantivo", *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, 2002.

CAPÍTULO VI

El notario como árbitro, mediador o conciliador en conflictos del agua

José Cruz Agüero Rodríguez
Julia Tepetla Montes
Beatriz Torres Beristain
José Antonio Márquez González*

6.1 Disponibilidad de los recursos acuíferos

El agua es cada vez un recurso más escaso. En efecto, la disponibilidad del líquido vital para necesidades de consumo y aseo, sin considerar su empleo en procedimientos industriales, agrícolas, etc., ha disminuido dramáticamente en más de la mitad en apenas cuarenta años. Así, según los datos de la UNESCO, en 1970 la disponibilidad por habitante era de 12,900 m³; en 1980 descendió a 11,500 m³; en 1990 a 9,000 m³; en 2000 a 7,000 m³ y en 2010 eran apenas 5,500 m³ de agua por habitante, con lo cual, en efecto, la disponibilidad ha alcanzado niveles menores al 50% desde hace cuarenta años.

En nuestro país la disponibilidad del agua presenta un aspecto irregular: las zonas norte, centro y noreste solamente cuentan con una tercera parte del agua disponible, mientras que dos terceras partes se concentran en la parte baja central y en el sur-sureste de la república. Aun cuando esta condición es en sí misma desfavorable, el problema se agrava porque en la primera zona, es decir, la del septentrión, se concentra casi el 80 % de la población.

Por esta razón, apenas recientemente con fecha 22 de marzo de 2013 y con motivo del Año Internacional de la Cooperación en la Esfera del Agua el presidente Enrique Peña Nieto definió su portafolio de estrategias en este aspecto

* Miembros del Cuerpo Académico Riesgos socio-ambientales, vulnerabilidad y derechos humanos de la Universidad Veracruzana.

como “un asunto de seguridad nacional”, y consideró el problema de la disponibilidad del agua como un tema importante en la política nacional de su administración, a fin de concretar un manejo responsable y racional de los recursos hídricos del país. El presidente anunció importantes medidas para decidir el manejo responsable y racional del recurso. Estas políticas son las siguientes:

1. La prohibición de perforación y explotación de pozos;
2. La construcción de cinco grandes acueductos que suministrarán el servicio a las principales ciudades; y
3. La mejora estructural y el reequipamiento del sistema Cutzamala.

Todo ello se implementará a través de cuatro líneas de acción de la política nacional hídrica: servicios de agua adecuados, reducción de la presión en acuíferos, garantías para asegurar la calidad del agua y un manejo responsable y sustentable de la misma.

A nivel regional debe destacarse que, en el caso particular del estado de Veracruz, los ríos Blanco y Coatzacoalcos se encuentran en los primeros lugares de contaminación, y por esta razón varias ciudades de la región se encuentran amenazadas con la escasez del líquido. Por otra parte, el fenómeno global del cambio climático ha afectado, sin duda, los cinco glaciares originales del Pico de Orizaba, según las investigaciones de científicos locales del Instituto Tecnológico de Orizaba (ITO). Hasta la fecha, según el resultado de estas investigaciones, sólo quedan dos glaciares en condiciones normales (son los que en general presentan orientación hacia el estado de Puebla), lo que pone en peligro la seguridad de la población que vive en la zona conurbada Orizaba-Córdoba, ya que la falta de nieve en la zona ocasiona un bajo nivel de captación de agua. Esta población asciende a más de medio millón de personas.

En el caso particular de la ciudad de Orizaba, los manantiales que surten de agua a la población son los siguientes:

Macuilacuatl (en la zona de Atzacan);
Ojo de Agua (zona oriente);
Laguna de Nogales (zona sur), y
Ríos Palas y Orizaba (zona norte de la ciudad).

Además, el problema se complica porque la mayor parte del abastecimiento de agua en la ciudad ocurre por medio de pozos profundos.

6.2 Marco legal de los conflictos del agua

La regulación legal de los conflictos por los recursos hídricos debe necesariamente enmarcarse en una política general de corresponsabilidad entre gobierno y

sociedad. Para la consecución de este objetivo se propone la consideración del agua como un bien común administrado por los tres niveles de gobierno y por la ciudadanía, a través de los principios siguientes:

1. Gestión planificada, integral y sustentable de las cuencas y de los sistemas locales de agua potable y saneamiento;
2. Participación ciudadana;
3. Derechos de las comunidades a decidir sobre sus aguas y territorios;
4. Prioridad del derecho humano al agua de los habitantes actuales;
5. Seguridad alimentaria de los habitantes;
6. Equidad y no discriminación;
7. No contaminación del ciclo hidrológico;
8. Respeto por los límites de sustentabilidad de las cuencas y las aguas subterráneas;
9. Reducción máxima de energéticos empleados;
10. Aprovechamiento máximo de aguas pluviales y reuso de las mismas;
11. Restauración y protección de ecosistemas como garantes de agua de calidad para las actuales y futuras generaciones;
12. Preferencias por obras con mayores beneficios y menores costos hídricos, sociales y ambientales;
13. Amplio acceso a información de calidad;
14. Financiamiento para la ejecución de planes rectores como prioridad nacional, y
15. Responsabilidades claras y diferenciadas de las autoridades.

Por otra parte, se propone la creación de una agencia especializada en el Derecho Humano al Agua y Saneamiento dependiente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos como primera instancia de apoyo, así como un Tribunal del Agua, Energía y Medio Ambiente, para prevenir conflictos y facilitar soluciones negociadas y, en caso necesario, realizar procesos estratégicos de litigio.

Los planes rectores deben de delimitar las zonas estratégicas de servicios hídricos ambientales, las cuales resultarán integradas de conformidad con los instrumentos de planeación y gestión territorial (Ordenamientos Ecológicos Territoriales, Planes Municipales de Desarrollo Urbano, Programas de Manejo Forestal y de Áreas Naturales Protegidas, Planes Hídricos), en donde se impondrán severas restricciones a las actividades y a los proyectos incompatibles con los servicios hídrico-ambientales realizados por estas unidades, siempre buscando fortalecer la gestión sustentable de estas zonas por parte de las comunidades locales.

Para la consecución de estos principios se proponen las siguientes instancias o instrumentos básicos a nivel de comunidades, microcuencas, subcuencas y cuencas:

1. Co-gestión de cuencas, vía consejos de cuencas;
2. Programas Rectores de Gestión Integral de Cuencas;
3. Re-diseño del sistema de concesiones y asignaciones, y
4. Delimitación de Zonas de Importancia Hídrico-Ambiental.

A su vez, se propone también la creación de un nuevo sistema de instancias e instrumentos requeridos para garantizar lo que se ha denominado como “Agua de calidad para todos”, a nivel de los sistemas locales de alcantarillado y saneamiento. Este nuevo sistema de instancias e instrumentos se conforma con los siguientes aspectos:

- Co-gestión de Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento (SAPAS), vía consejos municipales de SAPAS, con consejeros territoriales elegidos por la población local;
- Programas municipales de agua potable, alcantarillado y saneamiento;
- Provisión de agua potable y saneamiento vía entidades locales públicas o comunitarias, sin fines de lucro, y
- Respeto y apoyo a los sistemas comunitarios de gestión del agua y territorio.

Por último, se propone la creación de tres organismos para cumplir la función de controlaría social, así como para delimitar las responsabilidades de los funcionarios públicos, a través de tres instancias:

1. Una agencia especializada en Derecho Humano al Agua y Saneamiento dependiente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos;
2. Un Tribunal del Agua, Medio Ambiente y Energía. Para el efecto se propone reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. El papel de estos tribunales especializados no solamente sería el de realizar juicios tradicionales, sino también llevar a cabo formas alternativas de procedimientos administrativos de concesión, asignación y otorgamiento de derechos sobre aguas a través de permisos, al igual que revocación de los mismos; y
3. Defensoría del Pueblo en Materia Hídrica y Ambiental. De esta manera se conseguirá formalizar las funciones que, en la práctica, ya están siendo desempeñadas actualmente por tribunales éticos, como es el Tribunal Latinoamericano del Agua.

6.3 Evolución histórica del notariado

La institución notarial ha sido objeto de una larga evolución. Tenemos noticia cierta de la existencia de notarios o escribas desde el siglo XVIII a.C., inmortalizados en la famosa figura egipcia que se encuentra actualmente en el museo de El Cairo. Esta figura representa a un amanuense cómodamente sentado en posición de flor de loto exhibiendo sus instrumentos de trabajo, es decir, un rollo de papiro sostenido por la mano derecha en su regazo y un punzón de madera en su mano izquierda. Su actitud parece prestar una gran atención a lo que sucede a su alrededor y aparece expectante, atento a registrar inmediatamente lo que se le indique.

A partir de la referencia histórica documentada en esta escultura, tenemos también noticia cierta de escribas en el siglo VII a.C. Seva, Seraías, Jeremías y Nereías aparecen ejerciendo como escribas en *Samuel* (20:25 y 8:17) y *Jeremías* (36:2, 18, 23 y 32). En Grecia, en el siglo V a.C., estos funcionarios eran conocidos bajo los nombres de *mnemon*, *singraphos* y *promnemmon*. En Roma, en el siglo III d.C., eran conocidos como *tabellios*.

Sin embargo, la consagración legislativa de las funciones de los amanuenses o escribas no tendría lugar sino hasta la expedición de las *Constituciones* XLV, XLVIII y LXXVI, expedidas por el emperador Justiniano en el siglo VI d.C., de las *Capitulares* en el año 803 por Carlomagno y de la *Capitula*, en los años 822-823, expedida por Lotario I.

No fue sino hasta el siglo XIII cuando, a la par de la consagración legislativa de las funciones de estos personajes, algunos expertos en esta ciencia dedicaron tratados especiales al desarrollo y naturaleza de la función. Ejemplo de ello son el *Ars notariae* (1224-1234) de Rainero de Perugia, el *Ars notariae* (1242-1254) de Salatiel, la *Summa artis notariae* de Rolandino Passegeri y la *Practica artis notariatus*, de Petrus de Unzola, todos en lo que ahora se conoce modernamente como Italia.

Otros desarrollos legislativos, en la tradición de la Madre Patria española, tuvieron lugar en los años 1255 con el *Fuero Real*, en 1260 con el *Espéculo*, en 1263 con las *Siete Partidas* de Alfonso X (el *Sabio*), en 1304 con las *Ordenanzas de Amiens* de Felipe I (el *Hermoso*), en 1503, con la *Pragmática de Alcalá*, en 1512, con las *Ordenanzas* de Maximiliano y en 1539 con las *Ordenanzas* de Francisco I.

En el Nuevo Mundo también se desarrolló, aunque de manera algo más limitada, la función de estos personajes bajo el nombre de *tlacuilos* (siglo XV) los cuales, más que escribas, eran pintores en este caso de códices, donde se representaban gráficamente escenas importantes de la vida de los pueblos prehispánicos. También tenemos noticia cierta de que en 1492 acompañaba a Cristóbal Colón un escribano de naos, de nombre Rodrigo de Escobedo. En 1519 Diego de Godoy, a su vez escribano de Hernán Cortés, verificó el acta notarial de fundación de la Villa Rica de la Vera Cruz.

A principios del siglo XVII, en el año 1605, Nicolás de Yrolo Calar escribió el libro *La Política de escrituras*, y en el año 1792 tuvo lugar la fundación del Real Colegio de Escribanos de la Ciudad de México.

A lo largo del siglo XIX y después de la expedición de la Ley Orgánica del Notariado de España en 1862, se dictaron el decreto que modificó el antiguo nombre de *escribanos* por el nombre actual de *notarios públicos* (1864); la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano, expedida por Maximiliano de Habsburgo (en 1865); la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal (promulgada por Benito Juárez en 1867), y la Ley del Notariado (promulgada por Porfirio Díaz en 1901), que dieron lugar, con el paso del tiempo, a las modernas leyes del notariado del Distrito Federal (2000) y de Veracruz (2009).

6.4 El notario en la actualidad

Actualmente el notario público mantiene una función privilegiada y exclusiva en el ejercicio de sus funciones, merced a su carácter de libre profesional del derecho con reconocimiento público y social de la fuerza legal del Estado. El notario debe actuar con estricto apego a la legalidad aplicable al caso concreto, de manera imparcial, preventiva, voluntaria y auxiliar en la administración de justicia, todo ello respecto de asuntos en que no haya contienda. Esto hace del notario un verdadero consultor o consejero de cada parte, con atención personal y entrega cuidadosa, de forma tal que se cubran los requisitos de asesoría y consejo para cada una de las partes o solicitantes del servicio, sin descuidar los de la contraparte, ni ser parcial contra ella, sino ejerciendo hacia ambos la misma actitud, basada en lo "justo concreto" del caso. De esta forma la función notarial posee una naturaleza compleja, pues es *pública* en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la ley, y es *privada* porque se desempeña por un profesional autónomo y libre al propio tiempo, pues no está sujeto al Estado, ni jerárquicamente ni en cuanto a sueldo (art. 26, LNDF).

El notario está obligado a conducirse en términos de profesionalidad, independencia, imparcialidad y autonomía, procurando la certeza y seguridad jurídicas que demanda la sociedad. No tiene más limitaciones que las previstas por la ley. Además, sus servicios son contratados bajo el principio general de libre elección del notario. Así, vigila el interés de todas las partes y al propio tiempo del orden jurídico, y su función por tanto, es incompatible con toda relación de sumisión ante favores, poder o dinero que afecten su independencia, y es asimismo incompatible con toda restricción de su libertad personal.

Desde este punto de vista el notariado se ofrece por el Estado como una *garantía institucional*. El Estado establece las condiciones necesarias para el correcto ejercicio de la profesión en forma imparcial, calificada, colegiada y libre, en

términos de ley. La imparcialidad del notario debe extenderse a todos los actos en los que intervenga.

De esta forma se salvaguardan los principios básicos de la ciencia notarial, que se hacen consistir en los siguientes: el de la conservación jurídica de fondo y forma del instrumento notarial y de su efecto adecuado; el de la conservación del instrumento notarial y de la matricidad en todo tiempo del mismo; el de la concepción del notariado como garantía institucional; el de la función profesional al servicio del bien y la paz y del respeto y el cumplimiento del derecho; el de estricto apego a la legalidad aplicable al caso concreto y el de cuidado del carácter de orden público de la función y su documentación en virtud del otorgamiento de la cualidad para dar fe, cedida por las autoridades.

6.5 La función social del notario moderno

Por todo ello los notarios son, como dice la ley, auxiliares valiosos en la administración de justicia (art. 11, LNDF).

En efecto, toda persona tiene derecho, en términos de esta ley, al servicio profesional del notario. Y por su parte, el notario está obligado a prestar sus servicios profesionales cuando para ello fuere requerido por las autoridades, por los particulares o cuando deba hacerse efectivo el cumplimiento de resoluciones judiciales, siempre y cuando, claro está, no exista impedimento legal. Asimismo el notario ejerce su función sin sometimiento al erario y sin sueldo o iguala del Gobierno o de entidades públicas o privadas, ni favoritismo alguno.

Los notarios tienen derecho a obtener de los propios clientes el pago de honorarios y de los gastos suficientes que se causen, de acuerdo con el arancel oficial que expida el Gobierno. Las autoridades pueden requerir de los notarios la prestación de sus servicios para atender asuntos de orden público o de interés social. En estos casos las autoridades y el Colegio convienen los honorarios correspondientes. Los notarios participan también, con tarifas reducidas y convenidas por el Colegio con las autoridades, en programas de fomento a la vivienda y regularización de la tenencia de la propiedad inmueble.

Casi todas las modernas leyes notariales conceden al notario la posibilidad de aceptar y desempeñar cargos académicos y docentes, de dirección de carrera o institución académica, de beneficencia pública o privada, de colaboración ciudadana y los que desempeñen gratuitamente a personas morales con fines no lucrativos. También pueden resolver consultas jurídicas y emitir dictámenes, o bien realizar actividades semejantes que no causen conflicto ni dependencia que afecten su dación de fe o asesoría imparcial y, por último, pueden ser árbitros o secretarios en juicios arbitrales, mediadores jurídicos y conciliadores.

La concesión de este tipo de facultades a los notarios públicos en nuestro país no es en ninguna manera novedosa. Existen precedentes eficazmente regulados de la intervención del notario en asuntos tales como el servicio electoral, donde este tipo de funcionarios están obligados a prestar sus servicios en los casos y en los términos que establezcan los ordenamientos electorales, con estricta obligación de que el servicio se preste de la mejor forma posible.

Asimismo, como he mencionado, los notarios participan también obligatoriamente en la ejecución de resoluciones judiciales y de programas especiales previstos por la ley (art. 12, LNDF); programas de fomento a la vivienda y regularización de la tenencia de la propiedad inmueble (art. 17, LNDF); procesamiento de sistemas estadísticos y cibernéticos (art. 20, LNDF), atención a grupos sociales vulnerables (art. 23, LNDF), etc.

La prestación de este tipo de funciones sociales por parte de los fedatarios mexicanos tiene siempre lugar bajo estrictas condiciones, sin carga al erario y sin sueldo o iguala de ningún tipo por parte de entidades públicas. En efecto, la regulación de los honorarios de este tipo de actividades se carga a los propios beneficiarios del servicio, de acuerdo con un riguroso arancel supervisado por las autoridades. Esta contraprestación se extiende desde luego al pago de los gastos que hayan de generarse por el trámite que genere la intervención notarial. El arancel debe ser justo y proporcionado (art. 15, LNDF).

Finalmente, debe destacarse especialmente que en la última reunión de la Unión Internacional del Notariado (UINL), que tuvo lugar en San Petersburgo, en este mismo año 2013, se destacó el papel del notario como mediador en la resolución de conflictos.²¹⁴

6.6 El notario como árbitro, mediador o conciliador

Como el notario puede intervenir como mediador o árbitro en disputas. La gran mayoría de las leyes notariales de las entidades federativas consigna en términos muy similares esta función, como en los casos de Aguascalientes (art. 6º), Baja California (art. 11), Baja California Sur (art. 20), Campeche (art. 17), Chiapas (art. 53), Chihuahua, (art. 4º), Coahuila (art. 9º), Colima (art. 7º), Distrito Federal (art. 33), Durango (art. 6º), Estado de México (art. 5º), Jalisco (arts. 3º y 37), Morelos (art. 29), Nayarit (art. 32), Nuevo León (art. 80), Puebla (arts. 14 y 21), Quintana Roo

²¹⁴ TALPIS, A. Jeffrey, *Le choix de la médiation pour résoudre des litiges internationale*, Unión Internacional del Notariado, San Petersburgo, Rusia, 2013 (inédito).

PIETTE, Maurice, *Règlements conflictuels à l'ère moderne*, Unión Internacional del Notariado, San Petersburgo, Rusia, 2013 (inédito).

(art. 22), San Luis Potosí (art. 8º), Sinaloa (art. 8º), Sonora (art. 17), Tabasco (art. 17), Tamaulipas (art. 28), Tlaxcala (art. 14), Veracruz (art. 71), Yucatán (art. 5º) y Zacatecas (art. 44).

Las únicas entidades federativas que a la fecha no mencionan esta posibilidad de intervención en mediación y arbitraje son Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Oaxaca y Querétaro, es decir, un total de seis, pero aunque no se consigne legislativamente la posibilidad, queda claro que los notarios pueden desempeñar este tipo de función en la práctica, pues no hay obstáculo legal para ello.

Como se sabe, el arbitraje está previsto en el artículo 609 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que dice que “las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral”.

Por su parte, el artículo 1051 del Código de Comercio precisa: “El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante Tribunales o un procedimiento arbitral”.

Por tanto, en el marco legal de las funciones imparciales del notario, proponemos la intervención de este funcionario en los conflictos relacionados con disputas sobre el agua, con fundamento en la Ley de Aguas Nacionales (LAN) y en el Reglamento de la Ley de aguas Nacionales (RLAN). Esta intervención del notario como árbitro, mediador o conciliador puede darse en el denominado proceso de “gestión del agua”. Esta expresión debe entenderse como el “conjunto de principios, políticas, actos, recursos, instrumentos, normas formales y no formales, bienes, recursos, derechos, atribuciones y responsabilidades, mediante el cual coordinadamente el Estado, los usuarios del agua y las organizaciones de la sociedad, promueven e instrumentan para lograr el desarrollo sustentable en beneficio de los seres humanos y su medio social, económico y ambiental: el control y manejo del agua y las cuencas hidrológicas, incluyendo los acuíferos, por ende su distribución y administración; la regulación de la explotación, uso o aprovechamiento del agua, y la preservación y sustentabilidad de los recursos hídricos en cantidad y calidad, considerando los riesgos ante la ocurrencia de fenómenos hidrometeorológicos extraordinarios y daños a ecosistemas vitales y al medio ambiente. La gestión del agua comprende en su totalidad a la administración gubernamental del agua” (art. 3º, XXVIII, LAN).

La intervención del notario debe además enmarcarse en lo dispuesto en el artículo 9º fracción XXI de la LAN, que se refiere a las atribuciones de la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA), quien también puede conciliar y fungir a petición de los usuarios, como árbitro en la prevención, mitigación y solución de conflictos relacionados con el agua y su gestión en términos del RLAN. Esta función también está dentro de la competencia de los Organismos de Cuenca (OC), los cuales, en su caso, deben actuar a petición de los usuarios, de los Consejos de

Cuenca (CC), o de los estados (art. 12 *bis* 6, XIV, LAN). Los CC colaborarán con las autoridades para dicha intervención (art. 13 *bis* 3, XIX, LAN).

En la LAN se declaran de interés público la prevención, conciliación, arbitraje, mitigación y solución de conflictos en materia del agua y su gestión (art. 7º *bis*, VI, LAN), como instrumentos básicos de la política hídrica nacional (art. 14 *bis* 6, X, LAN).

La manera de proponer legalmente la intervención del notario como árbitro, mediador o conciliador en conflictos del agua consiste únicamente en añadir una cláusula especial en los contratos relacionados, que podría reducirse a la siguiente propuesta en un contrato, por ejemplo, de compromiso arbitral:

Para la interpretación y cumplimiento del presente contrato, las partes se someten a la decisión de un árbitro. Los otorgantes nombran como árbitro al notario... En caso de que éste no acepte o sea recusable, el Colegio de Notarios de... nombrará de entre sus miembros, a un árbitro sustituto²¹⁵.

6.7 Ventajas de la intervención notarial

Las ventajas que tiene la intervención del notario en el arbitraje, la mediación o la conciliación en los diversos tipos de conflictos relacionados con el agua son múltiples. Las más importantes son las siguientes:

- a) El notario es un funcionario privado. No devenga sueldo del erario y por lo tanto no constituye una carga pública.
- b) El notario repercute sus costos directamente con los usuarios de sus servicios.
- c) Estos costos se reducen al mínimo indispensable para asegurar su intervención y se encuentran rigurosamente vigilados por el Estado, mediante la expedición de un arancel.
- d) Al propio tiempo, el notario es un funcionario público que ostenta el poder del Estado y con frecuencia es uno de los funcionarios más representativos del estado de Derecho.
- e) La figura del notario público goza en México de un gran prestigio y reputación social.
- f) El notariado a nivel nacional dispone de oficinas convenientemente ubicadas en todo el territorio nacional y tiene la capacidad para dar servicio

²¹⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, "Contrato civil de compromiso arbitral", en *Revista de Derecho Notarial*, Año XXXVII, número 109, México, D.F., julio de 1996, p. 73.

eficiente tanto en las grandes urbes, como en las congregaciones más pequeñas.

- g) Las oficinas notariales guardan una presentación sumamente decorosa, moderna y eficiente.
- h) El notario es un depositario cuidadoso y responsable de todos los archivos confiados a su guarda y manejo.
- i) El notario produce una escritura pública o un acta notarial con efectos probatorios contundentes, que no admite dudas acerca de la resolución dictada o de las declaraciones vertidas por las partes.
- j) El notario dispone de recursos informáticos muy actualizados y sus oficinas disponen de aparatos modernos como teléfonos, computadoras, impresoras, fotocopadoras, escáneres etc; sin costo de mantenimiento para el Estado. El uso de la firma electrónica en la función notarial se está extendiendo cada vez más en los últimos años.
- k) El notario es un funcionario rigurosamente vigilado por la autoridad gubernamental en el desempeño de su función, a través de auditorías que pueden verificarse en cualquier tiempo.
- l) Como consecuencia de una infracción, el notario está sometido a responsabilidades de tipo civil, administrativo, fiscal, penal y gremial que pueden hacerse valer por los particulares afectados.

Por último, es importante mencionar aquí específicamente que en Veracruz acaba de expedirse la denominada Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos (2013), la cual contempla cuatro salidas alternas del nuevo sistema de justicia penal, es decir, la mediación, la reconciliación, la negociación y el arbitraje.

Fuentes de consulta

- Aguilar Molina, Víctor Rafael, *La actividad notarial en el nuevo Derecho Agrario*, Porrúa, México, D.F., 2001.
- Arce Gargollo, Javier, *Arbitraje y función notarial*, Porrúa, México, D.F., 2007.
- Félix Ruiz, Óscar, *Congresos Notariales del Mercosur*, Fundación Editora Notarial, Buenos aires., 2000.
- Morales Díaz, Francisco de P., *El notariado, su evolución y principios rectores*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, D.F., 1994.
- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, "Contrato civil de compromiso arbitral", en *Revista de Derecho Notarial*, Año XXXVII, número 109, México, D.F., Julio de 1996, p. 73.
- _____*Historia de la escribanía en la Nueva España y del notariado en México*, 2ª edición, Porrúa, México, D.F., 1988.
- _____*Derecho notarial*, 4ª edición, Porrúa, México, D.F., 1989.
- _____*Doctrina notarial internacional*, Porrúa, México, D.F., 1999.
- Piette, Maurice, *Règlements conflictuels à l'ère moderne*, Unión Internacional del Notariado, San Petersburgo, Rusia, 2013 (inédito).
- Ríos Hellig, Jorge, *La práctica del Derecho Notarial*, McGraw-Hill/Interamericana de México, México, D.F., 1995.
- Talpis, A. Jeffrey, *Le choix de la médiation pour résoudre de litiges internationales*, Unión Internacional del Notariado, San Petersburgo, Rusia, 2013 (inédito).
- Unión Internacional del Notariado (Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional), *El Notariado en el Mundo*, Fondo Nacional del Notariado, Santafé de Bogotá, 1977, 1998.

Legisgrafía

Código de Comercio

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Ley de Aguas Nacionales

Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos, Veracruz de Ignacio de la Llave

Ley del Notariado de Sonora

Ley del Notariado de Veracruz de Ignacio de la Llave

Ley del Notariado del Estado de Baja California Sur

Ley del Notariado del Estado de Chihuahua

Ley del Notariado del Estado de Coahuila

Ley del Notariado del Estado de Colima

Ley del Notariado del Estado de Guerrero

Ley del Notariado del Estado de Hidalgo
Ley del Notariado del Estado de Jalisco
Ley del Notariado del Estado de México
Ley del Notariado del Estado de Michoacán
Ley del Notariado del Estado de Morelos
Ley del Notariado del Estado de Nuevo León
Ley del Notariado del Estado de Puebla
Ley del Notariado del Estado de Sinaloa
Ley del Notariado del Estado de Yucatán
Ley del Notariado para el Distrito Federal
Ley del Notariado para el Estado de Aguascalientes
Ley del Notariado para el Estado de Baja California
Ley del Notariado para el Estado de Campeche
Ley del Notariado para el Estado de Chiapas
Ley del Notariado para el Estado de Durango
Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato
Ley del Notariado para el Estado de Nayarit
Ley de Notariado para el Estado de Veracruz
Ley del Notariado para el Estado de Oaxaca
Ley del Notariado para el Estado de Querétaro
Ley del Notariado para el Estado de Quintana Roo
Ley del Notariado para el Estado de San Luis Potosí
Ley del Notariado para el Estado de Tabasco
Ley del Notariado para el Estado de Tamaulipas
Ley del Notariado para el Estado de Tlaxcala
Ley del Notariado para el Estado de Zacatecas
Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales

CAPÍTULO VII

Los derechos de las mujeres

Sara Luz Celia Quiroz Ruiz
Araceli Reyes López
Ana Gamboa de Trejo
Esperanza Sandoval Pérez *

Introducción

Sabemos que se ha escrito mucho sobre las mujeres, afortunadamente, sin embargo falta mucho por tratar y esta contribución enfoca cuatro situaciones que asumen entre el Derecho, las políticas públicas y la administración de justicia. Al ponderar el empoderamiento de la mujer en la distribución de los bienes, se manifiesta la importancia que tiene la familia y su desarrollo, proceso que se ve impactado por el principio de escasez de la política regional y global, ante lo cual el Estado se compromete a preservar los derechos humanos para lograr una alimentación segura en todos los órdenes.

En cuanto al principio de igualdad sabemos que la Ley lo prevé, señala claramente que para el logro de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, éstas deberán cumplirse a través de la ejecución de políticas públicas. Hacemos alusión a una de las categorías que derrumban la autoestima de las mujeres: la discriminación, la cual puede sufrirse en el interior del hogar, el trabajo, la escuela y las oportunidades en donde se acumula la desigualdad. Por ello, que tenemos que hablar de violencia, la cual persiste y se ha enquistando en la sociedad, sembrando desconfianza y desaliento hacia las políticas públicas emprendidas, sin embargo, el incipiente avance logrado se debe al fomento permanente de la cultura de la denuncia, y esto que deseáramos fuera un compromiso que asumieran todas y cada una de las mujeres aún las cifras no son suficientemente favorables.

E irremediamente se tiene que orientar la reflexión hacia los delitos en contra de las mujeres, tales como: feminicidio, desaparición forzada de personas, secuestro, violación, mutilación, lesiones graves, trata de personas y lenocinio; el tráfico de

* Miembros del Cuerpo Académico Ciencias Penales de la Universidad Veracruzana.

persona, tortura, abuso erótico sexual, prostitución forzada, esterilización forzada o manipulación genética, discriminación por orígenes étnicos, raciales, preferencia sexual o por estado de gravidez, y, todas las conductas prohibidas por los tratados internacionales en materia de derechos humanos y protección a la mujer.

7.1 El empoderamiento de la mujer en la distribución de los bienes

Nuestro futuro en común, es el objetivo de la macropolítica denominada *Los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, entre cuyas estrategias de acción se encuentra la equidad de género y abatir el analfabetismo²¹⁶, de cuya convergencia se logrará una mejora económica y en la calidad de vida, lo cual en el marco del Estado convencional de Derecho y la gobernanza proactiva, se establece el equilibrio entre actores y acciones, para lograr conciliar intereses particulares con el interés general, para alcanzar el consenso.

De tal manera que la sustentabilidad y sostenibilidad con equidad de género en la cobertura alimentaria universal, en México al igual que para los demás países requiere de una ordenación con marcos regulatorios a partir del orden público económico dispuesto en las Constituciones de los países, cuyos principios la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente los dispone el artículo 4º, refiriéndose la cabeza del mismo a la institución de la familia y su desarrollo, que implica su democratización, así como en el párrafo segundo donde se localiza el principio a una alimentación digna, entendida como nutritiva, suficiente y de calidad, con el compromiso de ocuparse el Estado de garantizarla; cualificación que lleva a cuestionar ¿cómo cumple el estado ese compromiso?

Hoy por hoy en el orden público económico, la institución de la administración pública tiene una naturaleza más de gestión que de ejecución de las políticas públicas; por lo tanto para garantizar una alimentación digna, funciona en corresponsabilidad entre las entidades de un ámbito y con los tres ámbitos de gobierno, para una inclusión social global y de calidad.

7.1.1 El principio de escasez y el orden público económico²¹⁷

²¹⁶ <http://millenniumindicators.un.org/unsd/mdg/Home.aspx>. Objetivos del Milenio se denominó al esfuerzo mundial para combatir la pobreza, el hambre, las enfermedades, el analfabetismo, la degradación del medio ambiente, la discriminación contra la mujer y también crear una alianza mundial para el desarrollo. Consultada el 29 de abril de 2013.

²¹⁷ Cfr. FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia*, T. I, Ed. Universidad Católica de Chile, 2001, p.41; WITKER, Jorge, *Derecho de la Competencia en América, Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 42.

Las mutaciones generadas por el desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación y el cambio climático, han impactado a las relaciones de producción distribución y consumo integrantes del sistema económico, además de la reciente importancia concedida a los intangibles denominados servicios, se presentan una realidad objetiva donde el qué cómo para quien y cuanto producir, rubros constitutivos del principio de escasez , vinculados con la información, originan el consumo responsable e inteligente y la empresa socialmente responsable.

La sustentabilidad y sostenibilidad del consumo fue el principio resultante de la Cumbre de la Tierra en su Acuerdo 11 de la Agenda XXI, ahora regulado por los artículo 8Bis y 24 Fracciones II y VIII de la Ley Federal de Protección al Consumidor vigente, surgido de la acción o relación ejecutada por el consumidor potencial o el cliente a partir del elemento confianza generado por la información cierta y pertinente, proporcionada por el oferente del bien y/o el servicio en el mercado y/o en las condiciones generales de la contratación. Para contribuir a la eficacia de esa institución y su impacto en el desarrollo nacional, la administración pública lleva a cabo su función de gestión en corresponsabilidad, a través de la Encuesta Nacional sobre Confianza del Consumidor (ENCO), recabada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía y el Banco de México en la totalidad de las entidades federativas, dinámica económica financiera con sentido social, cuyos datos son utilizados para calcular el Índice de Confianza del Consumidor (ICC), el que a su vez lo forman cinco indicadores parciales: dos recogen las opiniones sobre la situación económica actual y esperada del hogar de los entrevistados; otros dos captan las percepciones sobre la situación económica presente y futura del país, y el quinto considera la visión de los consumidores acerca de qué tan propicio es el momento actual para la adquisición de bienes de consumo. Las cifras hasta el momento aportadas demuestran que en el 2013 el índice se situó en el 95.7% mientras que en el 2012 fue 97.2%, lo que se traduce en un decremento del 1.5% de la confianza de los consumidores²¹⁸

Al equilibrio con el ambiente con el propósito de racionalizar los recursos para que también tengan acceso a ellos las futuras generaciones, recientemente surgieron las empresas con la nomenclatura de “empresa socialmente responsable”, que se distinguen por agregar a su beneficio patrimonial, el llamado lucro en el Derecho Societario, el de la comunidad donde se establezca, por ello asumen el compromiso de respetar el derecho humano a un trabajo digno y su multiplicación en el entorno donde se sitúen, sin que en sus procesos de innovación para sostenerse competitivos, alteren el equilibrio del ambiente.

²¹⁸ <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/comunicados/indcon.pdf> Boletín de prensa núm. 172/13 6 de mayo de 2013, Aguascalientes, Ags. p.2 Consultada mayo 9 de 2013.

7.1.2 El empoderamiento de la mujer para el desarrollo de la familia

En promedio, las mujeres representan el 43 por ciento de la fuerza de trabajo agrícola en los países en desarrollo, que van del 20 por ciento en América Latina al 50 por ciento en el Asia oriental y el África subsahariana²¹⁹ Además en su rol de productoras de bienes, aportan entre el 60 y el 80 por ciento de los alimentos de los países en desarrollo y la mitad de los de todo el mundo. No obstante, sólo recientemente se empezó a reconocer su papel clave como productoras y suministradoras de alimentos y su decisiva contribución a la seguridad alimentaria del hogar²²⁰

Cifras que revelan un avance de lo acordado en la Declaración de la Cumbre Mundial de la Alimentación (CMA) de 1996, donde se reconoce la necesidad de una participación equitativa entre hombres y mujeres para alcanzar la seguridad alimentaria sostenible para la población mundial, confirmándolo la posterior declaración de la CMA de 2002, insistiendo en ello la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación con su programa 2010 -2019

El liderazgo de la mujer es inobjetable en cuanto a la seguridad alimentaria, cuyos cuatro pilares fundamentales son: la disponibilidad de alimentos (producción o importación), el acceso a los alimentos (acceso físico y/o económico), la utilización biológica de los alimentos ingeridos (acceso a agua potable, saneamiento, servicios de salud y educación), y la estabilidad, resultante de la regularidad de los tres componentes anteriores²²¹, porque su interacción desde la función pública hasta el núcleo familiar, constituye un flujo de educación para la calidad vinculada a las necesidades esenciales, como el tener sed o hambre; o en las demás tipologías de necesidades con otros componentes²²², por la metodología participativa, de construcción o aplicación de la Norma Oficial Mexicana NOM-043-SSA2-2005, Servicios Básicos de Salud. Promoción y Educación para la Salud en Materia Alimentaria. Criterios Para Brindar Orientación; de la Norma Oficial Mexicana NOM-169-SSA1-1998, para la asistencia social alimentaria a grupos de riesgo o en el Sistema Nacional para la Cruzada contra el Hambre, promulgado por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 22 de Enero de 2013

²¹⁹ www.fao.org Datos importantes. Igualdad de género. Consultada en enero 31 de 2013.

²²⁰ <http://www.fao.org/FOCUS/S/Women/Sustin-s.htm#top>. Consultada en febrero 18 de 2013.

²²¹ <http://www.ieham.org/html/index2.asp?lengua=1> LAHOZ, Carmen, *El papel clave de las mujeres en la seguridad alimentaria*. Consultada el 2 de febrero de 2013.

²²² Abraham Maslow considera la jerarquización de las necesidades desde dos vertientes, la psíquica y la material; precisamente hacia la primera intervienen el sentimiento, entendimiento y voluntad, como sustento para un abanico de necesidades. Cfr. QUIROZ RUIZ, Sara Luz, *El Derecho de los consumidores desde la perspectiva de la acción de consumo*, Ed. Arana, Xalapa, Ver., México, 2011, p. 43 y ss.

Dicha naturaleza social desde la familia es reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el artículo 16 Parágrafo 3, donde se señala que la familia es "...es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

7.2 La desigualdad de género

El empoderamiento en el desarrollo del ser humano es la capacidad para ejercer plenamente sus derechos y opciones, de participar, modelar y beneficiarse de los procesos a nivel nacional, comunitario y en su propio hogar.²²³

El Fondo Monetario Internacional en el año del 2010 llevó a cabo una revisión sobre el empoderamiento de las personas, así en el Índice Global de Disparidad entre Géneros (Global Gap Index - GGGI) se muestra una marginación en cuanto al desarrollo humano, México se encuentra en el lugar 57 de 187 países, señalando un avance de tan sólo 0.035% entre el año 2000 al 2005.²²⁴

Pero lo más alarmante son los indicadores en cuanto a la Tasa de Participación en la fuerza de trabajo, existe una diferencia de 37.4%, ya que las mujeres tienen una participación de 43.2% y los hombres de 80.6%.²²⁵

El artículo 2 de la Ley para la Igualdad entre mujeres y hombres, señala claramente que para el logro de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, deberá cumplirse a través de la ejecución de políticas públicas que contengan acciones afirmativas a favor de las mujeres, y con el establecimiento de mecanismos interinstitucionales que definan las facultades y obligaciones de las autoridades competentes en el Estado.

Un gran avance, sin embargo y a pesar de existir una serie de cambios jurídicos en nuestro país, aún no se ha logrado alcanzar metas que realmente demuestren logros importantes para la mujer. El cuestionamiento es ¿a qué se debe esta tendencia?

El desarrollo humano crea la posibilidad de ejercer la libertad y los derechos humanos, de proveer las condiciones necesarias para generar oportunidades. La libertad se logra solo a través de la educación y un mejor nivel de vida.

Cuando un país tiene un mayor nivel de educación y que han visto mejoras en sus condiciones de vida van cambiando las ideologías antiguas por las modernas. Ejemplo: el cambio del pensamiento del hombre a dejar participar activamente a la mujer en la vida pública.

²²³ <http://hdrstats.undp.org/es/paises/perfiles/MEX.html>.- Consultado el día 24 de octubre de 2012.

²²⁴ http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_ES_Table4.pdf, consultado el día 24 de octubre de 2012, valor tomado en cuenta 0.448 al año 2011.

²²⁵ <http://hdrstats.undp.org/es/indicadores/68606.html>, consultado el día 24 de octubre de 2012.

Es necesario que la población mexicana tome conciencia de la importancia del combate a la discriminación, que se cuente con una cultura de no discriminación, que desafortunadamente continua en nuestro país.

La discriminación es un problema que atañe al país pero lo preocupante es que no se percibe, de nada sirve un marco jurídico excelente si no se aplica realmente.

El sistema jurídico de un país, es la regulación de la realidad social, pero solamente es un elemento dentro del conjunto de acciones que se deben tomar para combatir la discriminación de género, tanto el hombre como la mujer deben de contar con igualdad de oportunidades.

Se tienen que romper los paradigmas existentes, ese cambio debe emerger desde el seno familiar, la mujer es quien educa en casa, a ella le corresponde gran parte de esta tarea.

Una vez que se cambie la ideología de un país, el segundo paso es la observancia de las normas, incorporando mecanismos que logren la aplicación de la norma realmente.

La ley de la materia estatal indica que cualquier violación será sancionada, pero remite a la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado, o en su caso por las leyes aplicables que regulen esta materia.

Se puede observar que la ley de la materia deja a otra norma la aplicación de sanciones en caso de inobservancia, es necesario que en ella misma se sancione o coaccione, toda vez que su objeto es regular y garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, el promover el empoderamiento de las mujeres y proponer los lineamientos y mecanismos institucionales para eliminar la discriminación de la mujer, cualquiera que sea su circunstancia o condición, tanto en el ámbito público como en el privado.

Los mecanismos que dice la ley se deben establecer, aun no se han determinado en este ordenamiento jurídico, por lo tanto es necesario que se implementen medidas estrictas para su cumplimiento, todo ello a efecto de que eficazmente se pueda hablar de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Hablar de igualdad de oportunidades, es hablar de dignidad del ser humano, es la no exclusión de la mujer en ningún ámbito, dígase electoral, político, educativo, cultural, laboral.

Por lo tanto, el legislador debe hacer valer su facultad de legislar al respecto, para que los mecanismos sean accesibles a todos, y no solo restringidos a unos cuantos, como es la facultad otorgada únicamente a la Comisión Estatal de Derechos Humanos, y que propiamente consiste en observar, dar seguimiento, evaluar y monitorear las políticas estatales en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

De tal manera se puede afirmar que toda propuesta debe de estar encaminada a la concientización de hacer visibles en la estructura social mexicana, la debida aplicación de la justicia en cuestiones de género, solo así se podrá lograr una

dinámica libre de toda discriminación, propiciando el desarrollo del ser humano, pero sobre todo la capacidad para ejercer plenamente sus derechos.

7.3 Sin excusa, la no violencia en contra las mujeres

Luchar por la no violencia en contra de las mujeres, ha hecho que se escriban miles de cuartillas, que se modifiquen las leyes, que surjan grupos defensores, asociaciones, ONG's, e incluso, hoy se hacen efectivos los Derechos Humanos que a cada mujer asisten; pero aún hay violencia en contra de ellas, en el hogar, el trabajo, la escuela y la calle. La violencia persiste y se ha enquistado de tal manera que pareciera que no hay ni habrá medio para erradicar esta realidad. Sin embargo, y a pesar de todas estas amenazas también muchas mujeres hoy denuncian y exigen justicia misma que llega a ellas a través de la aplicación de la ley, pero no son ni siquiera la mayoría y aún tenemos que aceptar que "...una de cada cuatro mujeres sufre algún tipo de violencia en las distintas latitudes de la geografía universal"²²⁶.

Habrá que analizar por qué muchos de estos derechos son ignorados por un gran número de ellas, por qué las leyes se quedan en un ámbito restringido y no fluyen hacia los espacios que deben de ser recurrentes, adelantamos una respuesta a este cuestionamiento: porque habrá que traducir el mandato jurídico a un lenguaje sencillo y comprensible para quien no ha estudiado el derecho, pero que su conocimiento haría favorable su actuar en el trabajo, en la escuela o en el hogar. Sabemos que las mujeres forman parte de más de la mitad de la población votante, lo cual contradice la tarea permanente de construir la democracia porque desde ahí, desde lo que norma la vida de las mujeres para respetar y ser respetadas, muchas disposiciones jurídicas se quedan como bellos y elaborados documentos, objeto de discusiones interminables pero de las que no emanan los programas para hacerlos llegar al interior de una familia o de un patio de vecindad, en donde verdaderamente se perciba que esa construcción jurídica fue pensada para que no sean permanentemente victimizadas o agredidas por los hombres, en donde sabemos, se quebrantan las garantías de igualdad contenidas en los artículos 1º., 2º., Apartado B; 4º., 5º., primer párrafo; 12; 13 y 31, fracción IV y que vale la pena recordar:

- El artículo 1º., señala que todos los individuos que se encuentren en los Estados Unidos Mexicanos gozan de las garantías que consagra la Constitución; es decir, establece el principio de igualdad legal para cualquier persona que se halle en el territorio de la República. Más aún,

²²⁶ "Por la no violencia en contra de las mujeres" (Editorial), *Defensor*, Núm. 12, año II, diciembre de 2004.

proscribe la esclavitud y la discriminación nacida de motivos étnicos, religiosos, políticos o de género, entre otros.

- Por su parte, el apartado B del artículo 2º., constitucional, aborda lo relativo a las condiciones de igualdad que deben de privar en las comunidades indígenas; y en las acciones que debe llevar a cabo el Estado para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier tipo de discriminación.
- En cuanto al artículo 4º., contiene una serie de seis derechos garantizados. En primer lugar indica la igualdad jurídica del varón y de la mujer. Además, consagra los derechos a la salud, a un medio ambiente adecuado y a que los niños cuenten con todos los elementos necesarios para su debido desarrollo.
- El primer párrafo del artículo 5º., consagra el libre ejercicio de cualquier comercio o industria a todas las personas, sin distinciones basadas en nacionalidad, raza, sexo, etcétera.
- En cuanto al artículo 12, impide la concesión de títulos de nobleza, prerrogativas y honores hereditarios.
- Finalmente, el artículo 13 defiende la igualdad al prohibir el procedimiento por leyes privativas o tribunales especiales y al declarar abolidos los fueros, con la salvedad del militar.²²⁷

De esta manera, debe entenderse que el “principio de igualdad o equidad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, de manera que opera para que los poderes públicos tengan en cuenta que los particulares que se encuentren en igual situación de hecho deben ser tratados de la misma forma, sin privilegio alguno...”²²⁸

Las normas que surjan de este principio han tratado de disminuir la desigualdad entre hombres y mujeres, pero algunas de ellas obedece a la apremiante protección en la seguridad de las propias mujeres a no ser violentadas por sus parejas, llámense novios, esposos o compañeros; cuyos escenarios en donde se llevan a cabo las reyertas evidencian la desigualdad en fuerza, haciéndolas víctimas una y otra vez.

Es en este panorama jurídico, cobran relevancia dos áreas de conocimiento: la Criminología y la Victimología.

La primera, interesa tomarla en cuenta porque a través de ella podemos encontrar las causas por la que cientos de mujeres diariamente son sometidas o

²²⁷ *La Garantía de Igualdad*, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2003, p. 37.

²²⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, diciembre de 2002, tesis 1ª. LXXXI, p. 226 CD-ROM IUS: 185380.

heridas física y psicológicamente. Desde esta posición, es en donde el dolor y la impotencia se hacen presentes, en donde las víctimas no son sólo las que recibe los golpes, sino son todos aquéllos que forman parte de una familia y que irremediamente quedarán marcados por estos escenarios no deseados, para luego reproducirlos y dar paso nuevas víctimas de la violencia. Vale la pena pensar que dentro de esta escasa calidad de vida, en donde cientos de mujeres de diversas edades transitan, el único deseo que tienen, no es precisamente esperar quien la favorecerá si emiten su voto para resolver esta situación muchas veces añeja, habrá que preguntar quién no ha cumplido con sus promesas, quién se ha olvidado de auscultar el número de familias que viven en la disfuncionabilidad y que ahí, en medio de este torbellino de agresiones se encuentran la madre, la abuela, la joven o la niña; quienes, no tienen ni idea de lo que significa un voto a favor de alguien, lo único que desean es que a través de los aparatos de justicia llegue ésta y entonces, saber qué significado tiene la palabra equidad, que obliga a dar la razón cuando se afirma que:

“Las debilidades democráticas del Estado pasan por la injusticia que afecta a las y los ciudadanos que no siempre está en la agenda de prioridades de las instituciones y de los gobiernos. En consecuencia, se permite y tolera en detrimento de los derechos humanos”²²⁹.

7.3.1 El derecho de las víctimas

Es así, como el derecho en su eterna búsqueda por limitar los excesos de los ciudadanos crea la *Victimología*, cuyos anuncios son esperados por quienes tienen la necesidad de ser escuchados: la víctima y el victimario. Interesa desde la ciencia jurídica, estudiar a ambos. Neuman explica con suficiente claridad aludiendo a algunos ejemplos en donde el Derecho Penal se entrelaza con esta nueva ciencia en el estudio de los delitos sexuales:

Como se trata de una relación sin testigos y entre dos personas, las denuncias no fructifican por inexistencia de elementos corroborativos. El imputado advierte cómo al poco tiempo el expediente se cierra o el caso termina en absolucón, mientras la joven ha sido sometida a interrogatorios judiciales escabrosos, tactos vaginales y otros estudios por parte de los médicos forenses.

...Interesa a la victimología el prisma de la ley penal, el ‘corruptor’ y el ‘corrompido’. Subrayar la culpa de la víctima y por ende, la irresponsabilidad penal del supuesto victimario²³⁰

²²⁹ Emilio Álvarez Icaza Longotía, “Consolidad a la democracia en México, mediante el respeto a los derechos humanos”, *Defensor*, núm. 4, Año IV, abril de 2006, p. 44.

²³⁰ Elías Neuman, *Victimología*, Cárdena Editor, México 1992, p. 175.

La misma reacción social de las mujeres, constituidas en ONG's, en Comisiones en las Cámaras de Diputados y Asamblea, ha dado pie para que se emitan una serie de leyes, recomendaciones y se lleven a cabo Convenciones, que se advierten como meras declaratorias de igualdad ante la ley. Pero en tanto el Estado no atienda las desigualdades existentes y que cada vez están menos ocultas y que sin duda hace que aun se esté en deuda con las mujeres, con los ancianos, con los jóvenes y con los niños; y con todos aquéllos que no han tenido posibilidad de estudiar, los cuales se encuentra dentro de las estadísticas de la pobreza extrema, en donde se hace presente la atención a "los derechos económicos, culturales y ambientales en el marco de un Estado que les de viabilidad, son sin duda, la asignatura pendiente de la transición a la democracia mexicana"

7.3.2 El significado de la violencia

El poco tiempo asignado para hacer los planteamientos que nos interesan sabemos que no son suficientes, y tal vez no lo sean así nos asignen horas para poder expresar el significado de la violencia, no deseáramos perdernos en lo accesorio y dejar de lado lo esencial, lo que es medular para el tema que hoy tenemos la oportunidad de poner sobre la mesa. Nos interesa como académica pero más como mujer, lo considero de suma importancia, porque si importa que las mujeres ejerzan su derecho al voto, también interesa que este derecho sea una manifestación consciente y que a través de quien las represente desde la comuna, desde cualquiera de las Cámaras de Diputados locales o federales se vean correspondidas; no vale la pena quedarse en un discurso aparente y sin sustento, que a la postre abundaría en la incredulidad y en el descontento. En otro texto decía: "no imaginamos que además de ingresar a las estadísticas de nacimientos también ingresáramos a la del "círculo de la violencia". Porque habrá que decir, que éste no comienza a partir de que la mujer tiene uso de razón y es víctima de una agresión, que en el mejor de los casos puede hacer una denuncia. No. La violencia de que son objeto miles de mujeres es producto de un número infinito, que no se limita a una edad determinada, lo mismo es violentada una anciana que una niña.

La mujer que ha sufrido de violencia al interior de su hogar, está predestinada a sufrir una serie de trastornos psicosomáticos como la ansiedad, baja autoestima, depresión, estrés, hasta llegar al suicidio o como sucede en muchos casos en donde los menores se convierten en víctimas de su madre sirviendo como medio para descargar su ira y frustración. Ante este tipo de situación,

Los menores que son testigos de violencia en su hogar sufren de excesiva irritabilidad, conducta inmadura, disturbios del sueño, regresión en el lenguaje y en control de

esfínteres. Las consecuencias desfavorables para los niños no sólo abarcan el nivel físico sino así mismo el neurodesarrollo²³¹.

Las ideas surgidas en el ámbito jurídico, desde la academia, el Congreso o las Convenciones, han producido una serie de ordenamientos en torno a este problema con la única intención de erradicarlo, así vemos que desde la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer*, y la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*, este último documento fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), en Belém do Pará, Brasil, que se define como el “primer instrumento vinculante para los Estados que la ratifican o se adhieren a ella, dirigido a poner en aplicación una acción concertada para *eliminar la violencia contra la mujer*, basada en su género, condenando todas las formas de violencia contra la mujer perpetradas en el hogar o en el mercado laboral o por el Estado o sus agente”.²³²

La reacción social traducida en pronunciamientos por parte de grupos de la sociedad civil y a través de enfatizar día a día sobre el derecho de la mujer a ser respetada, ha dado lugar para que en los Estados que conforman la República Mexicana así como el Distrito Federal se ocupará de legislar sobre este tema; tenemos en Veracruz la *Ley de acceso a una vida libre de violencia* y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó en el 2007 la *Ley de Igualdad Sustantiva* y posteriormente fue aprobada la *Ley de acceso a una vida libre de Violencia*, lo que presupone la puesta en marcha de políticas pública con intención de disminuir la desigualdad entre hombres y mujeres.

7.4 Del feminicidio a la transexualidad

A partir de la publicación del libro *Femicide. The Politics of Woman killing* (Diana E. H. Russell y Jill Radford, New York, 1992) el movimiento feminista se ha orientado hacia la protección del género entendido como la afinidad, unidad y persistencia de la individualidad de uno mismo, como hombre o mujer.

Aunque ya se ha dicho que la clave para definir el género es cultural y no biológica se considera como una categoría analítica teórica y crítica que a la luz de

²³¹ “Violencia doméstica”, *Instituto ciudadano de estudios sobre la seguridad*, p. 4.

²³² Elizardo Rannauro Melgarejo, “A 10 años de la Adopción de la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará”, *Ver tur Derechos Humanos*, Nueva época núm. 3, mayo-agosto 2004, p. 6.

la realidad social ha generado distintos procesos para enfrentar el problema de la violencia contra las mujeres y garantizar el orden tradicional de valores impuesto por razón del sexo, entre ellos la protección de las mujeres por la vía del Derecho penal.

En trabajos anteriores²³³ se hace referencia a la destacada labor realizada por la Comisión de Equidad y Género de la LXVIII Legislatura Federal (2004) que siguiendo el paradigma de los homicidios de mujeres en Chihuahua y en Ciudad Juárez, ha sentado las bases para proteger la vida, la dignidad, la integridad física o mental de las mujeres mediante la tipificación autónoma del feminicidio. Presentando como proyecto la necesidad de adicionar el título "de los delitos de género" que comprende el feminicidio, al Código Penal Federal y consecuentemente la reforma de los artículos 432, 433 y 434.

Para la Comisión los supuestos jurídicos que integran ese delito son: el homicidio, la desaparición forzada de personas, el secuestro, la violación, la mutilación, las lesiones graves, trata de personas y lenocinio; el tráfico de persona, tortura, abuso erótico sexual, prostitución forzada, esterilización forzada o manipulación genética, discriminación por orígenes étnicos, raciales, preferencia sexual o por estado de gravidez, y, todas las conductas prohibidas por los tratados internacionales en materia de derechos humanos y protección a la mujer. Sin embargo, todos los supuestos ya están tipificados de manera autónoma en el mismo ordenamiento.

En el siguiente subtema se hace referencia específica a la incorporación del feminicidio como delito en diversos ordenamientos penales de México.

7.4.1 Tipificación actual

Los Códigos Penales no son uniformes en la sistematización del feminicidio pues algunos lo consideran como delito autónomo e independiente del homicidio y otros como un delito de violencia de género²³⁴, por ejemplo:

El Código Penal Federal (CPF) lo integra como un delito contra la vida y la integridad corporal, puntualizando que comete feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género (Artículo 325) cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Que la víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;

²³³ Sandoval Pérez, Esperanza. "Con relación a los delitos de género ". *En Mujeres y Niñas en el Circulo de la Violencia*. México, Códice, 2008, pp. 169-193.

²³⁴ Ley Federal de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia (Art. 22). Diario Oficial de la Federación, febrero, 2007.

2. Que a la víctima se le haya infligido lesiones o mutaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia;
3. Que existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima;
4. Que entre ellos haya existido una relación sentimental afectiva o de confianza;
5. Que existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso; de acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
6. Que la víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo de privación de la vida; o,
7. Cuando el cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en lugar público.

También dispone que de no acreditarse el feminicidio, se aplicarán las reglas del homicidio (Art.316, VIII).

El Código Penal para el Distrito Federal (CPDF) no hace referencia alguna al feminicidio, sin embargo, entre las disposiciones comunes a los delitos de homicidio y de lesiones, considera que éstos son calificados cuando se cometan con ventaja, traición, alevosía, retribución, por el medio empleado, saña, en estado de alteración voluntaria u odio, que en parte relativa dice:

Artículo 138.

...

VIII. Existe odio cuando el agente lo comete por la condición social o económica, vinculación, pertenencia o relación con un grupo sexual definido, origen étnico o social, la nacionalidad o lugar de origen; el color o cualquier otra característica genética; sexo, lengua, género, religión; edad, opiniones, discapacidad, condiciones de salud; apariencia física, orientación sexual; identidad de género, estado civil, ocupación o actividad de la víctima (el subrayado es mío).

Del año 2010 a la fecha las entidades federativas que han incorporado el feminicidio son: Baja California, Chiapas, Colima, Distrito Federal, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Morelos, Quintana Roo, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas. La mayoría sistematizan el feminicidio como un delito de género, así encontramos que el legislador penal veracruzano estima que con este delito se protege la vida, la integridad física, psíquica, la libertad sexual y el cuerpo de las mujeres, ubica el feminicidio dentro de los delitos de violencia de género

para sancionar a quien por alguna de estas razones prive de la vida a una mujer (Artículo 367.Bis).

También se significa que Querétaro considera que existen razones de género cuando la víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo (Art. 126 bis), cuando existan lesiones o mutilaciones infamantes o marcas degradantes previas o posteriores a la privación de la vida; existan datos que revelen que hubo amenazas, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima; cuando el cuerpo haya sido expuesto, depositado arrojado en un lugar público o paraje despoblado exhibido por cualquier medio.

Agravando la pena cuando existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral, escolar o vecinal del sujeto activo en contra de la víctima y cuando haya sido comunicada, independientemente del tiempo previo a la privación de la vida. También dispone sanciones para el servidor público que con motivo de sus funciones y atribuciones realicen o conozcan prácticas dilatorias en tratándose de un feminicidio.

7.4.2 Del feminicidio a la transexualidad

Como se observa en cada una de las legislaciones anteriores al referirse a este delito, engloban de manera automática a todas las mujeres, considerándola como mujer heterosexual, sin embargo, aunque en la perspectiva de estudio el sujeto pasivo del feminicidio debe incluir a los seres humanos que para sentirse plenamente identificados han pasado por un proceso de transición o cambio de sexo para adaptar su cuerpo al género que sienten les pertenece, a través de una cirugía de reconstrucción genital o han modificado sus caracteres sexuales secundarios mediante una terapia de remplazo hormonal obteniendo una nueva identidad sexual por concordancia genérica.

Con relación a la investigación del feminicidio, para no confundir a los encargados de la Procuración y Administración de justicia, policía, personal pericial, forenses y profesionales del Derecho entre otros, se diseñó un Protocolo de actuación para la investigación del feminicidio²³⁵, se trata de una guía flexible que intenta describir de manera adecuada el proceso de investigación que se tiene pensado ejecutar, incluye criterios sobre el síndrome de la mujer maltratada y su expresión forense, el síndrome de la indefensión aprendida y las pruebas periciales psicológicas aplicadas al presunto agresor para determinar su perfil criminal; que en la práctica dan un soporte científico a la investigación y de esta manera

²³⁵ Protocolo de actuación para la investigación del feminicidio. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos Fiscalía General OACNUDH-FGR © 2012 de la República, El Salvador, 2012.

demostrar que la conducta delictiva que causa la muerte a una mujer está asociada con ciertas prácticas y conductas de discriminación y odio contra ellas.

7.5 Conclusión

Discriminación, desigualdad, violencia y muerte; reiteradamente han acompañado a miles de mujeres, hasta lograr que en el presente se adopten medidas que a través de la aprobación de normas, de mantener una política en donde los derechos humanos de hacen presente día a día, ha permitido el surgimiento de organismos gubernamentales y no gubernamentales en donde el propósito principal es la salvaguarda de los derechos de las mujeres y su seguridad.

Una vez más el propósito es no guardar silencio en contra de las agresiones sufridas, una vez más es agradecer la oportunidad de decir o exigir a quien administra y procura justicia de no apartarse del principio de convencionalidad y procurar que las víctimas se acojan a él.

Fuentes de consulta

- Agenda XXI*. (México), Naciones Unidas, Secretaría de Desarrollo Social, 1992.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia*, T. I, Ed. Universidad Católica de Chile, 2001.
- BARRIOS David y García Ramos Ma. Antonieta. *Transexualidad la paradoja del cambio*. México, Alfil, 2008.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Laura, *Comercialización Internacional de los Servicios en México. Marco Jurídico*, Ed. Mac Graw Hill, 1998.
- La Garantía de Igualdad*, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2003.
- MELGAREJO, Elizardo Rannauro, "A 10 años de la Adopción de la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará", *Ver tur Derechos Humanos*, Nueva época núm. 3, mayo-agosto 2004.
- NEUMAN, Elías, *Victimología*, Cárdena Editor, México 1992.
- "Por la no violencia en contra de las mujeres" (Editorial), *Defensor*, Núm. 12, año II, diciembre de 2004.
- Protocolo de actuación para la investigación del feminicidio. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos Fiscalía General OACNUDH-FGR © 2012 de la República, El Salvador, 2012.
- QUIROZ RUIZ, Sara Luz, *El Derecho de los consumidores desde la perspectiva de la acción de consumo*, Ed. Arana, Xalapa, Ver., México, 2011.
- ROLDÁN XOPA, José, *Derecho Administrativo*, Ed. Oxford, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Colec. Textos Jurídicos Universitarios, 2008.
- SANDOVAL PÉREZ, Esperanza. "Con relación a los delitos de género". *En Mujeres y Niñas en el Circulo de la Violencia*. México, Códice, 2008.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, diciembre de 2002, tesis 1ª. LXXXI, p. 226 CD-ROM IUS: 185380.
- VIDAL VILLA, José María y Javier Martínez Peinado, *Economía Mundial*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995. "Violencia doméstica", *Instituto ciudadano de estudios sobre la seguridad*.
- WITKER, Jorge, *Derecho de la Competencia en América, Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- ICAZA LONGOTIA, Emilio Álvarez "Consolidación a la democracia en México, mediante el respeto a los derechos humanos", *Defensor*, núm. 4, Año IV, abril de 2006.

Legisgrafía

Código Penal Federal. Diario Oficial de la Federación 2002. Vigente al 16 de mayo de 2013.

Código Penal para el Distrito Federal. Gaceta Oficial del Distrito Federal, de julio de 2002.

Última reforma 03 de abril de 2012.

Código Penal para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, última reforma publicada en la Gaceta del estado el 07 de febrero de 2013.

Ley Federal de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia (Art. 22). Diario Oficial de la Federación, febrero, 2007.

Decreto de reforma promulgado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, Gaceta Oficial, Décima época, octubre, 2008.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal Federal. Diario Oficial de la Federación, Tomo DCCV, No. 10, junio, 2012.

Gaceta del Distrito Federal, 10 de septiembre de 2009.

Gaceta del Estado de Veracruz, 29 de agosto de 2011.

Proyecto de Decreto que adiciona al libro segundo del Código Penal Federal el título vigésimo octavo, "de los delitos de género", y los artículos 432, 433 y 434, para tipificar el delito de feminicidio; y adicionar el numeral 35 al artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y una fracción VI al artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Diciembre, 2004.

Fuentes Electrónicas

<http://millenniumindicators.un.org/unsd/mdg/Home.aspx>. Consultada en el 29 de abril de 2013.

<http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/comunicados/indcon.pdf> Boletín de prensa núm. 172/13 6 de mayo de 2013, Aguascalientes, consultada mayo 9 de 2013.

<http://www.ieham.org/html/index2.asp?lengua=1> LAHOZ, Carmen, *El papel clave de las mujeres en la seguridad alimentaria*. Consultada el 2 de febrero de 2013.

<http://www.fao.org/FOCUS/S/Women/Sustin-s.htm#top>. Consultada en febrero 18 de 2013.

www.fao.org Datos importantes. Igualdad de género. Consultada en enero 31 de 2013.

<http://hdrstats.undp.org/es/paises/perfiles/MEX.html>.- Consultado el día 24 de octubre de 2012.

http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_ES_Table4.pdf, consultado el día 24 de octubre de 2012, valor tomado en cuenta 0.448 al año 2011.

<http://hdrstats.undp.org/es/indicadores/68606.html>, consultado el día 24 de octubre de 2012.

TERCERA PARTE
DERECHO Y GLOBALIZACIÓN

CAPÍTULO VIII

Derecho a la enseñanza superior

Rebeca E. Contreras López
Jacqueline del Carmen Jongitud Zamora
Martha Cristina Daniels Rodríguez
Ma. Teresa Montalvo Romero
Socorro Moncayo Rodríguez
Josefa Montalvo Romero*

8.1 Marco constitucional del derecho a la educación en México

Un recorrido histórico muestra la evolución que ha tenido la Carta Magna, en México, desde la reforma a la Constitución de 1857, pasando por nueve modificaciones; incluida la más reciente de febrero de 2013. El objeto de análisis en este trabajo es la educación superior, sin embargo, no se pueden pasar por alto las modificaciones relativas al derecho a la educación, en general, y en específico, lo relativo a la educación superior.

Desde la Constitución de 1917, que reforma la de febrero de 1857, el artículo 3º consigna el derecho a la educación de los mexicanos. Aunque establece la libertad de enseñanza, al mismo tiempo enfatiza la laicidad en las instituciones de formación primaria, así como elemental y superior (DOF, 5 de febrero de 1917).

Después de 17 años de vigencia, el mencionado artículo sufre modificaciones importantes, al acotar la libertad de enseñanza, señalando que la educación debe basarse en principios socialistas y promover entre los jóvenes un conocimiento racional sobre el universo y la sociedad, evitando prejuicios y fanatismos. Esta reforma (DOF, 13 de diciembre de 1934) señala como potestad

* Miembros del Cuerpo Académico Transformaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

estatal la impartición de la enseñanza en primaria, secundaria y normal; sin embargo prevé el otorgamiento de permisos para que instituciones privadas la impartan en los mismos niveles, siempre que cumplan con una serie de requisitos que, sin duda, restringen la libertad de enseñanza así como la posibilidad de los estudiantes de ser formados en otras opciones. El acotamiento a la educación privada se da en los siguientes términos:

1. El Estado determinará si el personal de las escuelas particulares tiene la preparación profesional, moralidad e ideología requerida por la misma Constitución. Es este sentido, se excluye a quienes participen de algún credo religioso que pretendan promover.
2. El Estado se adjudica la creación de planes, programas y métodos de enseñanza en cualquiera de los niveles educativos mencionados.
3. Se requiere, por supuesto, la autorización estatal expresa para poder impartir educación privada.
4. Finalmente, el Estado se reserva la facultad de revocar en cualquier tiempo la autorización concedida y, contra ello no procede ningún juicio ni recurso legal (DOF, 13 de diciembre de 1934).

El mismo artículo establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación primaria, así como la facultad discrecional del Estado para retirar el reconocimiento de validez oficial de los estudios realizados en instituciones privadas. Esto último es, sin duda, un freno a la formación de los estudiantes en planteles no gubernamentales.

El párrafo final de esta reforma señala que los funcionarios que no cumplan con las disposiciones ahí establecidas, se harán acreedores a las sanciones que fije el Congreso de la Unión, mismo que tiene la facultad de fijar las aportaciones económicas de los Municipios, Estados y la Federación en materia de educación, así como para expedir las leyes que considere necesarias a fin de unificar la educación en toda la República.

En 1946 (DOF, 30 de diciembre), el artículo 3º sufrió otra importante reforma para incluir en su contenido los principios internacionales entonces vigentes respecto del derecho a la educación y los propósitos de su impartición. Así, se establece que, "tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia".

Esta modificación reafirma la laicidad en la labor educativa, así como la impartición de conocimientos científicos, lo que evitaría fanatismos y prejuicios que, en definitiva, no contribuyen a la formación de una sociedad libre.

Establece que la educación debería ser democrática, nacional y contribuir a la mejor convivencia humana. En este sentido, se empiezan a delinear ideales internacionales respecto de un mejoramiento de todos los sectores sociales, así como la atención de problemáticas locales, sin dejar de lado el hecho de pertenecer a una sociedad mundial, lo que requiere que se tenga presente la igualdad de los seres humanos y la solidaridad que debería fomentarse desde las aulas.

La reforma en mención mantiene las restricciones a la impartición de educación particular, aunque sólo cuando se trate de la destinada a obreros y campesinos. En otros casos, se establece la posibilidad de impartir este tipo de educación con relativa libertad, excepto que se requiere seguir los planes y programas oficiales e incluir los objetivos constitucionalmente expresados.

Se mantiene la prohibición de impartir educación por parte de quienes pretendan promover algún credo religioso; sin embargo, se permite el apoyo económico de estos individuos a planteles particulares.

Se reitera la facultad discrecional del Estado para retirar el reconocimiento de validez oficial de los estudios realizados en instituciones privadas. Del mismo modo, se reitera la obligatoriedad de la educación primaria, así como la gratuidad, no sólo de ésta, sino que se amplía a todos los niveles educativos que imparta el Estado.

De nuevo, en esta versión, se pretende la unificación de la educación en toda la República, para lo cual el Congreso de la Unión mantiene sus facultades legislativas, financieras y sancionadoras al respecto.

En el Diario Oficial de la Federación de 9 de junio de 1980, aparece una nueva reforma al multicitado artículo 3º constitucional. Se trata de una adición importante en lo que respecta a la educación superior, toda vez que se consigna la autonomía universitaria como un derecho, al señalarse que,

... VIII. Las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la Ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo, respetando la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas; determinarán sus planes y programas; fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico; y administrarán su patrimonio. Las relaciones laborales, tanto del personal académico como del administrativo, se normarán por el Apartado A

del Artículo 123 de esta Constitución, en los términos y con las modalidades que establezca la Ley Federal del trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones a que esta fracción se refiere...

Doce años después, nuevamente se modifica la Constitución, en materia de educación (DOF, 28 de enero de 1992). Dicha reforma es más de forma que de fondo, dado que se cambia la redacción de algunos apartados, dando una mayor claridad respecto de la laicidad educativa, de los objetivos que se buscan y del compromiso de inculcar en el educando los valores humanos de libertad, igualdad, dignidad, fraternidad y no discriminación. Todo ello debería estar incluido en los planes y programas educativos oficiales.

La siguiente reforma constitucional no tarda mucho en realizarse; el Diario Oficial de la Federación de 5 de marzo de 1993, publica una modificación al artículo 3º de la Carta Magna. La importancia de esta reforma se da en los siguientes aspectos:

1. Consigna, de manera expresa, a la educación como un derecho.
2. Señala la obligatoriedad de la educación secundaria (además de la primaria que ya se establecía como obligatoria).
3. Se reitera el carácter laico, democrático y nacional de la educación, además de su enfoque de respeto a los derechos humanos.
4. Se integra la disposición de que sea el Ejecutivo Federal quien integre los planes y programas oficiales de educación primaria, secundaria y normal, para lo cual deberá tomar en cuenta la opinión de los sectores sociales de las entidades federativas, involucrados en la educación. Con esto se incorpora el estándar internacional de participación social.
5. Enfatiza la promoción y atención estatal a todos los tipos y modalidades educativos, haciendo mención especial de la educación superior. Además, consigna la necesidad de apoyar la investigación científica y tecnológica, así como el fortalecimiento y difusión cultural. Con esto, se anota de manera clara la gratuidad de toda la educación ofrecida por el Estado, incluida la de nivel superior.
6. Se garantiza la legalidad al otorgar y revocar el reconocimiento de validez oficial de estudios realizados en instituciones privadas, al suprimir la discrecionalidad con la que el Estado actuaba en estos casos, retirando la prohibición de promover recursos o juicios en contra de las resoluciones estatales al respecto.
7. Se elimina la prohibición de impartir educación con alguna tendencia religiosa o por personas que promuevan algún culto, siempre y cuando

cumplan con el mínimo de estándares oficiales. Con ello se respeta la libertad de establecer instituciones de enseñanza si así se desea, al mismo tiempo que se da cumplimiento al compromiso internacional de respetar el derecho de padres o tutores de elegir libremente la institución educativa que más se apegue a sus creencias religiosas o principios morales.

8. Finalmente, se reitera la autonomía universitaria.

En el sexenio de Vicente Fox se incorpora el nivel preescolar como obligatorio en el país (DOF, 12 de noviembre de 2002).

El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una modificación al multicitado artículo 3º constitucional para establecer, de manera expresa, que la educación impartida por el Estado (en todos los niveles y modalidades) deberá fomentar el respeto a los derechos humanos. Esto resulta relevante, toda vez que el legislador recoge este compromiso internacional y lo plasma en el máximo ordenamiento jurídico.

Unos meses después, ocurre otra reforma al mismo artículo, en la que se define como educación básica la que comprende preescolar, primaria y secundaria, además de que se establece la obligación estatal de proveer igualmente educación de nivel medio superior (DOF, 9 de febrero de 2012).

Aunque ya estaba consagrada la obligación de fomentar el respeto a los derechos humanos, esta reforma enfatiza el fomento al respeto a la diversidad cultural, lo que responde a los estándares internacionales establecidos.

Como se ha podido observar, las reformas se han dado como respuesta a estándares internacionales a los que México no puede estar ajeno. En este sentido, las modificaciones han sentado las bases para iniciar el proceso de calidad educativa, mismo que tiene su fundamento en la más reciente reforma constitucional en materia de educación, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 26 de febrero de 2013.

A continuación se anotan algunos puntos relevantes que, si bien no se refieren específicamente a educación superior, dada la progresividad que se ha observado en la obligatoriedad de impartir educación en los diferentes niveles y modalidades, así como la obligación de promoverla en el nivel superior, además de que, de hecho, el Estado otorga formación gratuita en este nivel, resulta interesante conocer el sentido del artículo 3º constitucional vigente.

Se da por hecho el acceso a la educación en los niveles obligatorios (desde preescolar hasta media básica) y se incorpora la obligación estatal de que dicha educación sea de calidad, refiriéndose con ello, no sólo a la disponibilidad de una adecuada infraestructura material, sino también recursos humanos capacitados en la impartición de una educación acorde con estándares internacionales, que promuevan con eficacia, no sólo conocimientos teóricos y prácticos, sino también que sean formadores de individuos capaces de interactuar en un mundo globalizado, sin perder la identidad nacional, en donde el respeto a los derechos humanos es básico.

La reforma establece que, con el objetivo de lograr la calidad educativa, el ingreso al servicio docente y la promoción en los cargos se llevará a cabo a través de concursos de oposición, excepto, por supuesto, en las instituciones de educación superior que gocen de autonomía.

Para garantizar la calidad en la educación que se imparta en los niveles obligatorios, se crea el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, mismo que deberá coordinar el Sistema Nacional de Evaluación Educativa. El Instituto se encargará de definir la manera en que se medirá la calidad y se obtendrán resultados. Aún están por definirse las reglas bajo las cuales funcionará el Instituto, sin embargo, de acuerdo a la reforma en comento, deberá regir sus actividades “con apego a los principios de independencia, transparencia, objetividad, pertinencia, diversidad e inclusión”.

En este sentido, actualmente el artículo 3º constitucional establece que:

Artículo 3o. Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado –Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios–, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias.

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

El Estado garantizará la calidad en la educación obligatoria de manera que los materiales y métodos educativos, la organización escolar, la infraestructura educativa y la idoneidad de los docentes y los directivos garanticen el máximo logro de aprendizaje de los educandos.

I. Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa;

II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Además:

a) Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo;

b) Será nacional, en cuanto –sin hostilidades ni exclusivismos – atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura;

c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos, y

d) Será de calidad, con base en el mejoramiento constante y el máximo logro académico de los educandos;

III. Para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en el segundo párrafo y en la fracción II, el Ejecutivo Federal determinará los planes y programas de estudio de la educación preescolar, primaria, secundaria y normal para toda la República. Para tales efectos, el Ejecutivo Federal considerará la opinión de los gobiernos de los Estados y del Distrito Federal, así como de los diversos sectores sociales involucrados en la educación, los maestros y los padres de familia en los términos que la ley señale. Adicionalmente, el ingreso al servicio docente y la promoción a cargos con funciones de dirección o de supervisión en la educación básica y media superior que imparta el Estado, se llevarán a cabo mediante concursos de oposición que garanticen la idoneidad de los conocimientos y capacidades que correspondan. La ley reglamentaria fijará los criterios, los términos y condiciones de la evaluación obligatoria para el ingreso, la promoción, el reconocimiento y la permanencia en el servicio profesional con pleno respeto a los derechos constitucionales de los trabajadores de la educación. Serán nulos todos los ingresos y promociones que no sean otorgados conforme a la ley. Lo dispuesto en este párrafo no será aplicable a las Instituciones a las que se refiere la fracción VII de este artículo;

IV. Toda la educación que el Estado imparta será gratuita;

V. Además de impartir la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior, señaladas en el primer párrafo, el Estado promoverá y atenderá todos los tipos y modalidades educativos –incluyendo la educación inicial y a la educación superior– necesarios para el desarrollo de la nación, apoyará la investigación científica y tecnológica, y alentará el fortalecimiento y difusión de nuestra cultura;

VI. Los particulares podrán impartir educación en todos sus tipos y modalidades. En los términos que establezca la ley, el Estado otorgará y retirará el reconocimiento de validez oficial a los estudios que se realicen en planteles particulares. En el caso de la educación preescolar, primaria, secundaria y normal, los particulares deberán:

a) Impartir la educación con apego a los mismos fines y criterios que establecen el segundo párrafo y la fracción II, así como cumplir los planes y programas a que se refiere la fracción III, y

b) Obtener previamente, en cada caso, la autorización expresa del poder público, en los términos que establezca la ley;

VII. Las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo, respetando la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas; determinarán sus planes y programas; fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico; y administrarán su patrimonio. Las relaciones laborales, tanto del personal académico como del administrativo, se normarán por el apartado A del artículo 123 de esta Constitución, en los términos y con las modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones a que esta fracción se refiere;

VIII. El Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias, destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, los Estados y los Municipios, a fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público y a señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que no cumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que a todos aquellos que las infrinjan, y

IX. Para garantizar la prestación de servicios educativos de calidad, se crea el Sistema Nacional de Evaluación Educativa. La coordinación de dicho sistema estará a cargo del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación. El Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación será un organismo público autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Corresponderá al Instituto evaluar la calidad, el desempeño y resultados del sistema educativo nacional en la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. Para ello deberá:

a) Diseñar y realizar las mediciones que correspondan a componentes, procesos o resultados del sistema;

b) Expedir los lineamientos a los que se sujetarán las autoridades educativas federal y locales para llevar a cabo las funciones de evaluación que les corresponden, y

c) Generar y difundir información y, con base en ésta, emitir directrices que sean relevantes para contribuir a las decisiones tendientes a mejorar la calidad de la educación y su equidad, como factor esencial en la búsqueda de la igualdad social.

La Junta de Gobierno será el órgano de dirección del Instituto y estará compuesta por cinco integrantes. El Ejecutivo Federal someterá una terna a consideración de la Cámara de Senadores, la cual, con previa comparecencia de las personas propuestas, designará al integrante que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Cámara de Senadores presentes o, durante los recesos de esta, de la Comisión Permanente, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si la Cámara de Senadores no resolviera dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de integrante de la Junta de Gobierno aquel que, dentro de dicha terna, designe el Ejecutivo Federal.

En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Ejecutivo Federal someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna designe el Ejecutivo Federal.

Los integrantes de la Junta de Gobierno deberán ser personas con capacidad y experiencia en las materias de la competencia del Instituto y cumplir los requisitos que establezca la ley, desempeñarán su encargo por períodos de siete años en forma escalonada y podrán ser reelectos por una sola ocasión. Los integrantes no podrán durar en su encargo más de catorce años. En caso de falta absoluta de alguno de ellos, el sustituto será nombrado para concluir el periodo respectivo. Sólo podrán ser removidos por causa grave en los términos del Título IV de esta Constitución y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos en que actúen en representación del Instituto y de los no remunerados en actividades docentes, científicas, culturales o de beneficencia.

La Junta de Gobierno de manera colegiada nombrará a quien la presida, con voto mayoritario de tres de sus integrantes quien desempeñará dicho cargo por el tiempo que establezca la ley.

La ley establecerá las reglas para la organización y funcionamiento del Instituto, el cual regirá sus actividades con apego a los principios de independencia, transparencia, objetividad, pertinencia, diversidad e inclusión.

La ley establecerá los mecanismos y acciones necesarios que permitan al Instituto y a las autoridades educativas federal y locales una eficaz colaboración y coordinación para el mejor cumplimiento de sus respectivas funciones.

8.2 El derecho a la enseñanza superior, en el marco del DIDH

La enseñanza superior²³⁶ es un derecho humano, pues como tal es reconocida en diversos instrumentos normativos, universales y regionales, de aquellos que conforman el *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

²³⁶ Definida por la Organización de la Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) como “todo tipo de estudios, de formación o de formación para la investigación en el nivel postsecundario, impartidos por una universidad u otros establecimientos de enseñanza que

La enseñanza superior es un nivel educativo íntimamente relacionado con la investigación y con el desarrollo económico, político, social y cultural de los países. Es una educación postsecundaria,²³⁷ es decir, un tipo de formación que se realiza una vez que se ha concluido con la instrucción elemental o básica. En México, la educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica;²³⁸ en tanto que la educación media superior es el equivalente aquello que se define en los instrumentos internacionales como educación secundaria, pues es este nivel de instrucción el que ofrece la formación previa inmediata a la enseñanza superior.

La enseñanza superior, vista como derecho humano, ha sido reconocida expresamente por diversos instrumentos internacionales, universales y regionales; dentro de los primeros se ubican la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 26, primer párrafo); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13.2, inciso c); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 28.1, inciso c); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 24.5); y, la Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (art. 4, inciso a). En el contexto regional, América Latina y el Caribe, destacan la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 49, inciso c) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13.3, inciso c) como instrumentos de derechos humanos que reconocen el derecho a la enseñanza superior; así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues a partir de la interpretación sistemática de su artículo 26 se colige el reconocimiento del derecho a la educación superior.²³⁹

La revisión individualizada y la comparación entre los artículos implicados (de los tratados internacionales citados en el párrafo precedente), muestran la coincidencia esencial de tales instrumentos respecto a la educación superior. En efecto, todos ellos convergen en el reconocimiento de la enseñanza superior como un derecho

estén acreditados por las autoridades competentes del Estado como centros de enseñanza superior". *Vid.*, Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *Recomendación sobre la convalidación de los estudios, títulos y diplomas de la enseñanza superior*, 27ª reunión de trabajo, octubre de 1993, punto I.1.a).

²³⁷ La enseñanza secundaria es definida por la UNESCO como los estudios realizados tras la enseñanza primaria, elemental o básica y de cuyos resultados depende el acceso a la enseñanza superior. Es un derecho cuyo ejercicio es visto como la conclusión de la educación básica, la consolidación del fundamento para el desarrollo humano y para el aprendizaje a lo largo de la vida. *Vid.*, *Ibidem.*, Punto I.1.b y I.1.c, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a la educación. Observación General Núm. 13*, 1999.

²³⁸ *Vid.* Párrafo primero del artículo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²³⁹ Courtis, Christian, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". En Ferrer, Eduardo y Zaldívar, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Ed. UNAM, México, 2008, pp. 361-438.

humano específico del derecho a la educación.²⁴⁰ Como un derecho que implica la obligación de los Estados de hacer uso de todas las estrategias y medios necesarios, posibles y apropiados (en particular a través de la implantación progresiva de la enseñanza gratuita de la educación universitaria), para facilitar el acceso de todas las personas a este nivel educativo, bajo el principio de igualdad y no discriminación y en función de los méritos y capacidades de cada una ellas.

De lo anterior se colige que se trata de un derecho en el que todas las personas deben contar con oportunidades para acceder a su realización o disfrute, pero que, en todo caso, el acceso a la educación superior es condicionado a la capacidad o el mérito con el que éstas cuentan para cursar dicho nivel educativo; circunstancia que comporta, como consecuencia lógica, el derecho de las personas a ser evaluadas de forma objetiva, imparcial, en igualdad de condiciones y sin discriminación, para acceder a la educación superior.

Como se observa, la enseñanza superior es distinguible de otros derechos educativos como es el caso, por ejemplo, de la enseñanza primaria, la cual comprende las obligaciones estatales de garantizar el acceso universal, gratuito y obligatorio para todos los niños, niñas y adolescentes. Ahora bien, el que la enseñanza superior no sea acompañada de tales notas no exime al Estado de los deberes, como se adelantó líneas atrás, de avanzar de forma progresiva en las oportunidades de acceso a la educación superior que brinda a las personas sujetas a su jurisdicción, así como en la gratuidad de la educación universitaria.

En otro orden de ideas, y dado que el propósito es referir el derecho a la educación superior en ámbito del DIDH, debe subrayarse que el conocimiento claro y detallado de un derecho humano exige la identificación de los componentes y atributos que lo integran. Tarea que es posible desempeñar a través de la individualización y sistematización de las obligaciones que los Estados tienen respecto al mismo, la fijación de las particularidades operantes en el nivel de los elementos esenciales de los derechos humanos y en el de los principios de aplicación respecto a los mismos; todo esto de conformidad con las diferentes fuentes del DIDH: tratados, convenciones, pactos, observaciones generales, opiniones consultivas y criterios jurisprudenciales, entre otros.²⁴¹

Lo anterior es especialmente relevante respecto al derecho a la educación superior, en razón del objetivo perseguido en el documento, pues como se ejemplificaba antes, éste al ser parte del derecho a la educación en general cuenta con una serie

²⁴⁰ Respecto a tal afirmación, debe destacarse que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General Número 13, determinó que el derecho a la educación comprende, al menos, el derecho a recibir educación, el derecho a la enseñanza primaria, el derecho a la enseñanza secundaria, el derecho a la enseñanza técnica y profesional, el derecho a la enseñanza superior, el derecho a la educación fundamental y el derecho a la libertad de enseñanza.

²⁴¹ Vázquez, Daniel y Delaplace, Domitille, *Guía de estudio políticas públicas con perspectiva de derechos humanos*, Maestría en derechos humanos y Democracia 2010 - 2012, Flacso, México, 2011; y, Courtis, Christian, *Op. cit.*, pp. 369-374.

de componentes y atributos que son idénticos respecto a otros derechos educativos, como puede ser el caso, por ejemplo, de la enseñanza técnica y la enseñanza fundamental, pero se particulariza y distingue respecto a otros. Dicho lo anterior con otras palabras y de forma breve: el desempaque del derecho²⁴² a la educación superior es relevante para este estudio por constituir un derecho humano específico y por la necesidad de particularizarlo frente a otros derechos educativos.

En consideración de lo antes dicho, dentro de los siguientes apartados se procederá a la individuación del derecho a la enseñanza superior, en el marco del DIDH. Pero antes de proceder con tal tarea se harán algunas acotaciones conceptuales, mismas que servirán de guía para los apartados siguientes.

El DIDH se rige, en lo general, por el Derecho Internacional Público y por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; no obstante, cuenta con rasgos distintivos en razón de su objeto de protección. En efecto, los tratados de derechos humanos (fuente del DIDH) tienen una categoría distinta a los demás tipos de acuerdos internacionales, y esto se debe al papel secundario que juega el principio de reciprocidad estatal, es decir, los tratados de derechos humanos no son primordialmente el resultado de una negociación interestatal, en donde cada uno de los Estados negocia sus propios intereses tratando de obtener el mayor beneficio, sino que en ellos los Estados asumen compromisos hacia los individuos bajo su jurisdicción.²⁴³ En otras palabras: tales tratados no implican un intercambio recíproco de derechos, para el mutuo beneficio de los Estados, sino que su objetivo central reside en la protección de los derechos fundamentales de las personas, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.

Así las cosas, el DIDH suele ser entendido como el conjunto de normas y principios²⁴⁴ que regulan un sector de las relaciones entre Estados, cuyo objetivo es el fomento del respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de medios para la garantía y protección de los mismos.²⁴⁵

En el anterior sentido, el DIDH tiene dentro de sus potencialidades la de coadyuvar con la protección de la persona humana y de su dignidad; de generar

²⁴² Vázquez, Daniel y Delaplace, Domitille, *Op. cit.*, pp. 21-35.

²⁴³ *Vid.*, Corcuera Cabezut, Santiago, *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Oxford, México, 2001.

²⁴⁴ A saber, entre otros: principio de subsidiariedad; principio de buena fe; principio de la dignidad humana; principio de universalidad; principio de igualdad y no discriminación; principio de no alegación del derecho interno para el incumplimiento de un deber internacional en materia de derechos humanos; principio *pacta sunt seroanda*,

²⁴⁵ Gutiérrez Contreras, Juan Carlos, *Guía de estudios de la materia de introducción al derecho internacional de los derechos humanos*, Maestría en Derechos Humanos y Democracia, Ed. Flacso, México, 2012, p. 11.

un parámetro de mínimos para el aseguramiento de éstas y de generar un espacio complementario de protección de los derechos de las personas, ante el entuerto cometido al interior de los Estados y la imposibilidad de que el mismo sea reparado o solucionado por éstos.

Desde el DIDH se han generado una serie de obligaciones internacionales de carácter general (respetar, proteger, garantizar),²⁴⁶ a partir de las cuales es posible identificar obligaciones concretas respecto a derechos específicos. De igual forma, a través de la labor interpretativa de los Comités de las Naciones Unidas, se han identificado y desarrollado los elementos básicos que conforman las obligaciones generales (disponibilidad, accesibilidad, calidad, adaptabilidad y aceptabilidad) respecto a los derechos humanos. Y, por último, las diversas fuentes del DIDH, así como los órganos encargados de la aplicación de las mismas, han reconocido o desarrollado los principios (transversales y de aplicación) que rigen en materia de derechos humanos.

Así las cosas, la identificación del núcleo básico de un derecho implica la determinación de aquellos elementos mínimos que el Estado debe abastecer a cualquier persona de forma inmediata y sin se admita frente a ellos la contraargumentación estatal de imposibilidad, proveniente de la escasez de recursos o de cualquier otra circunstancia semejante.²⁴⁷ Aunque, como ya se ha señalado respecto al derecho a la enseñanza superior, esto no supone que el derecho no pueda desarrollarse en una mayor medida.

De lo anterior se desprende entonces que la determinación del núcleo básico del derecho a la enseñanza superior, supone la revisión de las obligaciones generales, los elementos esenciales y principios que le rigen. Adicionalmente, deben ser atendidos los fines a los que debe dirigirse el derecho a la educación superior, pues se trata de un derecho que de forma general y específica tiene un tratamiento teleológico por parte de los diversos instrumentos internacionales que lo abordan.

8.2.1 Fines del derecho a la educación y fines de la enseñanza superior

Los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, tanto universales como regionales, dotan de orientación a la educación que ha de recibirse por parte de los Estados signatarios de éstos. De esta forma se reconoce

²⁴⁶ Respecto a este punto es importante destacar que la conceptualización y especificación de las obligaciones del DIDH se ha venido haciendo de forma simultánea por diversos órganos (cortes, tribunales y comités de las Naciones Unidas), de ahí que no haya una clasificación y conceptualización única. No obstante, entre las diferentes conceptualizaciones y clasificaciones hay coincidencias importantes.

²⁴⁷ Vázquez, Daniel y Delaplace, Domitille, *Op. cit.*, p. 24.

que la educación que se reivindica como derecho humano no hace alusión a cualquier tipo de aquella, sino a una de tipo específico, es decir, a una educación que:²⁴⁸

- a) Tienda al pleno desarrollo de la personalidad humana, del sentido de su dignidad y de su autoestima, tanto individual como de la cultura a la que pertenecen las personas;
- b) Tienda al fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;
- c) Favorezca la comprensión, la tolerancia y amistad entre las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos;
- d) Promueva el espíritu de igualdad entre los sexos;
- e) Capacite a las personas para participar de forma efectiva en una sociedad libre;
- f) Coadyuve con el combate y la erradicación de la discriminación;
- g) Promueva la paz y el desarrollo, así como las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz; e
- h) Inculque en los educandos el respeto por el medio ambiente.

En suma, toda la educación que imparta el Estado, o que éste autorice para su prestación por parte de los particulares, tal como es expresado de forma sucinta por instrumentos interamericanos, debe estar inspirada y dirigida por los principios de justicia, libertad, paz y solidaridad.

Como resulta fácil deducir de lo anterior, la existencia de tales fines o criterios orientadores para la educación conlleva, por ejemplo, la prohibición de la impartición de cualquier tipo de educación que resulte incompatible con ellos²⁴⁹ y la obligación estatal de proveer una educación para la paz, inclusiva y con perspectiva de género. En este orden de ideas, los fines precitados implican obligaciones específicas en materia educativa y comprometen al Estado a adoptar todas las medidas que sean necesarias para la realización del derecho a la educación por parte de todas las personas sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

Ahora bien, todos los fines educativos señalados hacen parte del derecho a la enseñanza superior, es decir, constituyen también propósitos de la educación universitaria, pero ésta se ve especificada por cuanto a un propósito particular:

²⁴⁸ *Vid.*, art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; art. 5 de la Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza; art. XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 3 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y art. 13 del Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²⁴⁹ Courtis, Christian, *Op. cit.*, p. 373.

contribuir al desarrollo sostenible y al mejoramiento del conjunto de la sociedad.²⁵⁰ De ahí precisamente que las funciones sustantivas que realizan las Instituciones de Educación Superior (docencia, investigación, extensión y difusión de la cultura) deban sentar las bases para el aprendizaje a lo largo de la vida, atender a las necesidades sociales (presentes y futuras) y, deban promover, generar y difundir conocimientos (a través de la investigación) que provea a los estudiantes del nivel superior de competencias significativas y útiles que les permitan contribuir al desarrollo económico, político, social y cultural de la sociedad en su conjunto.²⁵¹

La teleología del derecho a la enseñanza superior es de la mayor relevancia, pues a la luz de la misma es que las obligaciones generales y las específicas que de ellas derivan, así como los elementos esenciales del mismo, van adoptando configuraciones específicas, como se ve más adelante.

²⁵⁰ Finalidad que puede ser alcanzada, según los estándares internacionales, por una enseñanza superior que: a) atienda a las necesidades de todos los aspectos de la vida humana y que combine conocimientos teóricos y prácticos, en atención a las necesidades presentes y futuras de la sociedad; b) propicie el aprendizaje permanente y forme ciudadanos participativos; c) promueva, genere y difunda conocimientos por medio de la investigación, y que provea de las competencias adecuadas a sus estudiantes para que éstos puedan contribuir al desarrollo, cultural, social y económico del conjunto de la sociedad; d) contribuya a la comprensión, interpretación, preservación, reforzamiento, fomento y difusión de las culturas nacionales, regionales, internacionales e históricas; e) contribuya a proteger y consolidar los valores de la sociedad, en especial inculcando los valores democráticos y proporcionando perspectivas críticas y objetivas que propicien el debate y el fortalecimiento de los enfoques humanistas; y, contribuya al desarrollo y la mejora de la educación en todos los niveles. *Vid.*, art. 1 de la Declaración mundial sobre la educación superior en el Siglo XXI: visión y acción.

²⁵¹ En este punto es conveniente resaltar que el desarrollo es visto también como un derecho humano, mismo que fue reconocido a través de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986. Hablar del desarrollo como derecho humano, implica, como bien se sabe, hacer referencia a un proceso integral en el que el objetivo es el avance cualitativo y simultáneo en los factores económico, político, social y cultural; involucra referirse a un proceso en el que las personas y pueblos del mundo no sólo son titulares de un derecho al desarrollo sino también contribuidores esenciales para su efectiva realización, mediante su participación libre y significativa. El derecho al desarrollo conlleva el deber estatal y de la comunidad internacional, reconocido en diversos instrumentos internacionales, de promover y proteger un orden político, social y económico propio para el desarrollo integral; encaminado a mejorar de forma progresiva el bienestar de la población entera, y en el que todos los derechos y libertades reconocidos por Derecho Internacional de los Derechos Humanos sean plenamente realizados. El desarrollo como derecho humano, hace alusión a la igualdad de oportunidades de las personas en cuanto al acceso a recursos básicos como la educación, salud, vivienda, empleo y alimentación (desarrollo social); el derecho a formar parte de un orden político que promueva la participación libre y significativa de todas las personas en el proceso mismo de desarrollo y en el que todos los derechos y libertades de las personas sean respetados, protegidos y garantizados por los Estados (desarrollo político); refiere también a la obligación estatal de que las diferentes expresiones culturales y lingüísticas gocen de protección y cuidado por parte de los Estados (desarrollo cultural); y, finalmente, apunta a la idea de que dentro de todo proceso de desarrollo debe velarse porque se dé una distribución justa y equitativa de la riqueza (desarrollo económico).

8.2.2 Obligaciones generales en materia de derechos humanos y su configuración en el derecho a la enseñanza superior

Las obligaciones generales en materia de derechos humanos son las de respetar, proteger y garantizar (promover y tomar medidas).²⁵²

La obligación de respeto es de exigencia inmediata y se traduce en la obligación del Estado de no interferir, ni por acción ni por omisión, en cualquiera de sus niveles de gobierno (federal, local o municipal) o a través de cualquiera de sus funciones (ejecutiva, legislativa o judicial), en el ejercicio de los derechos humanos. Esta obligación alcanza también la conducta de los particulares, pues tanto el Estado como éstos deben abstenerse de interferir, obstruir o dificultar la realización de los derechos.²⁵³

Tratándose del derecho a la enseñanza superior, destaca la obligación estatal de respeto a la libertad académica,²⁵⁴ tanto individual como colectiva, de buscar, desarrollar y transmitir conocimientos e ideas, mediante, entre otros elementos, la investigación, la docencia, la documentación, la producción y elaboración de escritos.

La libertad académica comprende la **libertad de opinión** sobre ideas, políticas públicas o instituciones, incluidas en estas últimas aquellas en las que labora el personal docente; la **libertad de participar** en organismos académicos, profesionales o representativos de su elección; la **libertad de cátedra** esto es, la libertad de enseñar²⁵⁵ y debatir, en el marco de los fines educativos y de la

²⁵² *Vid.*, al respecto: Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1997; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La aplicación interna del Pacto, Observación general Núm. 9*, 1998; Sandoval Terán, Areli (Coord.) *Los derechos Económicos, Sociales y Culturales: exigibles y justiciables. Preguntas sobre los DESC y el protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ed. Espacio DESC-PIDHDD-ONU-DH-OXFAM-Novib-Hivos-ICCO-Rosa-Luxemburg-Stiftung-ONU-DH, México, 2010.

²⁵³ *Vid.*, Jana, Andrés, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales" en Roberto Saba, *Derechos Fundamentales*, Ed. Del Puerto, Argentina, 2004; y, Mijangos González, Javier, "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Derecho Procesal Constitucional. 50 años de desarrollo científico: 1956-2006. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Ed. Porrúa-UNAM, México, 2007.

²⁵⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 13, Op. cit.*, párr. 38 a 40; Recomendación de la UNESCO relativa a la condición del personal docente de enseñanza superior, 1997, párr. 27.

²⁵⁵ La docencia universitaria se concibe como una profesión que se adquiere y se mantiene gracias a un esfuerzo riguroso de estudio y de investigación durante toda la vida: es una forma de servicio público que requiere del personal docente de la enseñanza superior profundos conocimientos y un saber especializado; exige además un sentido de responsabilidad personal e institucional en la tarea de brindar educación y bienestar a los estudiantes y a la comunidad en general así como para alcanzar altos niveles profesionales en las actividades de estudio y la investigación. *Cfr.*, párr. 6 de la Recomendación de la UNESCO relativa a la condición del personal docente de enseñanza superior.

enseñanza superior, sin verse limitado por doctrinas instituidas o prescritas, y la **libertad de investigación**,²⁵⁶ misma que conlleva el derecho de realizar, publicar y difundir los resultados de investigación obtenidos por el personal académico de las Instituciones de Educación Superior.

Otra obligación de respeto destacable en el ámbito de la educación superior es el de la autonomía universitaria,²⁵⁷ misma que es vista como la libertad institucional que asegura el grado de autogobierno necesario para lograr la eficacia de las Instituciones de Educación Superior respecto a su labor académica, normas, gestión y actividades conexas. Dicha autonomía debe atender a los fines de la educación superior, las obligaciones estatales en la materia y ser compatible con los sistemas de fiscalización pública.

Por otra parte, la obligación de protección implica que los agentes estatales, en su ámbito competencial, deben generar el andamiaje jurídico, institucional y de políticas públicas,²⁵⁸ que prevenga violaciones a los derechos humanos, tanto por parte de los particulares como de ellos mismos. Tratándose de la educación superior, el Estado debe proteger:²⁵⁹

- 1) A las Instituciones de Educación Superior frente a las amenazas que se presenten contra su autonomía, sea cual fuere su origen.
- 2) Al personal docente frente a las interferencias ilegítimas en la enseñanza que impartan; para que no sea obligado a impartir enseñanzas que atenten contra su conciencia o a aplicar planes de estudios o métodos de enseñanza contrarios a las

²⁵⁶ En el ámbito de la enseñanza superior se entiende como investigación: “una investigación original en los ámbitos de la ciencia, la tecnología y la ingeniería, la medicina, la cultura, las ciencias sociales y humanas o la educación que requiera una indagación cuidadosa, crítica y disciplinada, variando sus técnicas y métodos según el carácter y las condiciones de los problemas identificados y orientada hacia el esclarecimiento y/o la solución de los problemas y que, cuando se lleva a cabo en un marco institucional, cuenta con el respaldo de una infraestructura apropiada”. *Cfr.*, artículo 1.b de la Recomendación de la UNESCO relativa a la condición del personal docente de enseñanza superior.

²⁵⁷ *Vid.*, en su totalidad la Declaración sobre libertad académica, autonomía universitaria y responsabilidad social, pues es el documento internacional que desarrolla en mayor medida (contenido, alcance y limitaciones) el concepto de la autonomía universitaria.

²⁵⁸ Dentro de las políticas públicas exigibles a los Estados en materia de educación superior se encuentran las de que la planificación se tomen las medidas para garantizar que: a) la enseñanza superior se oriente hacia el desarrollo del individuo y el progreso de la sociedad; b) la enseñanza superior contribuya al logro de los objetivos de la educación permanente y al desarrollo de otras formas y grados de la educación; c) que los fondos públicos destinados a las instituciones de enseñanza superior, se consideren una inversión pública, sujeta a un control público efectivo; d) la financiación de la enseñanza superior sea considerada una forma de inversión pública la mayor parte de cuyos dividendos se obtendrá necesariamente a largo plazo, y que depende de prioridades gubernamentales y públicas; y e) se informe constantemente a la opinión pública sobre la justificación de esa financiación pública.

²⁵⁹ *Vid.*, Recomendación de la UNESCO relativa a las condiciones del personal docente de enseñanza superior, párr. 19, y 28 a 47.

normas de derechos humanos; para que no se interfiera o restrinja su labor de investigación y publicación; para que no se impida u obstaculice participar en órganos colegiados; para que no se le impida contar con representantes en los órganos académicos o se obstaculice su derecho de asociación; y, para que las condiciones laborales que les son propias les sean respetadas.

3) A la comunidad estudiantil para que sus intereses y necesidades educativas sean el centro del sistema de enseñanza superior; para que su derecho a conformar organizaciones no sea obstaculizado, limitado o abolido; para que su derecho a participar en la evaluación docente sea realizado y para que el resultado de ésta sea considerada para el nombramiento de los docentes o para la prórroga del contrato de trabajo de los mismos.

En adición a lo anterior, los Estados en cumplimiento de su obligación de protección deben establecer todos aquellos los medios, mecanismos y procedimientos, que sean requeridos para el ejercicio de derechos específicos del derecho a la enseñanza superior.

Así, por ejemplo, tienen el deber de establecer mecanismos que permitan manifestaciones solidarias entre las Instituciones de Educación Superior y su personal docente, cuando sean objeto de persecución, incluyendo incluso la concesión de refugio y la provisión de empleo o formación a las víctimas de la persecución; debe generarse un recurso, ante un órgano imparcial, al cual pueda acudir el personal docente cuando considere que ha sido objeto de una evaluación injustificada; debe instaurarse un procedimiento disciplinario docente, con las debidas garantías procesales y con el derecho a recurrir las decisiones resultantes de aquél ante instancias independientes y externas (con competencia para adoptar decisiones definitivas y vinculantes); deben generarse procedimientos de reclamación y arbitrajes imparciales para resolver conflictos del personal docente con sus empleadores; e instaurar medios o mecanismos que brinden protección jurídica adecuada a la producción científica, literaria, tecnológica, etcétera, generada por el personal docente de la enseñanza superior.²⁶⁰

Los anteriores son recursos y mecanismos que los estándares internacionales especifican, pero es evidente que lo hacen sobre la base de la particularidad de los asuntos que tratan, a ello se suma la regla general de existencia de todos aquellos mecanismos, procedimientos y recursos que aseguren la protección de todos los derechos específicos e insertos en el de la educación superior. De ahí que, otra vez ejemplificando, se requieran mecanismos para asegurar la vinculación entre perfiles docentes calificados y la permanencia en la docencia universitaria, para asegurar el ingreso de docentes y alumnos al nivel superior tras el reconocimiento de los méritos y capacidades de cada uno de ellos, así como procedimientos para la verificación del cumplimiento de obligaciones, etcétera.

²⁶⁰ *Vid.*, Declaración de la UNESCO sobre la condición del personal docente de enseñanza superior, 44, 47f, 51 y 56.

La obligación de protección implica también la tarea de fiscalización estatal, misma que debe tener como objetivo el verificar el cumplimiento de las obligaciones que rigen para las Instituciones de Educación Superior, así como de los elementos y principios que gobiernan al derecho a la educación superior.

En otra línea de ideas, garantizar los derechos humanos implica tres obligaciones concretas: investigar, sancionar y reparar los casos de vulneración a éstos. En este sentido, garantizar el derecho a la educación superior exige investigar los casos de violación a éste, sancionar a aquellas personas que hayan incurrido en su violación y reparar a las víctimas de la violación del derecho a la enseñanza superior.

Además de lo anterior, conviene destacar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de su Observación General Número 13, incluye dentro de la obligación de garantía a las obligaciones de promover y tomar medidas. Especificando que la primera de ellas implica adoptar medidas de más largo alcance, pues es una obligación que tiende a lograr cambios en la conciencia pública, en la percepción o comprensión de un determinado problema. En este tenor la obligación estatal de informar de forma constante a la opinión pública sobre la justificación de la financiación pública de la educación superior, así como respecto al porqué ésta es un bien público y un aliado para el desarrollo nacional, es una tarea de promoción que coadyuva en la comprensión y apoyo social a la realización del derecho a la enseñanza superior.

La obligación de tomar medidas, que es de efecto inmediato, implica que todos los órganos de gobierno deben realizar todas las acciones necesarias y oportunas para la plena observancia de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En el caso que nos ocupa, muchas de las obligaciones a cargo del Estado han quedado anotadas en los párrafos anteriores, así como en las notas al pie de los mismos; no obstante, vale la pena destacar que dentro de las obligaciones estatales específicas respecto a la enseñanza superior se ubican las de:

- (1) Reconocerla como bien público y, en este sentido, como un elemento de interés público susceptible del diseño, implementación, supervisión y evaluación de políticas públicas;
- (2) Crear el marco legislativo, político y financiero para su desarrollo;
- (3) Garantizar la accesibilidad a todas las personas, en función del mérito y capacidad;
- (4) Proteger y garantizar la igualdad y no discriminación;
- (5) Vincularla a la investigación, así como a los sectores sociales y productivos a fin de garantizar que sus programas contribuyan al desarrollo;
- (6) Asegurarle los recursos humanos, materiales y financieros necesarios;
- (7) Garantizar la participación de todos los interlocutores pertinentes, a fin de promover su adecuado desarrollo y la satisfacción de las necesidades de los diversos actores involucrados con la misma;

- (8) Aplicar políticas de equidad de género;
- (9) Formular políticas claras sobre docentes universitarios: ingreso, promoción y permanencia en el servicio académico;
- (10) Garantizar una educación superior centrada en el estudiante, la participación de éste en su formación, la adopción de decisiones y en organizaciones estudiantiles propias;
- (11) Facilitar la movilidad nacional e internacional de docentes y alumnos, como elemento esencial de calidad y pertinencia académica, y
- (12) Garantizar la libertad de cátedra, investigación, expresión y pensamiento de docentes e investigadores, el trabajo colegiado de éstos y la autonomía de las Instituciones de Educación Superior.²⁶¹

8.2.3 Elementos de la educación y sus particularidades en el nivel universitario

Por cuanto hace a los elementos esenciales del derecho a la educación, cabe señalar que conforme a la Observación General Número 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, éstos son cuatro: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.²⁶²

En el ámbito general de los derechos humanos, la *disponibilidad* se traduce en la obligación estatal de garantizar la suficiencia de los servicios, instalaciones, mecanismos o cualquier otro medio por el cual se materializa un derecho para toda la población. En el ámbito educativo la *disponibilidad* implica que debe haber instituciones y programas de estudio en cantidad suficiente para abastecer las necesidades educativas y que las condiciones, materiales y humanas, con las que cuenten sean las adecuadas para su funcionamiento.

Tales notas en el ámbito de la educación superior se traducen en que las Instituciones de Educación Superior, en el ámbito de los recursos humanos, deben

²⁶¹ *Vid.*, art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 49 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, art. 13 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Recomendación relativa a la condición del personal docente en la educación superior y Declaración sobre la Educación Superior en el Siglo XXI.

²⁶² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 13, Op. cit.*, párr. 31-37; Tomasevski, Katarina, "Indicadores del derecho a la educación", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Núm. 40, San José Costa Rica, 2004; y, Pennicino, Sara, "Educación" [Derecho a la], en *Diccionario de derechos humanos. Cultura de los derechos en la era de la globalización*. Ed. Flacso, México, 2009.

contar con personal docente altamente capacitado y suficiente para atender la matrícula estudiantil; con personal que accede a la práctica docente por concurso de oposición y en reconocimiento del mérito de su trabajo intelectual, así como en sus habilidades docentes y profesionales; que usan métodos de enseñanza compatibles con los derechos humanos y que son capacitados de forma constante en el ámbito investigativo y docente; que realizan investigación como parte de sus labores universitarias y que cuentan con condiciones laborales y de seguridad social apropiadas.

En el ámbito de los recursos materiales, la disponibilidad exige que las Instituciones de Educación Superior cuenten con bibliotecas, talleres, laboratorios, zonas para el desarrollo del trabajo tutorial de docentes, espacios para la realización de trabajos colegiados, aulas suficientes y con condiciones adecuadas (ventilación, iluminación, espacio, inmobiliario, etcétera) para el trabajo académico, así como espacios deportivos y culturales. En suma con todos los requerimientos e insumos que permitan la conexión entre teoría y práctica, con el desarrollo de habilidades propias de la formación profesional de la que se trate y para la formación integral de los estudiantes universitarios. En el caso de la disponibilidad de la educación superior también es relevante destacar que ésta implica la preocupación y ocupación estatal de no sólo la existencia de una oferta de estudios suficiente, y con las cualidades necesarias, respecto a la demanda de educación superior, sino también en relación con las posibilidades de inserción a la vida productiva de los egresados.

Por otra parte, el elemento de accesibilidad exige que las instituciones y programas de enseñanza sean asequibles a todos, tanto material como económicamente y sin discriminación alguna; la prohibición de discriminación no está supeditada ni a la implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos, esta es una obligación de exigencia inmediata a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados por el DIDH, incluyéndose la disparidad del gasto público que tenga por efecto que la calidad de la educación sea distinta para las personas que residen en diferentes lugares de un mismo Estado.²⁶³

En el caso de la enseñanza superior, como ya fue previamente señalado, la oportunidad para el acceso debe ser proporcionada por igual a todas las personas, sin discriminación, pero finalmente, el acceso queda condicionado al mérito o capacidad de cada uno.

La adaptabilidad exige, en términos generales, que el medio y los contenidos elegidos para materializar un derecho humano tengan flexibilidad para ser modificados, si así se requiere, a fin de adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a contextos culturales y sociales variados. En tal sentido, la adaptabilidad de la educación tiene que ver con la

²⁶³ Vid., Pennicino, Sara, *Op. cit.*

capacidad con la que cuentan las instituciones, planes y programas para adecuarse a las necesidades culturales, lingüísticas y sociales de los estudiantes, ello bajo el principio del interés superior de los alumnos.

En el caso de la educación superior, la adaptabilidad incluye las ideas (además de la genérica), de una educación centrada en el estudiante, en sus necesidades educativas y en las necesidades sociales a las que debe responder la formación universitaria. En este sentido, se dice que la plena realización del derecho a la educación superior supone dar una respuesta apropiada a cada una de las necesidades que han sido citadas, a través de planes y programas de estudio flexibles²⁶⁴ y sistemas de enseñanza variados;²⁶⁵ mismos que hagan plenamente aprovechable a la educación superior en sus diferentes formas, por parte de todos los estudiantes y en consideración de la diversidad económica, lingüística, social, cultural y educativa que éstos expresan.

Finalmente, la aceptabilidad implica en términos genéricos que el medio y los contenidos para materializar el ejercicio de un derecho sean admisibles por parte de las personas a quienes están dirigidos, lo que está en íntima relación con la adaptabilidad y con criterios como la pertinencia, la adecuación cultural y la participación ciudadana. En el caso de la educación, la aceptabilidad exige que tanto la forma como el fondo de la educación contenida en los programas de estudio y los métodos pedagógicos aplicados sean aceptables, lo cual remite de forma inmediata a la obligación de los Estados de que la educación que impartan, así como aquella que autoricen suministrar por parte de los particulares, se ajusten a los fines y propósitos a ella reconocidos.²⁶⁶

En el caso de la educación superior la aceptabilidad se cifra, además de lo anterior, en la pertinencia, la adecuación cultural y la buena calidad de la enseñanza impartida en las aulas universitarias.

El concepto de calidad en el nivel universitario, es multidimensional y comprende todas las funciones y actividades de las Instituciones de Educación Superior.²⁶⁷ Por ende, generarse una idea aproximada sobre la calidad educativa de una Institución de Educación Superior supone revisar una serie de indicadores sobre, entre otras cosas: la enseñanza que imparte y la calidad de los programas académicos que pone en marcha; la investigación que realiza su personal académico y el sistema de becas con el que cuenta para sus estudiantes; el nivel de habilitación y reconocimiento académico con el que cuenta su personal académico; los

²⁶⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Núm. 13, Op. cit.*, párr. 17-18.

²⁶⁵ Presencial, semi-presencial, a distancia, a través de las tecnologías de la información y la comunicación, multimodales, etcétera.

²⁶⁶ Pennicino, Sara, *Op. cit.*, y Tomasevski, Katarina, *Op. Cit.*,

²⁶⁷ *Vid.* Artículo 11 de la Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI de la UNESCO.

mecanismos que utiliza para la selección de sus estudiantes; el grado de adecuación de sus edificios, instalaciones y equipamiento, respecto a las formaciones profesionales que ofrece a la comunidad; el número y la calidad de los servicios que ofrece a la comunidad en la que se inscribe y su propia comunidad universitaria; y, por último, la dimensión internacional con la que cuentan los estudios universitarios ofrecidos por las Instituciones de Educación Superior.²⁶⁸

La adecuación cultural, por su parte, supone una educación que fortalece la identidad y la reproducción cultural de las personas y de los pueblos; es una educación superior que promueve la construcción de sociedades diversas, interculturales, donde las diferencias no son la antesala de la discriminación, sino la oportunidad para el aprecio de la pluralidad. En suma, como señala Bucio²⁶⁹ por adecuación cultural se entiende el grado en el que se logra respetar de manera simultánea la herencia cultural y la diversidad cultural. En este sentido, la enseñanza superior es adecuada culturalmente en la medida en la que es capaz de cubrir los criterios precisados y en el que satisface las necesidades educativas en atención al origen y diversidad cultural de los jóvenes que atiende mediante sus programas académicos.

Por último, la pertinencia, aun cuando es vista de diversas formas,²⁷⁰ puede ser caracterizada de forma genérica como la coherencia entre objetivos y perfiles de egreso y las necesidades sociales en el campo de influencia de las Instituciones de Educación Superior, con el mercado de trabajo o con los proyectos de desarrollo local, regional o nacional.²⁷¹

²⁶⁸ Ídem., a saber: intercambio de conocimientos, la creación de sistemas interactivos, la movilidad de profesores y estudiantes y los proyectos de investigación internacionales.

²⁶⁹ Bucio Galindo, Andrés, *Desarrollo sostenible en cuatro pasos*, Universidad Iberoamericana Puebla, México, 2004, p. 13.

²⁷⁰ Malagón identifica cuatro perspectivas respecto a la pertinencia de la educación superior: la política, la economicista, la social y la integral. Éstas asumen lo siguiente: (1) perspectiva política: la pertinencia es la capacidad de las universidades de responder a los planteamientos y necesidades de la sociedad; (2) perspectiva economicista: la pertinencia es la capacidad que tienen las Instituciones de Educación Superior de vincularse con el sector productivo y de contar con un manejo eficiente; (3) perspectiva social: la pertinencia tiene que ver con la capacidad de las Instituciones de Educación Superior de ser actores protagónicos de los procesos sociales, económicos y políticos de su entorno y con la capacidad de crítica, reflexión, diálogo e interlocución con otros actores clave de su entorno y consigo misma; y, por último, (4) perspectiva integral: la pertinencia de la educación superior es la síntesis de elementos políticos, económicos y sociales, en la que el currículo se observa como el eje central de la pertinencia. *Vid.* Malagón Plata, Luis Alberto, "La pertinencia en la educación superior: elementos para su comprensión", en *Revista de la educación superior*, Núm. 127, Volumen 32, julio-septiembre, ANUIES, México, 2003, pp. 113-134.

²⁷¹ Silva Espinosa, María del Carmen y Rodríguez Santillán, Jesús, *La Educación Superior en el Siglo XXI. Líneas estratégicas de desarrollo*, ANUIES, México, 2000.

En el anterior orden de ideas, desde la UNESCO²⁷² se afirma que la pertinencia de la educación superior:

- (1) Debe evaluarse en función de la adecuación entre lo que la sociedad espera de las Instituciones de Educación Superior y lo que éstas hacen;
- (2) Tiene que ver con una mayor y mejor articulación entre la educación superior, los problemas sociales y el mundo del trabajo;
- (3) Refuerza la función de servicio a la sociedad de las Instituciones de Educación Superior respecto a la solución de problemáticas sociales tales como, entre otras, violencia, inseguridad, intolerancia, conflictos sociales, seguridad pública y deterioro del medio ambiente; y,
- (4) Aumenta la contribución de las Instituciones de Educación Superior al desarrollo del conjunto del sistema educativo, sobre todo mejorando de forma constante la formación de su personal docente, la elaboración de sus planes y programas de estudio y la investigación que realicen tanto sobre la educación superior en general, como sobre los problemas a los que se enfrentan las comunidades en las que se inscriben.

En adición a lo anterior, también puede decirse que la educación superior es pertinente en la medida en la que ésta es coherente con los fines educativos consagrados por el DIDH; y en la medida en la que consigue que los contenidos proveídos y los métodos y técnicas de enseñanza utilizados dentro del proceso educativo sean adecuados culturalmente, respecto a las comunidades educativas implicadas.

Es oportuno recordar que dentro de los fines reconocidos a la educación superior se encuentra el de promover el desarrollo. La pertinencia de la educación superior tiene que ver entonces, dicho de forma sucinta: con la coherencia entre ésta y los fines esenciales de la educación en general y de la educación superior en particular; con su adecuación cultural; con la articulación que logra con los problemas sociales (para los cuales es capaz de ofrecer alternativas de solución); con el mercado laboral de egresados; y con la capacidad de desarrollo y mejora continua de su calidad.

En el anterior sentido, de entre las obligaciones en materia de aceptabilidad de la educación superior para los Estados, destacan: la que determina que dicho nivel educativo debe vincularse con la investigación y con los sectores sociales y productivos, a fin de garantizar que sus programas contribuyan al desarrollo de las comunidades en las que éstas prestan sus servicios; la de garantizar la participación de todos los interlocutores que pueden coadyuvar en la conformación de una educación superior pertinente y de calidad; la de realizar diagnósticos sobre la situación que guarda la educación superior y planificar para el adecuado desarrollo del sistema educativo universitario; la de fiscalizar y

²⁷² *Vid.* Artículo 6 de la Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI de la UNESCO.

supervisar que las Instituciones de Educación Superior, públicas y privadas, cumplan cabalmente con todas y cada una de las obligaciones que les corresponden como tales; y la de velar por la calidad de la docencia, formación e investigación que se realiza o genera en las Instituciones de Educación Superior bajo su jurisdicción.

Para cerrar este punto vale la pena identificar las obligaciones a cargo de las Instituciones de Educación Superior, mismas que el Estado debe fiscalizar. Éstas son:²⁷³

- (a) Informar al público sobre su misión educativa;
- (b) Velar por la calidad y la excelencia de sus funciones y proteger y garantizar la integridad de éstas ante toda injerencia incompatible con su misión académica;
- (c) Defender la libertad académica y los derechos humanos;
- (d) Impartir una enseñanza de alta calidad;
- (e) Esforzarse por ofrecer posibilidades de educación permanente;
- (f) Garantizar que se dispense un trato equitativo y justo a todos los estudiantes sin discriminación alguna;
- (g) Adoptar políticas y procedimientos para garantizar un trato equitativo a las mujeres y a las minorías y acabar con el acoso sexual y los vejámenes raciales;
- (h) Garantizar que no se obstaculice el desempeño del personal docente de la enseñanza superior, ya se trate de su labor en el aula o de sus actividades de investigación;
- (i) Velar por la honradez y la transparencia de la contabilidad;
- (j) Velar por la eficaz utilización de los recursos;
- (k) Elaborar, mediante un proceso colegial y/o la negociación con las organizaciones que representan al personal docente, en consonancia con los principios de libertad académica y libertad de expresión, declaraciones o códigos de ética que sirvan de guía al personal docente, la labor intelectual, investigación y servicios de extensión a la comunidad;
- (l) Contribuir al ejercicio de los derechos económicos, sociales, culturales y políticos de las personas, procurando al mismo tiempo evitar que se utilicen el saber, la ciencia y la tecnología en detrimento de esos derechos o para fines que se opongan a la ética académica generalmente reconocida, a los derechos humanos y a la paz;
- (m) Velar porque sus planes de estudios y actividades atiendan a las necesidades de la comunidad local y de la sociedad en general, y desempeñen un papel importante en el mejoramiento de las posibilidades laborales de los estudiantes;

²⁷³ Vid., Declaración mundial sobre la educación superior en el Siglo XXI: visión y acción.

- (n) Fomentar, siempre que sea posible y apropiado, la cooperación académica internacional, procurando evitar la explotación científica y técnica de un Estado por otro, y promoviendo la asociación, en pie de igualdad, de todas las comunidades académicas del mundo;
- (o) Contar con bibliotecas actualizadas y el acceso sin censura a los recursos modernos de la enseñanza, la investigación y la información;
- (p) Facilitar la información requerida por el personal de enseñanza superior o por los estudiantes con miras a la docencia, la formación académica o la investigación;
- (q) Proporcionar los locales y equipos necesarios para la misión de la institución y su mantenimiento adecuado; y
- (r) Velar porque las investigaciones de carácter confidencial no sean incompatibles con el cometido y los objetivos educativos de las instituciones, ni contrarias a los objetivos generales de la paz, los derechos humanos, el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente.
- (s) Incorporar las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información a su quehacer académico, tratando de obtener el mayor provecho posible de las mismas respecto a sus actividades y funciones sustantivas.

8.2.4 Principios de derechos humanos y educación superior

Las obligaciones generales y los elementos esenciales se complementan con una serie de principios en materia de derechos humanos, mismos que informan transversalmente a los derechos y obligaciones ínsitos en el derecho humano de que se esté tratando y que, en este sentido y atendiendo al objeto de este estudio, constituyen una orientación respecto a la forma en la que el derecho a la educación superior debe ser implantado por los Estados.

Algunos de los principios que se consideran más relevantes respecto al derecho a la enseñanza superior son los siguientes: igualdad y no discriminación, progresividad y no regresividad; máximo uso de los recursos disponibles; acceso a mecanismos de exigibilidad; participación y cooperación internacional.²⁷⁴

Los principios de igualdad y no discriminación son de aplicación inmediata y de alcance general.²⁷⁵ Éstos no se hayan sujetos a los principios de progresividad y de uso máximo de los recursos disponibles. Así las cosas, el Estado debe adoptar

²⁷⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Ed. Estudios del Puerto, Argentina, 2006, p. 49.

²⁷⁵ *Vid.*, art. 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general Núm. 9, Op. cit.*,

todas las medidas necesarias para que todas las personas, sin distinción alguna, accedan de igual forma al ejercicio de los derechos. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado en su Observación General Número 20 que los Estados deben combatir tanto la discriminación formal, como la sustantiva, que deben evitar la discriminación directa e indirecta, y que deben adoptar todas las medidas que sean necesarias para combatir la discriminación sistemática.

En el ámbito de la educación superior tales principios implican las obligaciones estatales de no discriminar; de prevenir, proteger (contra) y sancionar cualquier práctica discriminatoria por parte de terceros o por el propio Estado, en el ámbito universitario; la de atender a la situación particular que enfrentan los grupos y personas en situación de discriminación o exclusión para dispensarles un trato igualitario, no discriminatorio y atento a las necesidades particulares que surgen de su situación, generando incluso medidas especiales de equiparación y de trato diferenciado cuando, por las circunstancias que afectan a un grupo en desventaja, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso o el ejercicio del derecho a la educación superior.²⁷⁶

Por otra parte, los principios de progresividad y prohibición de regresividad implican, respectivamente, el reconocimiento de la existencia de una serie de obligaciones que implican una gradualidad para lograr su plena efectividad como puede ser en materia educativa, por ejemplo, la cobertura universal y gratuita de la enseñanza superior, la cual supone un progreso paulatino hasta su logro;²⁷⁷ pero que una vez que se ha dado un cierto avance respecto al disfrute de tal derecho, el Estado no debe, en virtud de la prohibición expresa de regresividad, dar marcha atrás a los niveles garantizados, salvo ciertas circunstancias que tendrían que ser de especial pronunciamiento por parte del Estado y de reconocimiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Otra nota que vale la pena hacer respecto a los principios de progresividad y prohibición de regresividad, es que éstos se manifiestan en el avance de todos los medios del Estado para proteger y garantizar los derechos humanos, así como en el no retroceso respecto a los mismos; por lo cual también se aplica a la creación y perfeccionamiento de los mecanismos existentes para la prevención, investigación y sanción de todas aquellas violaciones de derechos humanos, así como respecto a la reparación de las afectaciones a los mismos.

En el anterior orden de ideas, el Estado actúa progresivamente respecto al derecho a la educación superior en la medida en la que garantiza un mayor acceso a las personas, en la que amplía la disponibilidad de ésta, mejora y amplía su respuesta a las necesidades concretas de los alumnos y contextos sociales en las que éstos se

²⁷⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Op. cit.*, p. 44. También art. 3 c) de la Declaración mundial sobre la educación superior en el Siglo XXI: visión y acción.

²⁷⁷ *Ibidem.*, p. 58.

inscriben, y en la que mejora su pertinencia y calidad. De igual forma, actúa progresivamente en tanto muestra avance en los indicadores aplicables respecto al progreso en materia de respeto, protección y garantía del derecho a la educación superior.

Algunos ejemplos de medidas regresivas respecto al derecho a la enseñanza superior son los siguientes: (1) que el Estado habiendo alcanzado la gratuidad en tal nivel educativo, diese marcha atrás estableciendo un sistema de cuotas; (2) que la ampliación de la matrícula en la educación superior privada, se tradujese en una disminución real respecto a los niveles de acceso público previamente alcanzados;²⁷⁸ (3) que el Estado redujese las asignaciones presupuestales a este nivel educativo sin que se diese, por ejemplo, una clara reducción de la demanda y de las necesidades de inversión en la educación universitaria; y, (4) que se diesen retrocesos respecto a los derechos y garantías laborales del cuerpo docente, de tal manera que esto afectase los niveles de calidad educativa previamente logrados.

Ahora bien, para justificar todas las medidas anteriormente señaladas u otras con la misma implicación de regresividad, el Estado tiene la obligación internacional de demostrar fehacientemente que las adoptó tras un examen minucioso de todas las posibilidades a su alcance, evaluando los efectos y utilizando plenamente sus recursos, hasta el máximo disponible.

El principio del máximo uso de recursos disponibles, supone que el Estado, una vez satisfechos los niveles mínimos de cada derecho (que en el caso del derecho a la educación lo constituye la educación primaria), debe asignar sus recursos conforme a un plan para atender el avance progresivo de todos los derechos. A este respecto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de su Observación General Número 3 ha señalado que aunque el Estado carezca de recursos, esto no puede ser justificación del incumplimiento de sus obligaciones relativas a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pues aunque éste demuestre que sus recursos son insuficientes sigue en pie su obligación de asegurar los derechos en la mayor medida posible, conforme a las circunstancias imperantes. Es más, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dicho que en los casos de crisis económica, recesión o de falta de disposición de recursos, se debe dar prioridad a la satisfacción de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los grupos más vulnerables.

El principio de acceso a mecanismos de exigibilidad implica, como su nombre lo indica, la obligación de los Estados de pertrechar a los derechos humanos, para su plena efectividad, de mecanismos de exigibilidad. Entre éstos se incluyen el acceso a la información, la transparencia, la rendición de cuentas y algunos otros mecanismos políticos y jurisdiccionales, tales como, en este último caso, los que han sido señalados a propósito de la obligación general de respeto.²⁷⁹

²⁷⁸ *Vid.*, Sandoval Terán, Areli, *Op. cit.*,

²⁷⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Op. cit.*, p. 40.

En el anterior orden de ideas, habrá que recordar las obligaciones señaladas anteriormente de las Instituciones de Educación Superior de informar al público sobre su misión educativa y de facilitar la información requerida por su comunidad académica;²⁸⁰ de igual forma pueden traerse a colación los artículos 2e y 13b de la Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI, conforme el cual la libertad académica y la autonomía universitaria son a un mismo tiempo un derecho y una obligación que implican su uso responsable y la necesaria rendición de cuentas ante la sociedad.

El principio de participación, como su nombre lo indica, conlleva la participación activa, efectiva y documentada de todas las personas respecto a la realización de sus derechos humanos. En este sentido, es oportuno recalcar que la participación ha sido objeto de reconocimiento no sólo como un derecho humano en sí mismo, sino como un componente esencial de otros derechos, como es el caso, por ejemplo, del derecho al desarrollo y del derecho a la autodeterminación de los pueblos.²⁸¹ Pero, además, es reconocido como un criterio orientador para el ejercicio de derechos específicos, esto es, como un principio en materia de derechos humanos.²⁸²

En el caso del derecho a la enseñanza superior la participación es recogida en diversos momentos. En efecto, se reconoce la necesidad de participación de los sectores público y privado, de los medios de comunicación, de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, de los estudiantes y de los establecimientos, de las familias y de todos los agentes sociales que intervienen en la enseñanza superior.²⁸³

Un principio de especial importancia en el ámbito del diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas en materia de derechos humanos es el de coordinación y articulación de las políticas. Así, y en el entendido de que los derechos humanos son indivisibles, integrales e interdependientes, los Estados tienen la obligación de emprender acciones coherentes, concertadas y coordinadas a través de espacios y mecanismos de interlocución en todos los órdenes y niveles de gobierno.²⁸⁴ En el ámbito de la educación superior se tiene la exigencia estatal de generar estrategias de planificación y análisis de políticas en las que se incorpore el trabajo coordinado entre las Instituciones de Educación Superior y los

²⁸⁰ Declaración mundial sobre la educación superior en el Siglo XXI: visión y acción.

²⁸¹ *Vid.*, Declaración sobre el Derecho al Desarrollo

²⁸² Vázquez, Daniel y Delaplace, *Op. cit.*, pp. 21-35.

²⁸³ *Vid.*, art. 4 b); 7 b); 7 d); 10 c); 13 b); y, 14 b) de la Declaración mundial sobre la educación superior en el Siglo XXI: visión y acción. También: art. 1 h); 9 c); y, 13 del Marco de Acción Prioritaria para el Cambio y el Desarrollo de la Educación Superior; y, art. 9 del *Comunicado de la Conferencia Mundial de Educación Superior: Las nuevas dinámicas de la educación superior y de la investigación para el cambio social y el desarrollo*, UNESCO, París del 5 al 8 de julio de 2009.

²⁸⁴ Vázquez, Daniel y Delaplace, *Op. cit.*, pp. 30-31.

organismos nacionales de planificación, con el propósito de garantizar una gestión universitaria racionalizada y una utilización sana de los recursos.²⁸⁵

Finalmente, el principio de cooperación internacional en el ámbito de la enseñanza superior se entiende como fundamental para que ésta:²⁸⁶ ayude a entender mejor los problemas mundiales, así como a resolverlos; opere en beneficio de todos los interesados y en pro de un dominio mínimo común de conocimientos teóricos y prácticos; evite la fuga de cerebros y contribuya al retorno de los mismos a sus países de origen, en especial cuando se trata de los países en desarrollo o de los menos desarrollados; y, como un medio esencial para la renovación de la educación superior a nivel global, en el marco del interés común, el respeto mutuo y la credibilidad entre las Instituciones de Educación Superior y los Estados.

8.3 Conclusión

La educación superior constituye un derecho humano, al ser reconocido como tal por los más importantes instrumentos en materia de derechos humanos, universales y regionales. Afirmación que se robustece al corroborar que el desarrollo de los párrafos precedentes muestra que el derecho a la enseñanza superior ha sido dotado por el DIDH, de forma paulatina, de una serie de criterios que ayudan a identificar sus particularidades en términos de obligaciones generales y específicas, elementos esenciales y principios de aplicación.

²⁸⁵ *Vid.*, art. 13 de la Declaración mundial sobre la educación superior en el Siglo XXI: visión y acción

²⁸⁶ *Ibidem.*, art. 15 a 17

Fuentes de consulta

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Ed. Estudios del Puerto, Argentina, 2006.
- Bucio Galindo, Andrés, *Desarrollo sostenible en cuatro pasos*, Universidad Iberoamericana Puebla, México, 2004.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a la educación. Observación General Núm. 13*, 1999.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La aplicación interna del Pacto, Observación general Núm. 9*, 1998.
- Comunicado de la Conferencia Mundial de Educación Superior: *Las nuevas dinámicas de la educación superior y de la investigación para el cambio social y el desarrollo*, UNESCO, Paris, del 5 al 8 de julio de 2009.
- Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *Recomendación sobre la convalidación de los estudios, títulos y diplomas de la enseñanza superior*, 27ª reunión de trabajo, octubre de 1993.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
- Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Corcuera Cabezut, Santiago, *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Oxford, México, 2001.
- Courtis, Christian, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". En Ferrer, Eduardo y Zaldívar, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Ed. UNAM, México, 2008.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI de la UNESCO.
- Declaración mundial sobre la educación superior en el Siglo XXI: visión y acción.
- Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Diario Oficial de la Federación
- Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1997.

- Gutiérrez Contreras, Juan Carlos, *Guía de estudios de la materia de introducción al derecho internacional de los derechos humanos*, Maestría en Derechos Humanos y Democracia, Ed. Flacso, México, 2012.
- Jana, Andrés, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales" en Roberto Saba, *Derechos Fundamentales*, Ed. Del Puerto, Argentina, 2004.
- Malagón Plata, Luis Alberto, "La pertinencia en la educación superior: elementos para su comprensión", en *Revista de la educación superior*, Núm. 127, Volumen 32, julio-septiembre, ANUIES, México, 2003.
- Mijangos González, Javier, "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Derecho Procesal Constitucional. 50 años de desarrollo científico: 1956-2006. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Ed. Porrúa-UNAM, México, 2007.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pennicino, Sara, "Educación" [Derecho a la], en *Diccionario de derechos humanos. Cultura de los derechos en la era de la globalización*. Ed. Flacso, México, 2009.
- Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Recomendación de la UNESCO relativa a la condición del personal docente de enseñanza superior, 1997.
- Sandoval Terán, Areli (Coord.) *Los derechos Económicos, Sociales y Culturales: exigibles y justiciables. Preguntas sobre los DESC y el protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ed. Espacio DESC-PIDHDD-ONU-DH-OXFAM et. al., México, 2010.
- Silva Espinosa, María del Carmen y Rodríguez Santillán, Jesús, *La Educación Superior en el Siglo XXI. Líneas estratégicas de desarrollo*, ANUIES, México, 2000.
- Tomasevski, Katarina, "Indicadores del derecho a la educación", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Núm. 40, San José Costa Rica, 2004.
- Vázquez, Daniel y Delaplace, Domitille, *Guía de estudio políticas públicas con perspectiva de derechos humanos*, Maestría en derechos humanos y Democracia 2010 - 2012, Flacso, México, 2011.

CAPÍTULO IX
**La implementación del *Proyecto de Intervención* en el área del
derecho. El caso de la maestría en derecho constitucional -
Universidad Veracruzana**

Arango Chontal, Julio César
Chávez Mayo, Ana Matilde
Luna Leal, Marisol
Ulloa Cuéllar, Ana Lilia
Zúñiga Ortega, Alejandra V.*

Introducción

A partir de la partición activa de los miembros del CA *Estudios Institucionales José Ramón Cossío Díaz* en la deliberación, definición y elaboración del Plan de Estudios de la Maestría en Derecho Constitucional de tipo profesionalizante adscrita al Programa Educativo de Derecho del Sistema de Enseñanza Abierta en el campus Veracruz; la inclusión de dichos miembros en el Núcleo Académico Básico respectivo, y la vinculación con los alumnos que cursan dicho posgrado en virtud de apoyarlos en la elaboración-aplicación de sus respectivos Proyectos de Intervención (PI's), surge la idea de presentar de forma metódica la adopción e implementación del PI como el mecanismo, no solo para la obtención del grado de Maestro en Derecho Constitucional, sino también, para formar competencias específicas en los alumnos del posgrado en cuestión.

En el contexto reseñado el capítulo se integra de cuatro apartados.

En el primero de estos se expone la fundamentación epistemológica del PI, en el cual se plantea que es desde el paradigma cualitativo sobre el cual se construye una forma diferente de ver y entender al derecho, misma con la que se

* Integrantes del Cuerpo Académico Estudios Institucionales José Ramón Cossío Díaz, sistema de Enseñanza Abierta de la Universidad Veracruzana.

modifica el propio ámbito de la epistemología, que a partir de ahora abarca tanto el contexto de descubrimiento como el contexto de justificación. Y que en la aplicación de una intervención el alumno no se queda solo en la fase fenomenológica sino que de esta, pasa a la construcción de una solución viable, desde una metodología dialéctica de ida y vuelta; teoría y praxis.

En el segundo apartado se plantea la importancia de optar por el PI en materia jurídica, en dicho apartado se destaca que, el PI siendo una forma más de la investigación presenta la ventaja de estar enfocado su objeto de estudio en la realidad social, pero donde el sujeto que investiga también está inmerso en el proceso de enseñanza-aprendizaje; es decir, el sujeto que investiga es a la vez sujeto-objeto que investiga, porque lo que se pretende es influir o modificar la realidad, y esta realidad nos viene dada de manera no directa, debemos ir la conociendo poco a poco, y además porque la realidad se nos presenta incesante, constantemente cambiante, indeterminada y compleja.

A partir de la experiencia acumulada en procesos de investigación, sin perder de vista el carácter profesionalizante del programa de posgrado en cuestión, en la tercer parte del presente capítulo se enlistan y detallan cada uno de los apartados y sub-apartados de los cuales se integra el diseño o guía para la elaboración del PI, dicho diseño equivale al denominado *Proyecto* o *Protocolo de investigación* cuantitativa.

Finalmente, en el apartado cuarto se presenta un panorama general sobre la experiencia surgida en la adopción del PI como mecanismo de aprendizaje-investigación en la Maestría en Derecho Constitucional, en dicho apartado se detallan las temáticas abordadas por los alumnos de dicho programa, así como las expectativas, viabilidad, pertinencia y obstáculos que hasta el momento se han presentado tanto para la formulación y consecuente aplicación del PI.

9.1 Fundamentación epistemológica del Proyecto de Intervención (PI)

En 1962 Kuhn escribió la estructura de las revoluciones científicas,²⁸⁷ texto que impactó tanto en las ciencias experimentales como en las ciencias sociales. De hecho el término paradigma²⁸⁸ adquiere gran popularidad a partir de esta obra.

²⁸⁷ La estructura de las revoluciones científicas es una de las obras más importante de nuestro tiempo. Ha sido traducida en 25 idiomas, y solo la edición inglesa ha vendido más de un millón de ejemplares.

²⁸⁸ El término Paradigma, de acuerdo con Kuhn, se utiliza básicamente dos sentidos: 1) como logro o realización completa; es decir como ejemplo o modelo a seguir en la investigación científica, y 2) como conjunto de compromisos compartidos por la comunidad científica encargada de desarrollar una disciplina. Es un marco que incluye el compromiso con leyes teóricas fundamentales, con postulaciones de equidades y procesos, con procedimientos y técnicas experimentales, así como con criterios de evaluación.

Con la estructura de las revoluciones científicas aprendimos entre otras cosas que: la forma en que de hecho la ciencia cambia y se desarrolla no tiene que ver precisamente con la existencia de un conjunto de reglas metodológicas del tipo que los filósofos clásicos (empirista o racionalistas) habían estado buscando. Es decir, la afirmación de que la ciencia se caracteriza por la aplicación del método científico, entendido este como un método universal, deja de tener el valor epistémico que hasta el momento había tenido.²⁸⁹

A partir de los 60 la filosofía de la ciencia deja de enfocarse solo al estudio de la lógica del conocimiento científico y pasa a reflexionar sobre la importancia del estudio histórico concreto de los fenómenos de estudio: lo que de hecho se trabaja en la ciencia por parte de los científicos. Todo esto partiendo del principio fundamental de que toda observación, y en general toda experiencia, está cargada de teoría. No hay observaciones puras, neutras, independiente de toda perspectiva teórica. Lo que se observa en todo caso está determinado por un marco teórico previo. Además, se vio que la historia de la ciencia no es gradual y acumulativa, sino más bien puntuada por una serie de cambios paradigmáticos más o menos radicales. Y algo de la mayor importancia; la ciencia es una empresa social.

Los cambios revolucionarios son diferentes y bastante más problemáticos. Ponen en juego descubrimientos que no pueden acomodarse dentro de los conceptos que no eran habituales antes de que se hicieran dichos descubrimientos. Para hacer, o asimilar, un descubrimiento tal, debe alterarse el modo en que se piensa y describe un rango de fenómenos naturales.

Cuando este tipo de cambio de referentes acompaña a un cambio de ley o de teoría, el desarrollo científico no puede ser completamente acumulativo. No se puede pasar de lo viejo a lo nuevo mediante una simple adición a lo que ya era conocido. Ni tampoco se puede describir completamente lo nuevo en el vocabulario de lo viejo o viceversa.²⁹⁰

Esta propuesta Kuhniana, tiene por supuesto repercusiones en las ciencias humanísticas y sociales. En particular, en la ciencia que nos interesa: el derecho, se empieza a cuestionar el enfoque positivista del derecho desarrollado por Kelsen. Surgen nuevos autores que configuran el campo de lo jurídico desde otras perspectivas. Ronald Dworkin señala que el Derecho no es solo un conjunto de normas jurídicas sino un conjunto de normas jurídicas más principios jurídicos. Por su parte Manuel Atienza y Robert Alexy entienden al derecho como

²⁸⁹ Hasta los años 60's se pensaba que el desarrollo de la ciencia se debía especialmente a la aplicación de un conjunto de principios y reglas que evaluaban objetivamente las hipótesis y teorías propuestas en la actividad científica. Estas reglas ofrecían un riguroso control de calidad de las hipótesis y teorías dando lugar a la obtención de un conocimiento objetivo. Esto a su vez era concebido como muestra de racionalidad científica.

²⁹⁰ Kuhn, *El camino desde la estructura*, ensayos filosóficos, 1970-1993, Paidós, Barcelona, México, p. 25.

argumentación. En la línea de Peter Häberle se recupera el aspecto cultural del derecho. Y con Luigi Ferrajoli obtenemos una visión garantista de los derechos.

A partir de esta nueva visión de la ciencia se habla de dos grandes paradigmas metodológicos en la investigación social: El paradigma cuantitativo y el paradigma cualitativo. En el paradigma cualitativo es donde se insertan las nuevas expresiones del derecho.

El paradigma cuantitativo en el derecho, conocido también con los nombres de paradigma positivista o dogmático tiene como principal representante a Kelsen. De acuerdo con este enfoque el derecho es solo un conjunto de normas jurídicas o en el mejor de los casos un sistema de normas jurídicas.

Para el Paradigma cualitativo el derecho, en cambio, es un conjunto de normas jurídicas siempre inmerso en un contexto sociopolítico cultural y por supuesto no es solo un conjunto de normas jurídicas sino un conjunto de normas jurídicas más principios jurídicos.

Es desde este nuevo paradigma cualitativo del derecho que encontramos una nueva forma de investigación y una nueva forma de trabajo recepcional para los posgrados en derecho. Se trata de lo que recientemente se ha llamado PI.

Desde esta nueva forma de hacer investigación jurídica, se modifica el propio ámbito de la epistemología, que a partir de ahora abarca tanto el contexto de descubrimiento como el contexto de justificación.

A diferencia de la tradicional tesis de posgrado, el PI es en principio una investigación de campo, y/o estudio de caso. Se trata de un acercamiento fenomenológico a un determinado problema jurídico localizado en un espacio-tiempo definido en alguna parte de nuestra localidad. Este proyecto de intervención tiene por objeto presentar una respuesta alternativa para solucionar dicha problemática jurídica.

A través del PI el alumno va a los hechos, se enfrenta en forma directa con un problema jurídico y desde sus saberes intenta construir una solución viable. El alumno toma contacto con la realidad jurídica, la estudia, la analiza, la describe, toma conciencia que dicha realidad está siempre inmersa en una problemática sociopolítica-cultural, elabora una propuesta alternativa y la aplica.

Como se deja ver, con el PI el alumno no se queda solo en la fase fenomenológica sino que de esta, pasa a la construcción de una solución viable, desde una metodología dialéctica de ida y vuelta; teoría y praxis. Por otra parte cabe señalar que el PI va de la mano con la enseñanza del derecho desde la clínica jurídica.

Dentro de la enseñanza del derecho, y como reacción a los presupuestos del formalismo jurídico, hace unas décadas apareció el movimiento pedagógico sobre las clínicas jurídicas. El pensamiento filosófico que subyace en estas es la resignificación de la labor interpretativa como una tarea no técnica sino creativa con implicaciones sociales.

...[L]a interpretación de las normas es una tarea con alta potencialidad para dar respuesta a conflictos de hecho, el Derecho es un instrumento que permite implementar políticas, y los abogados y jueces aparecen como algunos de sus operadores más importantes.²⁹¹

Con el trabajo de las clínicas se pretende superar el abismo entre el derecho de los libros y el derecho de la acción. En función de esto se construye una enseñanza legal holística-integral que está en íntima relación con las demás ciencias sociales.

Las Clínicas son vistas como laboratorios de reflexión sobre la práctica legal, y como procesos pedagógicos innovativos, que harían posible romper el círculo vicioso del paradigma de derecho tradicional en dos sentidos importantes: uno mediato y otro inmediato. De manera mediata, educando a abogados diferentes: los abogados bien entrenados en las destrezas de la práctica profesional y, sobre todo, en las habilidades interpretativas analíticas y críticas serían, los que estarían en condiciones de llevar a la profesión legal a un nivel de mayor desarrollo y relevancia en la sociedad. Estos abogados se inclinarán por hacer un uso intensivo del Derecho, lo que dejaría en evidencia las potencialidades de este último como herramienta para alcanzar los cambios sociales.²⁹²

Se trata de una enseñanza jurídica que responde a las demandas de la sociedad a la que sirve. Es un proyecto educativo que enfatiza la práctica por sobre la teoría. *Se trata de un método interactivo de enseñanza que tiende a hacer posible que los estudiantes aprendan actuando como abogados y reflexionando sobre ese accionar, de manera que el objeto de estudio y entrenamiento sea la práctica jurídica misma, y no las teorías normativas sobre ciertos aspectos de esa práctica...*²⁹³

La importancia de estas clínicas se muestra no solo en los objetivos pedagógicos sino en la aspiración de los educandos y educadores de hacer al derecho más relevante socialmente. Por ello el desarrollo de estas clínicas va ligado tanto a reformas pedagógicas como a procesos políticos de democratización.

Esta visión amplia de las funciones sociales que cumplen las Clínicas, constituye, en cierta forma, una de las “semillas” (en sus funciones mediatas de formar abogados con un rol social relevante) y de los “motores” (en sus funciones inmediatas) del arquetipo del “Derecho de Interés Público”. Ello puede considerarse de esta manera, siempre que entendamos al derecho de interés público como la práctica dirigida a ampliar el acceso a la justicia y al fortalecimiento del estado de derecho.²⁹⁴

Ahora bien, desde la aplicación del PI, al igual que con las clínicas jurídicas, se logra que los estudiantes aprendan no solo acerca de la ley sino también a cerca

²⁹¹ Felipe González, *Litigio y políticas públicas en derechos humanos*, Universidad Diego Portales, Chile, 2002, p. 45.

²⁹² *Ibíd.* p. 46.

²⁹³ *Ibíd.* p. 49.

²⁹⁴ *Ibíd.* p. 53.

del impacto del derecho en los hechos de la vida diaria. Los alumnos valoran con inmediatez la importancia social del derecho.

De manera que el PI, como la clínica, juega un rol crucial en la concientización de los abogados. A través de estas propuestas metodológicas se logra educar a abogados comprometidos con la justicia, la realidad social, el interés público y el ejercicio de la abogacía desde la acción democrática.

Con el Proyecto de Intervención los alumnos se configuran en agentes para el progresivo cambio social desde la promoción de causas de interés público. Con la aplicación del proyecto de intervención los alumnos se comprometen con la resolución justa de casos de interés público que implican a su vez cambios sociales reformas legales progresistas.

“...[L]a participación de los estudiantes en el proceso de facilitar la comunicación entre la ciudadanía y las entidades gubernamentales también funciona como un tipo de control civil de la administración, el que incita a los funcionarios a aplicar la ley en un sentido progresista y acorde a las necesidades sociales. En los hechos esto constituye un cambio de paradigma en la relación tradicional con el Estado y la ciudadanía a través del derecho, y por ello la actividad que la promueve puede verse también como una especie de activismo legal innovador”.²⁹⁵

Finalmente el PI al igual que las clínicas jurídicas puede... *atraer la atención de la academia y los doctrinarios sobre algunas discrepancias entre teoría y práctica, o defectos de la ley, que de otra manera no se notarían. Al estimular el interés de los profesores en estas cuestiones, se desencadenan nuevas discusiones académicas y se incentiva la realización de nuevos esfuerzos para cambiar prácticas judiciales o administrativas, o incluso proponer reformas legislativas.*²⁹⁶

Desde el proyecto de intervención los alumnos del posgrado revalorizan el papel del derecho en la sociedad superando la perspectiva reduccionista del paradigma positivista.

9.2 Importancia del PI en materia jurídica. Para qué utilizar PI en el área jurídica

Como sabemos, la investigación científica permite el conocimiento racional de un objeto de estudio a efecto de obtener conclusiones y verdades. Este tipo de investigación tiene como objeto las cosas materiales o fenómenos repetibles de la naturaleza que permiten establecer leyes generales, cuyo conocimiento genera beneficios para satisfacer las necesidades del hombre. Por tanto, la investigación

²⁹⁵ *Ibíd.* p. 57.

²⁹⁶ *Ibíd.* p. 58.

científica es un proceso de indagación tendiente a buscar o clasificar la verdad, o más bien la realidad, mediante la aplicación del método científico, y técnicas adecuados al objeto de cada investigación. Dentro de la metodología de la investigación para tener mejor conocimiento de la investigación científica, la han clasificado en investigación social e investigación de la naturaleza.

La investigación social corresponde a las ciencias sociales, se interesa por los modos, según los cuales, los hombres se influyen mutuamente; es decir, los efectos recíprocos de unos sobre otros. Tiene la característica de que es interdependiente, es decir, para que sea efectiva, debe considerar la estrecha interdependencia de todas las ciencias sociales. Y tiene por objeto de estudio, la realidad social en todas sus manifestaciones, es decir, se considera al hombre en su relación con las cosas y la satisfacción de sus necesidades materiales.

Por tanto, en la investigación social nos encontramos que puede existir desde el punto de vista económico, político, psicológico, sociológico, y jurídico, siendo esta última la que nos interesa, y sobre la que volveremos más adelante. La investigación de la naturaleza tiene por objeto el análisis y la explicación de todo fenómeno de la naturaleza, que se repiten generalmente en forma idéntica, y por lo tanto, hace posible la creación de leyes universales válidas, se encarga de estudiar las cosas y no al hombre en sus relaciones sociales. Este tipo de investigación relaciona, clasifica y promueve el conocimiento universal, y la creación de leyes generales.

En razón de que el derecho como ciencia pertenece a las ciencias sociales, entonces, la investigación jurídica se debe de entender como el conjunto de actividades tendientes a la identificación, individualización, clasificación y registro de las fuentes de conocimiento de lo jurídico en sus aspectos sistemáticos, genéricos y filosóficos.

Se considera que el objeto de la investigación jurídica, en términos amplios, es el mismo objeto de la ciencia del derecho, esto es, la norma, entendida como el mandamiento establecido con carácter imperativo por autoridad legalmente competente para hacerlo, que rige en el tiempo y en el espacio. La conducta individual, exterior y social que produce efectos regulados por las normas. El contenido de carácter social o de tipo económico o político de las conductas reguladas por la norma. El valor que tiende a alcanzar una norma llámese aquella justicia, seguridad, bien público o interés general.

De esta manera, al poner la investigación en marcha su objeto central de cultivar el derecho como ciencia, contribuyendo a su progreso y avance, tiene fundamento primero en la realización de los valores del derecho en todas sus dimensiones y esferas. El hombre es el principal destinatario y protagonista de todas las normas que se derivan de la justicia y el bien común. Son estos los principios o valores fundamentales que informan todo el sistema jurídico o político y que dirigen, afectan o hieren incluso las relaciones humanas.

Ante dicho planteamiento puede surgir la pregunta: ¿para qué utilizar proyectos de intervención en el área jurídica?, si consideramos que el PI es, en términos generales, y como se ha referido en líneas anteriores, una propuesta factible, creativa y detallada y su aplicación, para realizar una mejora o resolver una problemática grupal, social, institucional y empresarial, sobre cualquier aspecto que afecte a su buen desempeño en la realidad. Y que tiene la ventaja y la opción de realizarse en forma interdisciplinaria o transdisciplinaria, siempre y cuando se justifique, de acuerdo al alcance del proyecto, y de conformidad con las áreas correspondientes que se quieran abordar; en primer lugar podemos afirmar que, en el derecho es de suma importancia enseñar a nuestros estudiantes a estar en contacto con la realidad, pues la más de las veces, por la idea de que el mundo de lo jurídico son sólo normas abstractas, entonces se pierde todo contacto con la realidad cuando se hace investigación jurídica. Esta situación coloca casi siempre a la ciencia del derecho en desventaja con los cambios vertiginosos que se dan en la sociedad. En nuestros días el uso de la tecnología en las aulas, los procesos de enseñanza-aprendizaje basados en competencias o en la resolución de problemas, y los procesos de vincular la docencia con la investigación, es lo que permite y da ventaja para emplear dicha modalidad de investigación: el PI.

El PI siendo una forma más de la investigación presenta la ventaja de estar enfocado su objeto de estudio en la realidad social, pero donde el sujeto que investiga también está inmerso en el proceso de enseñanza-aprendizaje; es decir, el sujeto que investiga es a la vez sujeto-objeto que investiga, porque lo que se pretende es influir o modificar la realidad, y esta realidad nos viene dada de manera no directa, debemos ir la conociendo poco a poco, y además porque la realidad se nos presenta incesante, constantemente cambiante, indeterminada y compleja.

Entonces, si la realidad se presenta así; y eso lo hace en todas las áreas del conocimiento, no sólo en el campo de lo jurídico, es conveniente iniciar a nuestros estudiantes a investigar desde el PI, pues desde él lo que se pretende es evitar el reduccionismo de la realidad jurídica solo a la normas.

Como bien lo dice Hugo Zemelman en su contribución al estudio del presente:

Nuestro propósito es recuperar una de las funciones específicas de las ciencias sociales: conocer el presente del devenir social, el cual constituye el plano propio de la praxis, mediante la cual el hombre transforma la realidad. Para lograrlo, nuestro intento ha partido del concepto de totalidad concreta como enfoque epistemológico, esto es, como una forma de organización del razonamiento abierta a la complejidad de lo real, y fundamentalmente crítica, para evitar toda clase de reduccionismo.²⁹⁷

²⁹⁷ ZEMELMAN Merino, Hugo, *Conocimiento y sujetos sociales. Contribución al estudio del presente*, Centro de Estudios Sociológicos, El Colegio de México, México, 1997, p. 11.

9.3 Una propuesta de diseño instruccional para el PI

A diferencia de una tesis, que es resultado de un proceso de investigación que se centra básicamente en la estructuración de una hipótesis con la que se pretende dar una solución a un problema planteado y en la que van inmersos diversos pasos como: La elección de un tema; selección, recopilación y lectura del material bibliográfico; planeación de las estrategias metodológicas que buscan la demostración o refutación de la hipótesis; análisis de resultados y la emisión de conclusiones;²⁹⁸ el proyecto de intervención es un documento en el que, como se ha referido, se propone realizar una mejora o una solución a una problemática en algunas de las áreas de la ciencia del derecho, considerando que dicha propuesta debe ser factible, es decir, realizable desde el ámbito de influencia del alumno, a través de los agentes que podrían coadyuvar a su logro, sin perder de vista el tiempo con el que se cuenta para ejecutarla. Debe ser creativa e innovadora, en consecuencia original; por último, debe ser pertinente, es decir, debe ser vigente en la institución, organismo, empresa, etc. donde se pretende aplicar.

Para la aplicación del PI hemos elaborado un diseño-guía que se estructura con los siguientes apartados:

A. Carátula.	B. Índice.
C. Resumen.	D. Presentación.
E. Bases teóricas.	F. Intervención.
G. Estrategias de aplicación.	H. Administración del proyecto.
I. Fuentes.	J. Anexos.

El dato principal que contiene la carátula es el título pues este reflejará la naturaleza y el fondo de la propuesta y aunque es sabido que generalmente se define al final de la elaboración, siempre resulta ser una guía idónea para su seguimiento. Otros datos de la carátula son el nombre del estudiante (autor), el del director y el del codirector, si lo hay.

El índice presenta de manera esquematizada los apartados del PI.

En el resumen se presenta un panorama general de los objetivos primordiales que persigue el PI, los métodos a utilizar y los resultados esperados; en este apartado también se incluyen las palabras clave que son los vocablos pilares que sustentan el PI.

La presentación contiene cuatro sub apartados, a saber, *introducción*, estudio de la realidad, descripción del problema y el problema en sí. En la introducción se plasma la intención, los límites, los propósitos y se comenta brevemente el

²⁹⁸ Castro Paredes, Isabel, *et. al.* (Coord.), *Metodología de la investigación jurídica*, México, Universidad Veracruzana, 2011, p. 126.

contenido del PI. Para la elaboración del *estudio de la realidad* se debe estar familiarizado con la problemática pues es aquí donde se muestran datos generales de la situación como ubicación geográfica, características importantes o definitorias, descripción del proceso, función, procedimiento, juicio, derecho, obligación, y en general cualquier otro rasgo que se va a intervenir. La *descripción del problema* detalla la situación real que ha generado la necesidad de intervenir, especificando la materia jurídica en la que versa, haciendo evidente la vinculación entre la situación real con la problemática. Finalmente, en el *problema* se define la situación real que englobe factores que conlleven a una disfunción jurídica, se describen los agentes que intervienen, las consecuencias y causas jurídicas del problema, y la solución o soluciones posibles de realizar con el fin de minimizar o eliminar la problemática. Es posible que el problema involucre distintas disciplinas científicas, dando lugar a un PI multidisciplinario, por lo que se deberán delimitar las disciplinas involucradas con la justificación respectiva para su incorporación; no obstante, debe prevalecer la intervención desde el ámbito jurídico.

El apartado de las *bases teóricas* contiene seis diferentes marcos: histórico, contextual, referencial, legal, teórico y conceptual. El marco histórico, como su nombre lo indica, refiere los antecedentes de la situación jurídica a intervenir. El marco contextual, por su parte, detalla el lugar geográfico, la época, el tiempo y las particularidades de la situación jurídica real. En el marco referencial se describen las investigaciones o proyectos que tengan relación con el PI del autor. También deben presentarse de manera pormenorizada los fundamentos legales del problema identificado en la situación jurídica real y para ello está el marco legal. Las teorías jurídicas que sustentan la propuesta de solución al problema identificado se detallan en el marco teórico; finalmente en el marco conceptual se les otorga contenido y significado a cada una de las palabras clave que se hubieren identificado en el apartado "resumen" con el objeto de que el lector tenga el contexto conceptual en el que el autor del PI se mueve.

Ahora bien, los elementos de la *intervención* son, *descripción*, *objetivo general*, *objetivos específicos*, y; *justificación*. En la *descripción* se expone a grandes rasgos el PI; tanto el *objetivo general*, como los *objetivos específicos* se destinan a señalar los resultados que se esperan tanto desde la perspectiva global como particular, respectivamente. Por último, en la *justificación* se indica la utilidad jurídica, la importancia, la posibilidad de realizarse, los beneficios y los beneficiados con la aplicación, por lo que se debe enunciar claramente lo que se intenta modificar. Se fundamenta con argumentos teóricos, metodológicos, técnicos y prácticos que hayan resuelto una problemática jurídica similar a la planteada en el PI.

El apartado *estrategias de aplicación* en presentación e involucramiento del PI puntualiza la manera efectiva en que se pretende persuadir a los agentes involucrados en el PI para la implementación y aceptación del mismo, detallando el cómo y qué del PI, a quiénes se describirá, en qué momento y el lugar,

considerando el factor de la resistencia al cambio, las circunstancias del ambiente y la avenencia de intereses entre los agentes participantes en el PI. Asimismo, en “superación de dificultades” se enuncian los posibles obstáculos, y sus causas, originadas ante la presentación e involucramiento de los agentes en el PI.

La parte que organiza y planea las actividades y recursos es la denominada *administración del proyecto* en sus tres sub apartados: *plan de acción*, *cronograma de actividades y recursos*. El *plan de acción* muestra las actividades operativas que se realizarán para el cumplimiento de los objetivos y que, por lo tanto, hagan efectiva la propuesta de solución a la problemática jurídica planteada. Estas actividades, a su vez, se relacionan con un calendario, señalando el tiempo mensual que se dedicará a cada una de ellas (*cronograma de actividades*). Mientras que en los *recursos* se describen los gastos que se efectuarán, las personas que se requerirán y los materiales indispensables para la aplicación del PI.

Por último, en el apartado *fuentes* se señalan las consultadas y citadas en el contenido de cada uno de los apartados de PI, diferenciándolas en bibliografía, hemerografía, internetgrafía y legisgrafía según corresponda. Si se incorporan tablas, gráficas, croquis, dibujos, y en general, todas aquellas herramientas utilizadas y citadas en el desarrollo del PI, se agregan en el apartado *anexos*.

9.4 Experiencias sobre su aplicación en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Veracruzana (MDC - UV)

La Maestría en Derecho Constitucional surge como un Programa Profesionalizante adscrito al Programa de Derecho del Sistema de Enseñanza Abierta, de la Región Veracruz, con la misión de formar profesionistas con los conocimientos y habilidades necesarias en materia de derechos humanos, justicia constitucional y responsabilidad pública para un desempeño eficaz, eficiente y ético en el ámbito profesional, considerando los requerimientos derivados de la globalización, de la constante actualización de la norma fundamental y su repercusión en el ámbito regional.²⁹⁹

En el mapa curricular respectivo encontramos que este se integra de cuatro áreas: la básica, la disciplinar, la optativa, y la relativa al Proyecto de Intervención, esta última área se encuentra integrada por tres asignaturas denominadas *Seminario de Proyecto de Intervención I, II, y III*, que son cursados en los tres primeros semestres de estudios tal como se presenta en la siguiente tabla:

²⁹⁹ En <http://www.uv.mx/veracruz/mdc/plan-de-estudios/fundamento-del-programa/>

Área: Proyecto de Intervención. Mapa Curricular (MDC - UV)

Curso	Número de horas		Créditos	Secuencias
	Teóricas	Prácticas		
Seminario: Proyecto de Intervención I	4	6	14	<ul style="list-style-type: none"> Partes del proyecto de intervención Diseño de la intervención y administración del proyecto Niveles de aplicación del proyecto
Seminario: Proyecto de Intervención II	2	8	12	<ul style="list-style-type: none"> Aplicación del proyecto de intervención Actividades programadas
Seminario: Proyecto de Intervención III	2	8	12	<ul style="list-style-type: none"> Revisión de los componentes del proyecto de intervención Cumplimiento de objetivos Formalidad del proyecto de intervención

Los programas de estudio fueron diseñados tomando en cuenta las especificaciones del Proyecto Aula, estrategia desarrollada en la Universidad Veracruzana para apoyar la transformación de la práctica docente, bajo el enfoque de competencias, implementada en el nivel licenciatura desde el 2009 a la fecha, y el posgrado desde junio de 2012.³⁰⁰

Es requisito para cada uno de los alumnos inscritos, la elaboración individual de su PI, a partir de la selección de su campo de interés y a partir de la identificación de una problemática social en la que se involucra algún aspecto del ámbito jurídico.

En este sentido, actualmente se desarrollan doce PI's, con las siguientes temáticas y alcance:

- 1. Acceso a la vivienda. Caso: familia Rosales Vergara** Nacional
2. Subsistencia del fuero militar incidiendo en el diseño jurídico del numeral 13 de la Ley fundamental. Nacional
3. Presentación de una queja ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia fiscal y administrativa Nacional/internacional

³⁰⁰ Para mayor información <http://www.uv.mx/dgda/planes-y-programas/proyecto-aula/>

4.	El derecho a la educación en derechos humanos para las mujeres de la comunidad de Mazatepec, municipio de Acajete, Veracruz	Local/Regional
5.	Problemas y riesgos a los que se enfrentan los migrantes de paso por el Estado de Veracruz para el respeto a sus derechos humanos	Estatal/Nacional
6.	Transmigración en el Estado de Veracruz	Estatal/Nacional
7.	La proliferación de fraccionamientos en el municipio de Xalapa, Veracruz: responsabilidad pública y vulneración del derecho a la vivienda digna	Local/Regional
8.	Proyecto alimentación a niños en abandono o desamparados en la casa hogar "Manuel Gutiérrez Zamora" de Veracruz	Local/Regional
9.	Manual de armonización legislativa en el Estado de Veracruz a la implementación del nuevo sistema penal acusatorio	Estatal/Nacional
10.	Defensa de la integridad física y sexual en los menores en el municipio de San Andrés Tuxtla, Ver.	Local/Regional
11.	El jobo, separa y recicla	Local
12.	Peritaje gratuito, una forma de hacer efectivos derechos fundamentales	Estatal/Nacional

Condiciones previas y retos detectados en la implementación y aplicación del PI:

- Contar con una plantilla docente que pueda apoyar a los alumnos en dos áreas complementarias: metodológica y disciplinar.³⁰¹
- Identificación de los apoyos intra e interinstitucionales de los cuales puedan valerse los alumnos para el éxito de sus proyectos.
- Dedicación del tiempo necesario para la formulación e implementación del PI por parte de los alumnos.

Entre las limitaciones que se han identificado en el desarrollo de los PI's se encuentran:

- Existe poca información sobre experiencias de aplicación de PI's en el ámbito jurídico;
- La predisposición de alumnos y asesores para elaboración de tesis en lugar de PI, lo que implica un cambio metodológico sustancial;

³⁰¹ En este sentido, los alumnos cuentan con un asesor de manera individual, seleccionado de acuerdo al tema planteado en su PI, y el perfil profesional del asesor; además de la asesoría que en cada uno de los semestres es proporcionada por los docentes responsables de la Experiencia Educativa, y que forman parte del Comité Tutorial del Programa.

- La diferente formación y experiencia de los alumnos (algunos de reciente egreso de la licenciatura, con poca experiencia en el ejercicio profesional);
- Los tiempos institucionales reducidos para la elaboración del diagnóstico, y de cada una de las partes del PI, su aplicación y evaluación, lo que implica la valoración de las posibilidades, recursos y aliados estratégicos;
- Que los alumnos de la MDC-UV deben pensar en acciones sobre las cuales pueden influir, considerando su posición como alumnos; o incluso aprovechando los nexos institucionales y personales;
- La no asignación de recursos específicos para el desarrollo del PI;
- La elaboración de manera individual in abstracto del PI.

Un aspecto de fundamental importancia es la valoración, tanto externa (a partir del propio docente que imparte la asignatura, como del Director del PI) como la propia autovaloración, acerca de las posibilidades de éxito que enfrentan los Proyectos en proceso de diseño final. En este último sentido, en una revisión de la viabilidad de dichos PI's, referida a varios aspectos, el 85% de los alumnos de la MDC-UV consideró que sus propuestas tenían un alto índice de atención a alguna necesidad social, el resto consideró que es medio. En cuanto a la capacidad de articularse con otros actores para el desarrollo de los PI, el 23% consideró que tenía un alto índice de posibilidad, el 61% consideró que tiene una posibilidad media, y el resto que tiene baja posibilidad.

El 15 % de los alumnos consideró que su propuesta tenía un alto grado de pertinencia política; el 62% que tenía mediano grado de pertinencia; 15 % consideró que tenía bajo grado, y el 8% restante con nula pertinencia.

En cuanto al impacto que el PI tendría en los procesos jurídicos, el 38% consideró que tendría alto impacto; 38% que tendría un mediano impacto; y el resto consideró que tendría bajo o nulo impacto.

A partir de estas apreciaciones, se obtuvo que el 77% de los alumnos consideró como de mediana viabilidad su proyecto, y sólo el 23 % restante como de alta viabilidad, por lo que fue necesario identificar en cuáles aspectos del diseño del PI y/o de la adopción de la estrategia de intervención, requerían modificarse, a efecto de obtener proyectos que se percibieran como de alta posibilidad de éxito.

A estas fechas, aproximadamente el 85 % de los proyectos se encuentran en fase de aplicación, y será a partir del tercer semestre (agosto 2013 - febrero 2014), que se inicie la evaluación de los proyectos, que se puedan tener datos concretos de los aciertos en la implementación del PI y el impacto sobre la problemática seleccionada.

Entre los factores que los alumnos consideran que han favorecido el desarrollo sus PI están:

- El monitoreo que se hace del desarrollo de sus proyectos.
- Los comentarios y apoyo de profesores y asesores

- La posibilidad de revisar nueva bibliografía y normatividad

Así mismo, entre los factores que han obstaculizado se encuentran:

- El corto tiempo para el desarrollo de los PI.
- Las propias cargas de trabajo, considerando que los alumnos no reciben beca económica.
- Exceso de información, en algunos casos.
- En algunos casos, la poca comunicación con sus asesores.
- La participación voluntaria de “aliados institucionales” para el desarrollo de los PI.
- Cambios en el diseño institucional y la normatividad aplicable a sus casos.
- Que el desarrollo de los PI coincide con un período electoral en el Estado de Veracruz.

Entre las bondades detectadas en la implementación de la asignatura se ha identificado que:

- Los alumnos desarrollan competencias relacionadas con la autocrítica y la capacidad de crítica constructiva a sus compañeros.
- Vinculación del programa de MDC-UV con la problemática estatal y/o regional, abandonando una formación eminentemente teórica.
- Fortalecimiento de la formación disciplinar de los alumnos al revisar el marco jurídico sustantivo y adjetivo relacionado con la problemática.
- Vinculación de las otras asignaturas del Programa MDC-UV en torno a competencias necesarias para el desarrollo de los PI's.
- La plantilla docente se involucra necesariamente en las problemáticas específicas planteadas en cada PI.

Así mismo se ha identificado la necesidad de consolidar las reuniones colegiadas al seno del Comité Tutorial, de tal manera que haya retroalimentación en cuanto a las dificultades y retos que surjan durante la elaboración, implementación y evaluación de los PI's, de tal manera que se constituyan verdaderamente en un instrumento fundamental que contribuya a la formación integral de los alumnos de la MDC-UV, al evidenciar las competencias que han desarrollado.

9.5 Conclusiones

A diferencia de la tradicional tesis de posgrado, el PI es, en principio una investigación de campo, y/o estudio de caso. Se trata de un acercamiento fenomenológico a un determinado problema jurídico localizado en un espacio-tiempo definido en alguna parte de nuestra localidad. EL PI tiene por objeto presentar una respuesta alternativa para solucionar dicha problemática jurídica. A través del PI el alumno va a los hechos, se enfrenta en forma directa con un problema jurídico y desde sus saberes intenta construir una solución viable. El alumno toma contacto con la realidad jurídica, la estudia, la analiza, la describe, toma conciencia que dicha realidad está siempre inmersa en una problemática sociopolítica-cultural, elabora una propuesta alternativa y la aplica.

Como se deja ver, con el PI el alumno no se queda solo en la fase fenomenológica sino que de ésta, pasa a la construcción de una solución viable, desde una metodología dialéctica de ida y vuelta; teoría y praxis.

Así las cosas, es desde este nuevo paradigma cualitativo del derecho que se aplica una forma diferente de investigación y una novedosa forma de trabajo recepcional para los posgrados en derecho, en especial para la Maestría en Derecho Constitucional que oferta la Universidad Veracruzana, esto es, la utilización del PI. En tal contexto, al implementar el PI como una modalidad diferente de titulación en dicho posgrado, la academia desarrolla un nuevo paradigma en la enseñanza universitaria. Es de esta forma como el PI presenta una epistemología jurídica renovada, desde luego sin descalificar las investigaciones de tipo cuantitativo, mayor aún si consideramos que ésta es la que permea en los diversos posgrados en derecho; y que gran parte de los egresados de posgrados (maestrías o doctorados) hemos adquirido el grado respectivo con la defensa de una tesis.

Ahora bien, por cuanto se refiere al diseño instruccional elaborado para la construcción y aplicación del PI; así como los aspectos de impacto, viabilidad, fortalezas, obstáculos, y pertinencia jurídico-política de las doce intervenciones (de igual número de estudiantes) que actualmente se encuentran en curso, solo podrán ser evaluados hasta que dichos alumnos presenten los resultados correspondientes

Fuentes de consulta

- CASTRO Paredes, Isabel, et. al, (Coord.), Metodología de la investigación jurídica, México, Universidad Veracruzana, 2011.
- CRESPO, Cristian, “¿Cómo armar proyectos de intervención? <http://redesygrupos.creatuforo.com/cmo-armar-proyectos-de-intervencion-tema44.html>. Consultado el 26 de abril de 2012.
- FRANCISCO DE SOUZA, João, Investigación-acción participativa: ¿qué?: desafíos a la construcción colectiva del conocimiento, NUPEP, Edições Bagaço, Recife, Brasil, 2006.
- GÓMEZ Fernández, Teresita, *Dime qué resuelves y te diré qué aprendes: desarrollo de competencias en la Universidad con el método de proyectos*, Universidad Iberoamericana, México, 2013.
- GONZÁLEZ Casanova, Pablo, La universidad necesaria en el siglo XXI, Colección Problemas de México, Ediciones Era, 2ª reimp., México, 2007.
- GONZÁLEZ Felipe (edit), *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Chile, 2002.
- HERNÁNDEZ APARICIO, Francisco, (Coord.) *Introducción a la didáctica y metodología del derecho. En memoria del Maestro Enrique Sánchez Bringas*, Flores editor y distribuidor, México, 2008.
- HINOJOSA Rivero, Guillermo, (Coord.) *Esperanza en los tiempos de cambio. Propuestas para la educación*, Universidad Iberoamericana, Puebla, México, 2011.
- KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*,
_____, *El camino desde la estructura, ensayos filosóficos, 1970-1993*, Paidós, Barcelona, México.
- LAUDAN, L., *Progress and its Problems*, University of California Press, Berkeley, 1977.
- LAPORTA, Francisco (edit.), *La enseñanza del Derecho*; UAM, España, 2003.
- MC MULLIN, E., “Rationality and Paradigm Change in Scienca” en P. Horwich (ed.), *World Changes. Thomas Kuhn and the Nature of Scienca*, The Mit Press, Cambridge, Mass, 1993.
- PUJOL, María Antonia, Sanz Gabriel, *Transdisciplinariedad y ecoformación. Una nueva mirada sobre la educación*, Editorial Universitat, Barcelona, España, 2006.
- Universidad Autónoma de Guadalajara, Proyecto de intervención. Características generales de un proyecto de intervención (aplicación), <http://crecea.uag.mx/opciones/interv.htm>. Consultado el 14 de abril de 2012.

ZEMELMAN Merino, Hugo, *Conocimiento y sujetos sociales. Contribución al estudio del presente*, Centro de Estudios Sociológicos, El Colegio de México, México, 1997.

CAPÍTULO X

Propuesta de definición de los objetivos de la enseñanza del derecho penal a partir del nuevo concepto de “adquisición de competencias”

María de la Palma Álvarez Pozo
Pilar Zamorano Moreno*

10.1 Las “Metas” de las enseñanzas del Derecho penal: definición de contenidos y competencias

10.1.1 Contenidos curriculares: objetivos prioritarios

La insistencia en la enseñanza de competencias no significa que haya que despreciar la transmisión de conocimientos: la “competencia” representa la capacidad de aplicar a la práctica los conocimientos y habilidades adquiridos. Carecería completamente de sentido orientar los estudios universitarios esencialmente a la adquisición de unas habilidades genéricas y despreciar las capacidades específicas derivadas del conocimiento concreto de las materias.

Por esa razón, a la hora de determinar los “objetivos” de la enseñanza de la asignatura de Derecho Penal se ha de buscar un equilibrio entre la transmisión de conocimientos y la enseñanza de habilidades, genéricas y específicas, que sirvan no sólo para aplicar dichos conocimientos a la práctica, sino que además faciliten el dominio de una técnica genérica, cualquiera que sea el aprendizaje que haya que acometer, o cualquiera que sea el problema que haya que resolver.

Así, desde un punto de vista metodológico, como después veremos, esto no implica incorporar “clases de pedagogía”, en las que se enseñen estas “capacidades” en abstracto, sino que lo que exige es que se incluyan *modalidades y métodos de enseñanza*, relacionados especialmente con la resolución de casos y el trabajo con la práctica, que favorezcan la adquisición de las mismas: el dominio de estas capacidades en un ámbito concreto, por ejemplo, en la aplicación del Derecho penal, permitirá después al estudiante trasladar su uso a otros procesos de aprendizaje y sobre todo a la vida profesional. No se ha de olvidar en la enseñanza

* Profesoras Titulares interinas de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos. Madrid.

que determinadas asignaturas, como es precisamente el Derecho penal, tiene una trascendencia práctica importantísima.

Esta visión práctica de determinadas enseñanzas exige pues un gran esfuerzo en trasladarlo a los contenidos curriculares. Ello obliga a que *el conjunto de conocimientos teóricos y prácticos de la asignatura que se enseñarán deberá representar un factor esencial en la evaluación del alumno.*

El “contenido curricular” se ha incorporado tradicionalmente en los “Programas” de las asignaturas, y éstos se diseñaban tras una “organización de las enseñanzas” de Derecho penal. Sin embargo, si en estos momentos se defiende como una propuesta en la que se articulan conocimientos y competencias como objetivo de la enseñanza, surge entonces la necesidad de replantear el contenido y función de los tradicionales “programas de la asignatura”, que ahora son sustituidos por las Guías Docentes, de contenido más amplio.

Los programas tradicionales han venido cumpliendo la función de exponer con claridad y de forma completa los contenidos que integran una materia. Por esta razón, su uso resulta a nuestro juicio irrenunciable. Sin embargo, sí que es preciso efectuar una reflexión sobre la necesidad de “completar” estos programas, bien con guías de aprendizaje adicionales, bien incorporando en sus redacciones un sistema modular, mediante el cual las “lecciones” se conviertan en “módulos” que incluyan no sólo contenidos, sino que aclaren cómo se va a acceder a los mismos. Con ello, tal vez se consigan superar algunas de las deficiencias del sistema tradicional.

La experiencia profesional educativa ha mostrado que es imposible, aun partiendo de distintos planes de estudio, explicar en clase el contenido total de los programas. Sin embargo, la mejor situación pasa por no renunciar al propósito de que el alumno acceda a una buena parte de los conocimientos que se contienen en los temas programados. Como es sabido, el alumno suele cifrar su esfuerzo en torno a las explicaciones de clase, por lo que elabora de hecho su “propio” programa contando con lo expuesto en las clases por el profesor y, en muchos casos, ni siquiera tiene en cuenta el programa facilitado al principio de curso, y es más me atrevería a decir que olvidan las imprescindibles explicaciones doctrinales que se contienen en los manuales que se recomiendan para el estudio de la asignatura. Por otra parte, los alumnos también se quejan de que en ocasiones el profesor no sigue el programa, o se detiene excesivamente en determinados temas y descuida otros, o no señala con la suficiente antelación qué contenidos van a ser prioritarios de cara al examen, o cómo acceder a otros que en el último momento son incorporados a la evaluación. Esta situación ha sido criticada porque propicia que el estudiante adopte una actitud pasiva y se auto limite en su desarrollo académico y personal, al cifrar todo su esfuerzo en memorizar los “contenidos” que van a “entrar” en el examen, su objetivo prioritario. Y esto es lo que un profesor debe plantarse desde el inicio: el alumno debe olvidarse del examen como

objetivo final y centrarse en que debe entender, asimilar y saber aplicar y porque no emocionarse con la asignatura, con los conocimientos que le aporta, sentirse que la entiende y la domina y no en el día del examen sino durante el curso a través de la realización de las actividades que se propongan en aras a aplicar la teoría a la práctica.

Por ello, para intentar superar estos problemas y alcanzar este objetivo no resultan despreciables las técnicas de evaluación continua que relativizan el papel del examen final y el contenido del mismo.

Sin duda, una medida que puede contribuir a paliar estos problemas es la de diseñar racionalmente las “guías docentes”, partiendo de los programas, pero “informándolos” mediante distintas técnicas que contribuyan a hacer realidad la “meta fundamental” de la docencia, que es el aprendizaje de los alumnos³⁰².

Para conseguir estos objetivos, cabe atender, en primer lugar, a los siguientes principios instrumentales:

a).- El primer principio a tener en cuenta en la elaboración de estos Programas - Guías de Estudios, se refiere al establecimiento de unos “temas nucleares”, que por contener conocimientos básicos de la asignatura y de especial complejidad, exigen su tratamiento en clase. En estos temas, resulta apropiado diseñar un guión de la explicación, con la selección de conceptos claros y concisos.

b).- Otro principio a considerar es el de determinar un conjunto de contenidos que se preste a un aprendizaje a través de un método tópico: es decir, que por su más fácil vinculación a la práctica, permitan un aprendizaje más autónomo del alumno, partiendo de problemas prácticos propuestos en clase, siendo recomendable que además sean casos reales que hayan podido conocer a través de los medios de comunicación, aún cuando no sean actuales.

c) En tercer lugar, es deseable localizar en los programas un conjunto de temas de carácter complementario y de menor complejidad, propensos al estudio autónomo por parte de los alumnos, ya sea individualmente o de forma corporativa, con el empleo de técnicas de “autoaprendizaje” (búsqueda de fuentes, elaboración propia de contenidos etc.), a través de trabajos o prácticas, y sobre todo que les obligue a consultar diferentes textos académicos ya que ello les enriquecerá en cuanto a vocabulario, a tratar los problemas jurídicos desde diferentes perspectivas, y sobre todo comenzaran a contrastar opiniones diferentes sobre un mismo tema que les obligará no sólo a pensar sino a optar por una posición razonada.

d).- Y por último, siempre cabe encontrar en los programas un tema o grupo de temas que se refieran a una especialidad de la materia, que en ocasiones no pueden ser vistos en clase con el detenimiento que merecen y que pueden ser

³⁰² Vid. MEDINA RIVILLA en VILLAR ÁNGULO - coord.-, *Programa para la mejora de la docencia universitaria*, Madrid, 2004, edit. Pearson Educación, pp. 205 y ss., en diferentes proyectos realizados en Facultades y Escuelas, donde se recogen las metas que se han de perseguir.

estudiados a través de Seminarios. Estos seminarios constituyen otra opción diferente en los que el alumno en vez de leer, escuchen y razonen a medida que reciben la información, debiendo ser de esta forma críticos y plantearse cuestiones para trasladarlas a los ponentes de una manera más inmediata que en el caso del estudio individual al que anteriormente nos hemos referido.

Estos son los principios instrumentales y objetivos que entendemos que han de ser tenidos en cuenta en el diseño curricular, configuración de programas y guías de estudio.

10.2.1 Competencias a adquirir en el aprendizaje del derecho penal

En el proceso de aprendizaje no existe una separación entre transmisión de conocimientos y enseñanza de competencias. Lo razonable es que, si se utilizan las modalidades y métodos de enseñanza que tienen en cuenta esta perspectiva, se consiga un proceso unificado en el que al mismo tiempo que se adquieren los conocimientos, se alcancen determinadas habilidades, relacionadas con la capacidad de aplicar estos conocimientos a la solución de problemas reales.

10.2.1.1 Competencias básicas

a) Importancia de la capacidad de pensar “por sí mismos”

La criticada actitud pasiva de los estudiantes universitarios, que se limitan a tomar apuntes de las explicaciones en clase realizadas por los profesores, apuntes que luego memorizan de cara al examen sin consultar ni un solo libro ni acceder a la jurisprudencia, es posible que tenga que ver con una estrategia de estudio que busca la eficacia con el mínimo esfuerzo. Pero también hay que admitir que, para superar las limitaciones y deficiencias que se derivan de este sistema, no basta con denunciar la situación, sino que hay que contribuir con las guías docentes a la búsqueda de soluciones.

Las teorías pedagógicas que insisten en la importancia de la “metacognición” sostienen que para solventar estos problemas hay que motivar a los estudiantes para que reflexionen sobre sus propias capacidades y desarrollen habilidades con el objeto de aplicar sus capacidades y conocimientos a una determinada tarea. Según Guzmán Rosquete, la “metacognición” es el “conocimiento reflexivo y consciente sobre los propios recursos cognitivos y la autorregulación de los mismos”³⁰³. De este modo, la actitud pasiva del estudiante

³⁰³ Cfr. GUZMÁN ROSQUETE, en VILLAR ÁNGULO (coord.), *Programa para la mejora...*, cit., p. 245.

es sustituida por otra activa, que toma como punto de partida una reflexión personal sobre los propios recursos y el procedimiento de aplicación de los mismos a las propias tareas de aprendizaje. Y no debemos olvidar que si ello es fundamental para que el alumno entienda y asimile con cierta consistencia las enseñanzas de las asignaturas, también dichas técnicas les resultarán muy útiles en su vida profesional y porque no decirlo en su vida personal.

Ahora bien, en Derecho penal, estas habilidades de metacognición son especialmente útiles cuando se inicia el estudio de la materia y, concretamente, cuando se aborda de inicio como es lógico, la teoría jurídica del delito. El carácter esencialmente abstracto de la dogmática jurídico -penal, así como de los temas de introducción sobre el concepto y los fines del Derecho penal, debe priorizar con facilidad a una "enseñanza pasiva", pero con importantes dificultades de aprendizaje por parte del alumno. Por esta razón, es muy importante intentar poner en relación estos conocimientos con la realidad política y social, con la filosofía jurídica y con los distintos sistemas valorativos que la integran, así como con la práctica y los problemas jurídico penales reales de los que suelen ser conocedores por los medios de comunicación.

Para la adquisición de habilidades "metacognitivas" no es necesario un aprendizaje consciente de las mismas, sino que éstas pueden ser desarrolladas con la realización de sencillos ejercicios desde el principio de curso. Si el profesor no cae en la tentación de limitarse a explicar lecciones, y comienza la teoría con ejercicios prácticos a partir de lecturas, sencillas prácticas de introducción, que tengan en cuenta la interrelación de los nuevos conocimientos con otros que ya posea el alumno, y que sitúen los problemas jurídicos que se exponen en "la realidad", será mucho más fácil conseguir las mencionadas habilidades de metacognición, pues con estos ejercicios, el alumno se ve forzado a valorar por sí mismo los recursos con los que cuenta, a echar mano de conocimientos adquiridos y a practicar con los nuevos, y sobre todo a planificar una estrategia de resolución de una concreta tarea.

Cabe esperar, como abogan los defensores de la importancia de la "metacognición", una mayor eficacia en la enseñanza - aprendizaje, pero, además, la adquisición de la capacidad para "*pensar por sí mismos*" supone el punto de partida para desarrollar dos importantes competencias en el ámbito jurídico en general, y en el del Derecho penal en particular: la perspectiva crítica y el pensamiento problemático. Analicemos estas "competencias" de forma autónoma.

b) Capacidad de adoptar una perspectiva crítica

El Derecho penal cumple una importante función social: establecer un ámbito nuclear de protección de bienes jurídicos fundamentales, que resulta

esencial para el mantenimiento de la convivencia democrática. Pero, al mismo tiempo, el Derecho penal representa un poderoso instrumento en manos del Estado, con graves consecuencias sobre los derechos fundamentales, cuya garantía, sin embargo, es esencial para el funcionamiento del Estado de Derecho. De esta tensión, resulta un difícil equilibrio que sitúa a este sector del Ordenamiento jurídico en un estado en permanente crisis, al borde de la legitimidad. La manejada idea de que la pena es una “amarga necesidad” describe de forma clara el cuestionamiento que acompaña al Derecho penal y a lo que ha de añadirse el populismo de las medidas en las que siempre se busca la retribución y no los verdaderos objetivos y fines tanto de las prohibiciones y mandatos de la ley como de las penas previstas.

Por otra parte, la percepción más realista de que la teoría jurídica del delito no es una construcción universal e imperecedera, sino que la consideración de lo qué es delito y de qué condiciones son necesarias para la atribución de la responsabilidad depende de valoraciones socio – políticas, pone de manifiesto la necesidad de afrontar el estudio de esta materia desde una perspectiva crítica. Para ello, es preciso tener en cuenta la conexión de la ciencia del Derecho penal con otras ciencias de corte sociológico o político, que no siempre son fáciles de colegiar.

El pensamiento crítico representa, por tanto, una de las más importantes “competencias” que ha de establecerse como objetivo del Derecho Penal. En primer lugar, porque favorecerá el aprendizaje de una materia construida sobre diversas teorías filosóficas, políticas y sociales. En segundo lugar, porque una reflexión crítica permitirá un aprendizaje “significativo”, capaz de comprender el entramado valorativo que se sitúa tras unos conceptos aparentemente neutrales. Además, porque, con ese bagaje, el estudiante egresado tendrá mayores capacidades para afrontar tareas jurídicas y especialmente jurídico penales. La tensión existente entre los fines de prevención general del Derecho penal y la protección de los derechos fundamentales de los individuos se corresponde con un proceso penal dialéctico, en el que los actores del mismo cumplirán en mejor medida sus funciones si toman como punto de partida una perspectiva crítica, que permita la adopción de posiciones diversas sobre la solución de los problemas jurídicos y la aplicación del Derecho penal al caso concreto. En definitiva, en Derecho penal, de una forma más acentuada que en otros sectores del Ordenamiento jurídico, resulta necesario trabajar con el alumno en la formación de un método crítico de aprendizaje y razonamiento ya que suelen estar muy viciados por las consideraciones populistas.

c) Desarrollo del “pensamiento problemático”: reconocer la importancia específica del derecho penal como ciencia orientada a la resolución de problemas reales

Otro de los objetivos fundamentales a los que debe orientarse la docencia del Derecho penal es el de habituar al alumno a lo que se ha dado en llamar “pensamiento problemático”. Para ello, es necesario comenzar con la percepción general de que el Derecho no es una construcción alejada de la realidad, sino que su función, precisamente, es la de resolver los problemas reales, que se plantean en la sociedad. El delito es un problema social que siempre ha existido y que siempre existirá por desgracia para la humanidad.

Ésta es también la función del Derecho penal, aunque pueden concurrir algunos factores que dificulten la comprensión de esta perspectiva ya que se suele olvidar que el delincuente y su actuar a través del hecho criminal puede tener una explicación aceptable o no pero posible. Desde el punto de vista de la docencia, la enseñanza de los conceptos a partir de construcciones teóricas aparentemente inamovibles, sin conexión con la práctica, puede conducir a un alejamiento de la realidad, que entorpece la conexión de la teoría con los problemas prácticos. Desde el punto de vista de los discentes, la falta de información, especialmente en el caso de los neófitos, les impide advertir la trascendencia real de los problemas penales. Bajo la influencia de los medios de comunicación y el peso de la opinión pública, la tendencia del alumno que se inicia en el estudio del Derecho penal es la de considerar que los problemas penales son, por ejemplo, el terrorismo o las bandas organizadas, como “problemática social”, a la vez que, en su mayoría, se inclinan por asumir una posición “fiscalizadora” y “defensista”, según la cual el problema consiste en cómo eliminar a los delincuentes.

El pensamiento problemático puede contribuir a que los estudiantes adviertan que los problemas penales son más amplios que los circunscritos a unos concretos ámbitos de delincuencia, pero, sobre todo, a que aprendan que el problema no es “acabar” con el delincuente, sino garantizar la protección de bienes jurídicos esenciales con el mínimo coste en los derechos fundamentales, que la prevención es también un objetivo del Derecho penal.

Por último, este “pensamiento problemático” también facilitará la comprensión de los problemas que plantea el caso concreto, conforme se vayan explicando en clase los requisitos para la atribución de la responsabilidad y la determinación del delito aplicable (y la pena correspondiente): como son el detectar las dificultades de imputación objetiva y subjetiva; diferenciar entre autoría y participación; apreciar los problemas de justificación, cuestiones de inimputabilidad, causas de exclusión de la culpabilidad del sujeto, etc.; y sean capaces de analizarlas no como cuestiones teóricas o especulativas, sino importantes decisiones con relevancia práctica en el caso concreto, comprenderán la esencia de la enseñanza.

En definitiva, el desarrollo de la capacidad de pensar por sí mismos, de la perspectiva crítica y del pensamiento problemático representan, en nuestra opinión, las competencias genéricas básicas, objeto del aprendizaje del Derecho

penal. Pero estas competencias se completan con otras específicas y que pasamos a explicar a continuación.

10.2.1.2 Competencias específicas

a) La capacidad para argumentar. El razonamiento jurídico

En las Escuelas de Derecho de los Estados Unidos se concede una importancia especial al método del “razonamiento jurídico” (*legal reasoning*): en lugar de partir de una previa “transmisión de conocimientos teóricos” por parte del profesor, al estudiante se le facilitan casos reales de la jurisprudencia, para que analicen las decisiones de los tribunales y construyan argumentaciones jurídicas para resolver problemas reales. En este sistema, el trabajo con la jurisprudencia no sirve sólo para acercarse a los problemas reales, sino para conocer las soluciones seguidas en decisiones precedentes y la argumentación utilizada para llegar a las mismas, coherente con su sistema práctico del ejercicio profesional.

A pesar de que la trascendencia de las decisiones judiciales previas no es tan grande en el sistema continental, no cabe duda que este sistema favorece una importante capacidad, necesaria para el desarrollo de las profesiones jurídicas, en Estados Unidos, en España, o en cualquier país. La capacidad de razonamiento no se refiere únicamente a la habilidad para argumentar y defender una determinada aplicación de la ley al caso concreto, en defensa de los intereses de una parte. Es igualmente necesaria para analizar racionalmente en cualquier contexto un problema jurídico, o un debate teórico, y estar en condiciones de ofrecer una solución “científica”, contrastable mediante el análisis de las razones ofrecidas.

Por otra parte, la argumentación y el razonamiento jurídico exigen el aprendizaje del lenguaje jurídico, que ha alcanzado un alto grado de especialización semántica, y cuyo dominio es necesario no sólo para comprender el Derecho, sino para el desarrollo de cualquier actividad relacionada con su interpretación y aplicación.

Aprender el lenguaje jurídico, “razonar” en términos jurídicos y argumentar las soluciones propuestas son, sin duda, competencias específicas prioritarias.

b) La técnica de la “subsunción” y la búsqueda de fuentes

La subsunción es una técnica que consiste en ensamblar correctamente el supuesto de hecho en la norma aplicable. Puesto que los problemas jurídico penales se suelen referir a la determinación de la responsabilidad penal por unos hechos que previamente han de ser calificados como delitos, una primera

aproximación al concepto de “subsunción” hace referencia a la localización del tipo aplicable en el Código penal: determinar que en el caso concreto estemos ante un homicidio o un asesinato, un robo, etc.

Sin embargo, la tarea de “subsunción” es más compleja y exige el desarrollo de una serie de habilidades de mayor amplitud. Para proceder a la subsunción, en primer lugar, el alumno debe aprender a leer bien los casos y extraer de ellos los hechos jurídicamente relevantes, pues no olvidemos que ello traducido a la práctica serán los elementos que deberá rebatir o defender según la posición jurídica que mantenga. En esta primera aproximación, se trata de distinguir dentro de un conjunto de hechos aquellos que tienen trascendencia jurídica, bien porque constituyan en sí mismos un comportamiento típico, bien porque incidan en algún aspecto que afecte a la responsabilidad penal (por ejemplo, detectar situaciones de necesidad, circunstancias de inimputabilidad, etc.) y a la determinación de la pena.

En segundo lugar, el alumno ha de aprender a advertir los “problemas jurídicos”, es decir, aquellos que se derivan de la interpretación de la ley y de la aplicación al caso concreto: para resolver un supuesto de hecho no basta con una subsunción “formal” en la norma; esto sería así si el proceso de aplicación del Derecho respondiera a un proceso lógico que de forma inapelable garantizase una solución unívoca. Sin embargo, la comprensión de un problema jurídico, la determinación de la normativa aplicable, la interpretación de estas normas y la concreción en el supuesto de hecho no forma parte de un proceso “neutral” y “formal”, sino que resulta de un conjunto de valoraciones llevadas a cabo por el intérprete en un razonamiento jurídico en el que junto a la ley aparecen las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, a partir de las categorías dogmáticas. Para advertir los “problemas” e iniciarse en el razonamiento que lleva a la propuesta de soluciones, el alumno de Derecho penal no sólo debe tener una cierta idea de la “realidad” a través de ejemplos prácticos, y que por eso se deben ser reales extraídos de la jurisprudencia, sino que, fundamentalmente, ha de poseer una serie de conocimientos básicos sobre las categorías jurídico penales y el sistema en el que éstas se integran, así como del carácter “abierto” del mismo, susceptible de diferentes interpretaciones en virtud de premisas valorativas diversas.

Tras advertir los problemas planteados, la normativa aplicable y las interpretaciones dogmáticas sobre las categorías que se ven implicadas, el alumno debe aprender a “razonar” su propia solución. Para ello, ha de partir de dos presupuestos aparentemente contradictorios, pero que no lo son en absoluto: que no hay una única solución, pero que tampoco cualquier solución es admisible. Que para dotar de consistencia a la solución jurídica hay que tener en cuenta fundamentalmente dos aspectos: los márgenes de la ley y la “razonabilidad” de la interpretación defendida, basada en la consistencia de los argumentos empleados y la coherencia con un determinado sistema de categorías.

Para ello, es fundamental que el alumno aprenda cuanto antes a manejarse con las fuentes del Derecho penal y la Ciencia del Derecho penal. Una buena solución jurídica exige un esfuerzo argumentador y una solidez de las propuestas. Por esa razón ha de tener un conocimiento lo más amplio posible de las fuentes que le servirán para el aprendizaje y para la aplicación de sus "competencias" a la práctica. Además, ha de dominar el manejo de las fuentes, en el sentido no sólo de saber localizarlas, sino de comprender su significado, tanto intrínseco como dentro de un sistema más amplio.

El punto de partida ha de ser los libros de texto. Tal vez pueda pensarse que, en coherencia con una metodología que fomenta el "autoaprendizaje", fuera preferible que el alumno accediera directamente a la ley y a la consulta de la jurisprudencia. Sin embargo, este modo de proceder no es el más adecuado, al menos en Derecho penal, y en el sistema jurídico del "Civil Law".

La solución de los problemas "reales" jurídico penales consiste en decidir si determinados hechos tienen relevancia penal, si constituyen delito, y en ese caso comprobar los requisitos de atribución de ese delito a un sujeto, mediante un juicio de responsabilidad. Pero para ello, no es suficiente con lo dispuesto en la ley: es necesario conocer el sistema de la teoría jurídica del delito, elaboración dogmática que sólo puede ser comprendida a partir del estudio de la "Ciencia" del Derecho penal. Por esta razón, el alumno debe iniciarse con la consulta de manuales, que le ofrecerá una perspectiva general del sistema de la teoría del delito de fácil acceso. Claro que si su indagación se limita a un "único" manual, su visión no sólo será más pobre, sino que carecerá de una perspectiva dialéctica necesaria para afrontar los problemas jurídicos penales. Por ello, también se debe recomendar monografías que aborden problemas concretos.

Este trabajo con las lecturas más especializadas no debe reservarse a tareas más concretas de investigación, llevadas normalmente en Doctorado. Resulta esencial que el alumno de Grado o de Master conozca cuanto antes el elenco de fuentes que le puede servir no sólo para trabajos de investigación jurídica, sino para la solución de problemas jurídico - penales desde otras perspectivas profesionales.

El entrenamiento en el trabajo con las fuentes no es un objetivo menor de la enseñanza, sino que, desde un punto de vista práctico, probablemente sea una de las "competencias" más apreciadas cuando el alumno acabe la titulación y se enfrente al ejercicio de una profesión a una nueva fase de aprendizaje.

La orientación que ofrece el estudio de la doctrina, permite al alumno pasar a un segundo nivel en la búsqueda de fuentes, que consiste en la localización del cuerpo normativo aplicable. Sería un error fomentar, aunque fuese indirectamente, que el estudiante de Derecho penal se contentase con la consulta del Código penal. El Derecho penal sustantivo no puede comprenderse, ni tampoco entenderse su dimensión práctica, si no se pone en relación con el proceso penal. No se trata de

explicar Derecho procesal, pero sí de advertir al alumno de la existencia de esta conexión, de la necesidad de contar con una aproximación básica al proceso penal y a sus fases, para entender los problemas penales en un contexto más “realista”.

Por otra parte, tampoco puede el estudiante desconocer la interrelación entre el Derecho penal y el Derecho constitucional, siendo, este último, referencia para la interpretación del Ordenamiento jurídico en su conjunto, y especial sustrato valorativo de las leyes penales.

Por último, el notable avance del Derecho Penal Internacional, así como de la normativa penal comunitaria, exige una aproximación a los Tratados, Convenios y normativa comunitaria, necesaria para entender el Derecho en un contexto transnacional.

En tercer lugar, es imprescindible que el alumno trabaje con la jurisprudencia, ya que en nuestro sistema tienen un importante peso a la hora de conceder solidez a una línea de argumentación. De hecho, en la práctica jurídica puede resultar más eficaz basar una determinada posición en una línea jurisprudencial asentada que en una opinión de la doctrina: aunque el juez utilice en su razonamiento el conjunto de categorías que la doctrina elabora, a la hora de basar sus decisiones suele acudir a líneas jurisprudenciales, y sólo en casos excepcionales se cita la “inspiración” que se ha tomado de la doctrina. Y no sólo este argumento de “eficacia” aconseja el manejo de la jurisprudencia sino que también ofrece una perspectiva práctica de primera mano insoslayable. Además, sobre todo en las últimas décadas, se ha avanzado notablemente en la “fundamentación” y “casación” de las decisiones, lo cual pone de manifiesto que la interpretación jurisprudencial representa un elemento esencial para la solución de problemas jurídicos.

Por último, también resulta interesante que el alumno comprenda otras dimensiones del problema jurídico, mediante la consulta de fuentes adicionales, en función de las características específicas: estudios criminológicos, sociológicos, estadística criminal, opinión pública, etc.

De todo lo expuesto, nos parece de especial interés destacar, para concluir, que el estudiante no sólo debe conocer las fuentes, sino que también debe aprender a localizarlas y, sobre todo, a “manejarlas”³⁰⁴. Para ello, debe adquirir una competencia básica: la incorporación de los “valores” en el aprendizaje del Derecho. Y esto es precisamente lo que a continuación trataremos.

³⁰⁴ Sobre el conocimiento y los métodos de localización de las fuentes, véase la interesante guía de búsqueda que propone RAMOS MÉNDEZ, cfr. en *Cómo estudiar Derecho*, Barcelona, 1991, edit. Bosch. En relación con las “habilidades para localizar, recuperar, evaluar y usar la información”, cfr. ALEGRE DE LA ROSA / VILLAR ÁNGULO, en VILLAR ÁNGULO (coord.), *Programa para la mejora*, cit. pp. 321 y ss.

10.2 Importancia de los “valores” en el aprendizaje del derecho penal

La enseñanza del Derecho penal comienza por la teoría jurídica del delito, contenido esencial de la asignatura “Derecho Penal I”, y construcción conceptual elaborada por la Dogmática jurídico penal. Como tantas veces se ha repetido, el elevado grado de abstracción de estos contenidos dificulta considerablemente su aprendizaje, situación que se puede ver agravada si para la explicación de la teoría se prescinde de su puesta en relación con los problemas prácticos. Pero, además de esta dificultad o aspecto negativo, la docencia de la teoría jurídica del delito desde una perspectiva “neutra” u “objetiva” puede favorecer la impresión, nada deseable, de que el Derecho, y en concreto el Derecho penal, representa una disciplina encerrada en sí misma, que no admite una perspectiva crítica, y que se corresponde con un cuerpo normativo también “encapsulado”, sobre el que no cabe otro razonamiento que el de una aplicación unívoca a partir de determinadas premisas.

Es posible que las diversas corrientes positivistas, que por otra parte aportaron a la interpretación jurídica una necesaria equidistancia del “Derecho natural”, hayan contribuido a forjar una concepción “avalorativa” en la Ciencia del Derecho e, indirectamente, de la enseñanza del Derecho. Desde esta perspectiva, el papel del docente consistiría en explicar el contenido de las normas jurídicas y enseñar a los estudiantes el mecanismo de aplicación de las mismas, sobre la premisa de que el razonamiento jurídico llevaría a una única solución. Por otra parte, el papel del estudiante sería más bien de carácter pasivo, como receptor de unos conocimientos y de un “único” sistema de aplicación de los mismos.

Sin embargo, la asunción de ciertos presupuestos del positivismo, que de forma correcta llevan a la premisa sustancial de que sólo es Derecho el Derecho positivo, no se encuentra en contradicción con la aceptación de una existencia de valores que, sobre la base del humanismo y los derechos fundamentales del hombre, representan aspiraciones colectivas, que resultan de la expresión de los ideales básicos de justicia, igualdad y libertad, moduladas en función de un determinado momento social y cultural.

La moderna concepción de la dogmática desde una perspectiva teleológica ha contribuido a superar algunas de las críticas que había recibido esta construcción, en el sentido de sistema teórico encerrado en sí mismo. Si, como sugiere Silva Sánchez, se toma como punto de partida un modelo abierto al pensamiento problemático, a las valoraciones de la Política Criminal y a los resultados de las investigaciones de las ciencias sociales, difícilmente puede reprocharse a la dogmática ese carácter “reaccionario” y cerrado³⁰⁵. También si se comparte con Silva y otros autores una dogmática de orientación valorativa,

³⁰⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit. pp. 102 y ss.

entonces hay que concluir que para la solución de los problemas jurídico penales no es suficiente con la consideración de los textos legales, sino que es preciso recurrir a las premisas valorativas derivadas de la Constitución y de las valoraciones “consensuadas” llevadas a cabo por la filosofía jurídica³⁰⁶.

A nuestro modo de ver, tanto en la Ciencia como en la enseñanza – aprendizaje del Derecho penal, es tal vez más fácil adoptar una actitud crítica y una perspectiva valorativa, por las siguientes razones. En primer lugar, toda reflexión sobre los fines del Derecho penal y de la pena pasa por tomar en consideración principios básicos en la organización social, que se encuentran en tensión: la necesidad de garantizar unas pautas mínimas de convivencia mediante la protección de bienes jurídicos individuales y colectivos, junto con el monopolio de la “violencia” punitiva para evitar la represión privada; frente a esto, la necesidad de garantizar los derechos fundamentales del individuo, sometiendo a límites la actuación punitiva y represiva del Estado. El concepto del Derecho penal y los límites al “ius puniendi” son los primeros conocimientos que debe aprender el alumno de Derecho penal porque representan la “base” sobre la que se constituye este sector del Ordenamiento. Por esta razón, creo que le es fácil al alumno percibir desde un primer momento el conjunto de valores básicos que se encuentra detrás del conjunto de las normas jurídico penales.

Igualmente, la existencia de una Dogmática elaborada, como ocurre en Derecho penal, no representa óbice alguno a una comprensión valorativa y crítica: precisamente, la Dogmática resulta del consenso entre diversas interpretaciones sobre lo qué es delito, reflexión que, con independencia de la postura que se adopte (por ejemplo, en la discusión sobre si el delito es básicamente lesión de un bien jurídico o infracción de un deber), está sometida a distintos procesos valorativos.

Por último, el carácter dialéctico del proceso penal, como fórmula para garantizar al máximo la protección de los derechos fundamentales involucrados en el mismo, potencia una deseable actitud crítica, capaz de apreciar que determinadas soluciones jurídicas se basan en valoraciones que no tienen por qué ser indiscutibles, lo que permite defender posiciones “legales” encontradas sobre un mismo problema jurídico.

En definitiva, una docencia “crítica” resulta preferible no sólo desde un punto de vista axiológico (porque incorpore una reflexión sobre los derechos fundamentales, la justicia, la libertad y otros valores superiores), sino porque aporta herramientas básicas para la comprensión del Derecho. Es cierto que en un primer momento, a los estudiantes les cuesta asumir la inseguridad que ofrece el hecho de que para un mismo problema puedan darse distintas soluciones.

³⁰⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación ...*, cit., pp. 110 y ss.

Pero, el estudio de sentencias, en definitiva el encuentro con la realidad práctica, les permite comprender que esto no es una desventaja, sino una garantía de mayor protección de los derechos involucrados en los conflictos penales. Con ello, además, se potencia la capacidad de comprender el déficit de legitimación del Derecho penal, sobre la base de la advertencia de los derechos del presunto delincuente.

También es cierto que una enseñanza crítica y valorativa del Derecho penal les puede ayudar a “dudar” legítimamente de los métodos docentes en general que intenten aparecer como “neutrales”, pues como señala Peñuelas i Reixach “cuando otro profesor manifiesta que no es necesario estudiar ni tener en cuenta valores y argumentos éticos para discernir lo que es el Derecho de lo que no lo es, está defendiendo en el fondo una postura ética: aquella que entiende que no se pueden cuestionar en función de argumentos de justicia y moral las normas y decisiones judiciales que han seguido el debido proceso legislativo y judicial”³⁰⁷.

³⁰⁷ Cfr. PEÑUELAS I REIXACH, *La docencia y el aprendizaje y el aprendizaje en Derecho en España*, Madrid, 1996, edit. Marcial Pons, pp. 91 y ss.

Fuentes de consulta

- ALFARO ROCHER, I.J.: "Seminarios y talleres", en DE MIGUEL DÍAZ (coord.), *Metodologías de enseñanza y aprendizaje para el desarrollo de las competencias*, Madrid, 2006, edit. Civitas.
- ÁLVAREZ ROJO, V.: *Las tutorías: otra forma de enseñar en la Universidad*, Granada, 2001, edit. UCUA.
- ANDERSON, R.S. / SPECK, B.W.: *Changing the way we grade student performance: Classroom assessment and the new learning paradigm*, San Francisco, 1998, edit. Jossey - Blass Publisher.
- ANDERSON, R.S. / SPECK, B.W. / BAUER, J.F.: *Assessment strategies for the on - line class: from theory to practice*, San Francisco, 2002, edit. Jossey - Blass Publisher.
- APODACA URQUIJO, P.: "Estudio y trabajo en grupo", en DE MIGUEL DÍAZ (coord.), *Metodologías de enseñanza y aprendizaje para el desarrollo de las competencias*, Madrid, 2006, edit. Civitas.
- ARIAS BLANCO, J.M.: "Clases practicas", en DE MIGUEL DÍAZ (coord.), *Metodologías de enseñanza y aprendizaje para el desarrollo de las competencias*, Madrid, 2006, edit. Civitas.
- ATIYAH, P.S.: "From principles to pragmatims: changes in the function of the judicial process and the Law", *Iowa Law Review*, núm. 65, 1980.
- ATIYAH, P.S. / SUMMERS, R.S.: *Form and Substance in Anglo - American Law*, Oxford, 1987, edit. Oxford University Press.
- BANDURA, A.: *Teoría del aprendizaje social*, Madrid, 1984, edit. Espasa Calpe.
- BEARD, R. / HARTLEY, J.: *Teaching and learning in Higher Education*, Londres, 1984, edit. Harper and Row.
- BELTRÁN, J.: *Procesos, estrategias y técnicas de aprendizaje*, Madrid, 1996, edit. Síntesis.
- BERNARD MAINAR, J.A.: *Estrategias de estudio en la Universidad*, Madrid, 1995, edit. Síntesis.
- BIREAUD, A.: *Les méthodes pédagogiques dans l'enseignement supérieur*, Paris, 1990, edit. Editions d'Organisation.
- BROWN, G. / ATKINS, M.: *Evaluar en la Universidad. Problemas y enfoques*, Madrid, 2003, edit. Narcea.
- BROCKBANK. A. / MCGILL, I.: *Aprendizaje reflexivo en la educación superior*, Madrid, 2002, edit. Morata.
- CARRÉ, PH.: « Un apprentissage autodirigé dans la recherche nord- américaine », *Revue Française de Pédagogie*, núm. 102, 1993, pp. 17 - 22.
- DELANEY, J.: *How to Brief a Case. An Introduction to Jurisprudence*, Bogotá, EEUU, 1987, edit. Delaney Publications.
- DEWEY, J.: *On Education*, Chicago, 1974, edit. The University of Chicago Press.

- DE BUJÁN, F.: *La reforma de los estudios de Derecho*, Madrid, 1992, Dykinson.
- DE MIGUEL DÍAZ, M.: "Métodos y modalidades de enseñanza en la educación superior", en DE MIGUEL DÍAZ (coord.), *Metodologías de enseñanza y aprendizaje para el desarrollo de las competencias*, Madrid, 2006, edit. Civitas.
- DOMENECH BETORET, F.: *El proceso de enseñanza / aprendizaje universitario*, Castellón de la Plana, 1999, Universitat Jaime I.
- FOUCHER, R. (ed.): *L'autoformation dans l'enseignement supérieur. Apports européens et nord - américains pour l'an 2000*, Québec, 2002, edit. Press Universitaires de Laval.
- GAIRÍN, J. / FEIXAS, M. / GUILLAMÓN, C. / QUINQUER, D.: "La tutoría académica en el escenario europeo de la Educación Superior", *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, núm. 49, 2004, pp. 61 - 77.
- GARCÍA JIMÉNEZ, E.: "Prácticas externas", en DE MIGUEL DÍAZ (coord.), *Metodologías de enseñanza y aprendizaje para el desarrollo de las competencias*, Madrid, 2006, edit. Civitas.
- GARCÍA - VALCÁRCEL MUÑOZ - REPISO, A.: *Didáctica universitaria*, Madrid, 2001, edit. La Muralla.
- GENTO PALACIOS, S. (coord.): *La Institución educativa I: Identificadores de la Calidad Educativa*, 2001, edit. Docencia.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, 1999, edit. Tecnos.
- GONZÁLEZ, F. / NOVAK, J.D.: *Aprendizaje significativo. Técnicas y aplicaciones*, Madrid, 1996, edit. Ediciones Pedagógicas.
- LARA GUERRERO, J.: "Estrategias para un aprendizaje significativo - constructivista", *Enseñanza*, núm. 15, 1997, pp. 29 - 50.
- LE BOTERF, G.: *Construire les compétences individuelles et collectives*, París, 2004, edit. Ed. d'organisation.
- LEVI, E.: *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, 1949, edit. The University of Chicago Press.
- LOBATO FRAILE, C.: "Hacia una comprensión del aprendizaje corporativo", *Revista de Psicodidáctica*, núm. 4, 1997, pp. 59 - 76.
- "Estudio y trabajo autónomos del estudiante", en DE MIGUEL DÍAZ (coord.), *Metodologías de enseñanza y aprendizaje para el desarrollo de las competencias*, Madrid, 2006, edit. Civitas.
- LÓPEZ NOGUERO, F.: *Metodología participativa en la enseñanza universitaria*, Madrid, 2005, edit. Narcea.
- MONEREO, C. / POZO, J.L. (eds.): *La universidad ante la nueva cultura educativa*, Madrid, 2003, edit. Síntesis.
- MORALES, P.: *La evaluación de las tareas académicas, ejercicios, actividades prácticas y trabajo en grupo*, Bilbao, 1995, Universidad de Deusto.

- NOVAK, J.D. / GOWIN, D.B.: *Aprendiendo a aprender*, Barcelona, 1988, edit. Martínez Roca.
- PAGANI, R.: *La Universidad española en el marco del Espacio Europeo de Educación Superior*, informe de la Agencia de Calidad, Acreditación y Prospectiva de las Universidades de Madrid, 2004.
- PEÑUELAS I REIXACH, L.: *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado*, Madrid, 1996, edit. Marcial Pons.
- PÉREZ BOULLOSA, A.: "Tutorías", en DE MIGUEL DÍAZ (coord.), *Metodologías de enseñanza y aprendizaje para el desarrollo de las competencias*, Madrid, 2006, edit. Civitas.
- PIAGET: *Psicología y pedagogía*, Madrid, 1983, edit. Sarpe.
- PUIG BRUTEAU, J.: *Medio siglo de estudios jurídicos*, Valencia, 1997, edit. Tirant lo blanch.
- RAMÓN CAPELLA, J.: *El aprendizaje del aprendizaje*, Valladolid, 1995, edit. Trotta.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: *Cómo estudiar Derecho*, Barcelona, 1991, edit. Bosch.
- RODRÍGUEZ, J.: *El aprendizaje basado en problemas*, Madrid, 2004, edit. Editorial Médica Panamericana.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 2002, edit. Bosch.
- STEVENS, R.: *Law School, Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, Chapel Hill, 1983, edit. The University of North Carolina Press.
- VILLAR ÁNGULO, L.M. (coord.): *Programa para la mejora de la docencia universitaria*, Madrid, 2004, edit. Pearson Educación.
- WATSON: *The Making of the Civil Law*, Cambridge, 1981, edit. Harvard University Press.
- ZABALZA, M.A.: *Competencias docentes del profesorado universitario. Calidad y desarrollo*, Madrid, 2003, edit. Narcea.

CUERPOS ACADÉMICOS Y GRUPOS DE INVESTIGACIÓN



Ana Gamboa de Trejo
Esperanza Sandoval Pérez
Araceli Reyes López
Sara Luz C. Quiroz Ruiz
Ma. de Lourdes Roa Morales



Judith Aguirre Moreno
Jorge Martínez Martínez
Marta S. Moreno Luce
Eduardo Trejo Rodríguez

ESTUDIOS ESTRATÉGICOS
E INTERNACIONALES



Samantha Rullán Rosanis
Edgar Juan Saucedo Acosta
Luis Fernando Villafuerte Valdes
Dr. Alejandro Saldaña Rosas



**CA: TRANSFORMACIONES
JURÍDICAS**

Rebeca E. Contreras López
Josefa Montalvo Romero
Jacqueline del Carmen Jongitud Zamora
Socorro Moncayo Rodríguez
Ma. Teresa Montalvo Romero

**RIESGOS SOCIO-AMBIENTALES,
VULNERABILIDAD Y DERECHOS
HUMANOS**

José Cruz Agüero Rodríguez
Julia Tepetla Montes
Beatriz Torres Beristáin
José Antonio Márquez González



José L. Álvarez Montero
Julio César Arango Chontal
Ana Matilde Chávez Mayo
Enrique Córdoba del Valle
Marisol Luna Leal
Ana Lilia Ulloa Cuéllar
Alejandra V. Zúñiga Ortega

**CUERPO ACADÉMICO DERECHO,
ESTADO Y SOCIEDAD
DEMOCRÁTICA DE LA
UNIVERSIDAD MICHOACÁN DE
SAN NICOLÁS DE HIDALGO**

Miguel Ángel Medina Romero

**DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD
MICHOACÁN DE SAN NICOLÁS
DE HIDALGO**

Teresa Maria Geraldine Da Cunha Lopes

**DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL DE LA
UNIVERSIDAD REY JUAN
CARLOS, MADRID**

Lourdes Meléndez Morillo-Velarde
Ana Isabel Pérez Campos
Carolina San Martín Mazzucconi

**CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE
DERECHO, GLOBALIZACIÓN Y
SEGURIDAD DE LA UNIVERSIDAD
VERACRUZANA**

María Isabel Arredondo Icardo
César Armando Cruz Espino

**DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD
REY JUAN CARLOS, MADRID**

María de la Palma Álvarez Pozo
Pilar Zamorano Moreno

Este libro se terminó de imprimir y encuadernar en el mes de diciembre de 2013 en CÓDICE-SERVICIOS EDITORIALES, Xalapa, Veracruz. El tiraje fue de 300 ejemplares. Josefa Montalvo Romero Coordinadora de la Red de Investigación “Transformaciones Jurídicas”. El cuidado de la edición estuvo a cargo de Cristina Martínez Pedraza.

La Red de Investigación nace con el objetivo de integrar una vía permanente de comunicación entre especialistas de diferentes áreas interesados en temas relevantes sobre las transformaciones de la ciencia jurídica contemporánea y el papel de la investigación y la docencia en la educación superior con la finalidad de realizar actividades académicas conjuntas que nos lleven a generar, comunicar y transferir conocimiento científico.

El texto se encuentra dividido en tres grandes apartados, la primera parte "globalización y regionalización" está integrada por cuatro capítulos que nos dan un panorama general sobre temáticas influenciadas por los procesos globales. La segunda parte "prioridades jurídicas globales" nos presenta el análisis de problemáticas con actores específicos en contextos diversos. La tercera parte denominada "derecho y educación" nos presenta tres estudios encaminados al análisis de alternativas para el estudio del derecho.

ISBN: 978-607-9248-40-6



Universidad Veracruzana