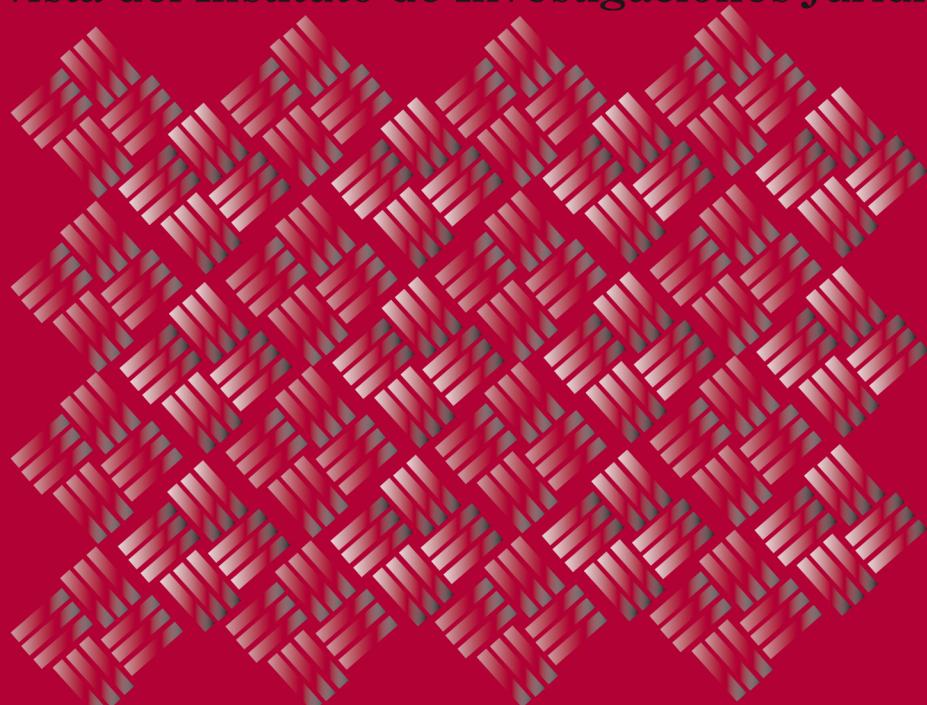




Facultad
de Derecho

IURIS TANTUM

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas



Universidad Anáhuac México

MÉXICO AÑO XXXI CUARTA ÉPOCA NÚMERO 27 2016-2017 ISSN 2007-0500

IURIS TANTUM

2016-2017

Iuris Tantum, Año XXXI, Número 27, Cuarta época, 2016-2017, es una publicación anual, editada por Investigaciones y Estudios Superiores, S.C., Av. Universidad Anáhuac 46, Huixquilucan, 52786, Estado de México. Editor responsable: Por parte del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Anáhuac México: Dra. Dora García Fernández, correo electrónico: dgarcia@anahuac.mx

Número de reserva de derechos al uso exclusivo 04-2008-112619164300-102, otorgado por la dirección de reservas de derechos del Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Número de certificado de licitad de título expedido por la comisión calificadora de publicaciones y revistas ilustradas de la Secretaría de Gobernación 14563

Número de certificado de licitad de contenido expedido por la comisión calificadora de publicaciones y revistas ilustradas de la Secretaría de Gobernación 12136.

ISSN 2007-0500

Distribuido por Universidad Anáhuac México, Campus Norte, Av. Universidad Anáhuac 46, Huixquilucan, 52786, Estado de México.

Imprenta: Casa Aldo Manuzio

Domicilio de la imprenta: Flamencos núm. 72, Col. San José Insurgentes, Del. Benito Juárez, C.P. 03900.

Teléfono: 56012925

El contenido y las opiniones vertidas en esta publicación son responsabilidad de sus autores. El hecho de que los artículos aparezcan publicados no significa que sus editores compartan el contenido de los mismos.

© Derechos reservados conforme a la ley

Queda totalmente prohibida su copia o reproducción parcial o total de esta obra, incluido el diseño tipográfico y de portada, sea cual fuere el medio, electrónico o mecánico, sin consentimiento por escrito de los editores.

UNIVERSIDAD ANÁHUAC

P. Cipriano Sánchez García L.C.

RECTOR

Dra. Sonia Barnetche Frías

VICERRECTORA ACADÉMICA

Dr. Abelardo Somuano Rojas

DIRECTOR DE COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL

Mtra. Alma E. Cazares Ruiz

COORDINADORA DE PUBLICACIONES
ACADÉMICAS

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Ricardo Sodi Cuéllar

DIRECTOR

Dr. José Antonio Núñez Ochoa

DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

Dra. Dora García Fernández

COORDINADORA DE INVESTIGACIÓN Y
PUBLICACIONES

**CONSEJO EDITORIAL
REVISTA IURIS TANTUM**

Ricardo Sodi Cuellar
PRESIDENTE DEL CONSEJO EDITORIAL

José Antonio Núñez Ochoa
DIRECTOR GENERAL

Bernardo Pérez Fernández del Castillo
DIRECTOR GENERAL ADJUNTO

Dora García Fernández
DIRECTORA EDITORIAL

CONSEJEROS

Juan Miguel Alburquerque
(Universidad de Córdoba, España)

Marcos Almeida Cerreda
(Universidad de Santiago de Compostela, España)

César Barros Leal
(Universidad de Seará, Brasil)

Víctor Bazán
(Universidad Católica de Cuyo, Argentina)

Carlos Alberto Dávila Cruz
(Universidad de Manizales, Colombia)

Xavier Diez de Urdanivia
(Universidad Autónoma de Coahuila, México)

Xavier Ginebra Serrabou
(Universidad Autónoma de Morelos, México)

Hubert Gourdon
(Universidad Sorbona, París III, Francia)

Rodrigo Labardini Flores
(Universidad Iberoamericana, México)

Guy Mazet
(Universidad Sorbona, Paris III, Francia)

Antonio Celso Baeta Minhoto
(Universidade Municipal de São Caetano do Sul, USCS, Brasil)

Milagros Otero Parga
(Universidad de Santiago de Compostela, España)

José Elías Romero Apis
(Universidad Anáhuac, México)

Roberto Rosas
(St Marys School of Law, San Antonio Texas, EUA)

Ángel Sánchez de la Torre
(Universidad Complutense de Madrid, España)

Emilio Suñé Llinas
(Universidad Complutense de Madrid, España)

Jorge Witker Velázquez
(Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México)

COMITÉ EDITORIAL

María Estela Ayllón González
Luis Fernando Avila Salcedo
Carlos Cabrera Beck
Javier Espinoza de los Monteros
Dora García Fernández
Nicéforo Guerrero Espinosa
Angélica Laurent Pavón
Carolina León Bastos
Carlos Ortiz Solalinde
Sara Pérez Kasparian
Eréndira Salgado Ledesma

RESPONSABLES DE CADA SECCIÓN

Estudios Varios y Sección Internacional:
Dora García Fernández

Recensiones:
Luis Fernando Avila Salcedo

Tópica jurídica:
Carlos Cabrera Beck

Derechos Humanos y Responsabilidad Social:
Valeria López Vela

Documentos Históricos:
Bernardo Pérez Fernández del Castillo

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	XIII
PRESENTACIÓN	XV
Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo	
ESTUDIOS VARIOS	
LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA, UN ANÁLISIS A PARTIR DE SU OBLIGATORIEDAD, EFECTOS E IMPLEMENTACIÓN Juan Carlos Abreu y Abreu	3
PERCEPCIÓN SOCIAL SOBRE LA JUSTICIA ENTRE JÓVENES UNIVERSITARIOS Mauricio Isidro Arellano Cortés	23
RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y MECANISMOS DE PREVENCIÓN..... Luis Fernando Ávila Salcedo	59
LOS DERECHOS DEL EMBRÍON FRENTE A LOS DE LA PERSONA, EN LA PERSPECTIVA COMPARADA DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Ana Luz Brun Iñárritu	79
EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO Y LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA EN EL PROCESO PENAL MEXICANO Ricardo Cajal Díaz	97
LA EDAD DE LAS NIÑAS PARA CONTRAER MATRIMONIO EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS CON BASE EN DERECHO MEXICANO E INTERNACIONAL Julio Daniel Carbajal Smith	125
LA UNIÓN EUROPEA: A 60 AÑOS DE LOS TRATADOS DE ROMA..... Alicia Gutiérrez González	141
ESPECIALIZACIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA: LAS CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS..... Wael Hikal	155

VISIÓN JURÍDICA DEL NARCOTRÁFICO EN MÉXICO	177
Blanca Ivonne Olvera Lezama	
EMPRESAS INTEGRADORAS EN MÉXICO.....	185
Yessica Eliette Pando Rosas	
MEDICINA LEGAL UNA NECESIDAD IMPERATIVA EN MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	197
Alma de los Ángeles Ríos Ruiz y Antonio Fuente del Campo	
EL ARTÍCULO 1904 DEL TLCAN: UNA REFLEXIÓN A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	223
Edmundo Robledo Franco	
LA SUPERVISIÓN SOCIAL EN EL PROCESO DE FISCALIZACIÓN COMO ESTRATEGIA DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN	239
Alejandro Romero Gudiño	

TÓPICA JURÍDICA

LA IMPLEMENTACIÓN DE PRÁCTICAS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	253
Guillermo García Cano Galindo	
REFLEXIONES EN MATERIA DE MOVILIDAD: CASO UBER	257
Mariana González Hernández	
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL DERECHO DE FAMILIA, EL CASO DEL DISTRITO FEDERAL..	271
Angélica Josefina Laurent Pavón	
EL IDEALISMO ALEMÁN. IMMANUEL KANT	281
Fernando Nañez Delgadillo	
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO (DERECHOS Y RESTRICCIONES).....	313
Eréndira Salgado Ledesma y Agustín Alonso Carrillo	

RECENSIONES

RESEÑA DEL LIBRO: PSICOPATOLOGÍA FORENSE. DERECHO, NEUROCIENCIAS Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL, DE ERIC GARCÍA-LOPEZ ET AL., BOSCH, MÉXICO, 2016.....	323
Dora García Fernández	
RESEÑA DEL LIBRO: VISIÓN INTEGRAL DEL SISTEMA NACIONAL DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN. INACIPE-PGR-UNIVERSIDAD ANÁHUAC. MÉXICO, 2015	327
Alejandro Romero Gudiño	

RESEÑA DE LA OBRA “INTERPRETACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL” AUTOR GUILLERMO ESTRADA FONTAMARA, 2016, UNAM-POS- GRADO EN DERECHO	329
Eréndira Salgado Ledesma	

SECCIÓN INTERNACIONAL

ACUERDO TRANSPACÍFICO DE COMERCIO, EN RELACIÓN AL SECTOR DE ENERGÍA Y RECURSOS NATURALES	337
<i>THE TRANSPACIFIC PARTNERSHIP AGREEMENT IN RELATION TO THE ENERGY AND NATURAL RESOURCES SECTOR</i>	
Alamiro Alfaro Zepeda	
NOTAS SOBRE O “TERRORISMO DE ESTADO” NA SOCIEDADE BRASILEIRA NOTAS SOBRE EL “TERRORISMO DE ESTADO” EN LA SOCIEDAD BRA- SILEÑA	357
Antonio Celso Baeta Minhoto	
UNDOCUMENTED IMMIGRANTS, HEALTHCARE ACCESS AND AN ILLNESS NARRATIVE	
INMIGRANTES INDOCUMENTADOS, ACCESO A LA SALUD Y UNA ENFERMEDAD NARRATIVA.....	373
Alberto García Gómez y Claudia R. Sotomayor	
A PERSPECTIVA DE PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL	
LA PERSPECTIVA MULTINIVEL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FEDERAL CORTE SUPREMA DEL BRASIL.....	381
Daniel Goro Takey	
ASILO POLÍTICO ÁS AVESSAS: DA HUMANIZAÇÃO DO DIREITO AO DIREITO À HUMANIZAÇÃO	
ASILO POLÍTICO A LAS AVESAS: DE LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO AL DERECHO A LA HUMANIZACIÓN.....	395
Wagner Augusto Hundertmarck Pompéo	

DERECHOS HUMANOS Y RESPONSABILIDAD SOCIAL

LOS DERECHOS HUMANOS COMO DISCURSO METAMETODOLÓGICO: UN MODELO PARA ARMAR.....	421
Santiago Botero Gómez	
VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS: SU REPARACIÓN INTEGRAL, JUSTA INDEMNIZACIÓN Y DAÑOS PUNITIVOS.....	431
Esteban C. Gorches G.	

LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN BARTOLOMÉ DE LAS CASAS.....	445
Valeria López Vela	
INSTITUCIONALIZACIÓN VS. VIVENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO: UN ANÁLISIS DESDE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA	459
Marco Antonio Tóh Euán	
EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA A LA LUZ DEL BIODERECHO INTERNACIONAL	467
Juan Manuel Torres Colina	
 DOCUMENTOS HISTÓRICOS	
Palabras de un muerto.....	495
Belisario Domínguez	

Guía para la presentación de trabajos en la Revista Iuris Tantum.....	503
<i>Guide for researches to be published by Iuris Tantum Law Review</i>	

AGRADECIMIENTOS

La Facultad de Derecho y el Consejo Editorial de la Revista *Iuris Tantum* agradecen especialmente al profesor y egresado **Lic. Jorge Richaud Martínez**, quien con sus donativos contribuye a que año con año esta publicación sea posible. Asimismo, y como siempre, este agradecimiento se hace extensivo a los investigadores y docentes que nos obsequiaron su tiempo y su talento a fin de lograr la permanencia y calidad de nuestra revista.

PRESENTACIÓN

La revista que hoy se presenta tiene, como es costumbre, el propósito de difundir estudios realizados por juristas analíticos del derecho. Encontrarán, asimismo, valiosos análisis y reseñas de libros tanto de autores mexicanos como de extranjeros. También se presenta el apartado “Derechos Humanos y Responsabilidad Social” que contiene investigaciones relacionadas con dicho título.

En este número se dan a conocer los siguientes Estudios: “Las sentencias de la Corte Interamericana, un análisis a partir de su obligatoriedad, efectos e implementación”; “Percepción social sobre la justicia entre jóvenes universitarios”; “Responsabilidad de los servidores públicos y mecanismos de prevención”; “Los derechos del embrión frente a los de la persona, en la perspectiva comparada de la jurisprudencia internacional”; “El auto de vinculación a proceso y los problemas que presenta en el proceso penal mexicano”; “La edad de las niñas para contraer matrimonio en los Estados Unidos Mexicanos con base en Derecho Mexicano e Internacional”; “Especialización de la criminalología: las criminalologías específicas”; “Visión jurídica del narcotráfico en México”; “Medicina legal una necesidad imperativa en México y Estados Unidos de América”; “El artículo 1904 del TLCAN: una reflexión a la luz del principio de legalidad”; “La supervisión social en el proceso de fiscalización como estrategia de combate a la corrupción”; y, “La Unión Europea: a 60 años de los tratados de Roma”.

Por lo que se refiere a **Tópica jurídica** se publican: “La implementación de prácticas de gobierno corporativo en la administración pública”; ”Reflexiones en materia de movilidad: caso UBER”; “Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad y el Derecho de Familia, el caso del Distrito Federal”; “El idealismo alemán. I. Immanuel Kant”; y, “Constitución Política de la Ciudad de México (Derechos y restricciones)”.

En **Recensiones**, se analizan las siguientes obras: *Psicopatología Forense. Derecho, neurociencias y sistema de justicia penal*, de Eric García-López Et Al., Bosch, realizada por la doctora Dora García, México, 2016; *Visión integral del sistema nacional de combate a la corrupción*. INACIPE-PGR-Universidad Anáhuac, México, 2015, por Alejandro Romero Gudiño; y por último, *Interpretación judicial internacional* de Guillermo Estrada Fontamara,

2016, UNAM-Posgrado en Derecho elaborada por la licenciada Eréndira Salgado Ledesma.

En la sección **Internacional** se editan: “Acuerdo Transpacífico de Comercio, en relación al sector de energía y recursos naturales” (*The transpacific partnership agrément in relation to the energy and natural resources sector*); “Notas sobre el ‘Terrorismo de Estado’ en la sociedad brasileña” (*Notas sobre o Terrorismo de Estado’ Na Sociedade brasileira*); “Inmigrantes indocumentados, acceso a la salud y una enfermedad narrativa” (*Undocumented immigrants, healthcare access and an illness narrative*); “La perspectiva multinivel de protección de los derechos humanos en la Federal Corte Suprema de Brasil” (*A perspectiva de proteção multinível dos direitos humanos no Supremo Tribunal Federal do Brasil*); “Asilo político a las avesas: de la humanización del derecho al derecho a la humanización” (*Asilo político ás avessas: da humanização do direito ao direito a humanização*);

En cuanto a los **Derechos Humanos y Responsabilidad Social**, publicamos: “Los derechos humanos como discurso metametodológico: um modelo para armar”; “Violación a los derechos humanos: su reparación integral, justa indemnización y daños punitivos”; “La fundamentación de los derechos humanos em Bartolomé de las Casas”; “Institucionalización Vs. Vivencia de los derechos humanos em México: um análisis desde la sociología jurídica”; y “El principio de dignidade humana a la luz del bioderecho internacional”.

Por último, en **Documentos históricos**, damos a conocer el discurso *Palabras de un Muerto* que preparó Belisario Domínguez, médico y senador por el Estado de Chiapas. Se denomina *Palabras de un Muerto*, toda vez que don Belisario lo escribió en contra del dictador Victoriano Huerta. Cuando el Presidente del Senado lo leyó le dijo a Belisario lo leyera al día siguiente en la Cámara de Senadores. En seguida el Presidente del Senado se lo mostró a Huerta, y éste en represalia mandó cortarle la lengua y matarlo. Al siguiente día se pronunció en el Senado: *Palabras de un Muerto*.

DR. BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

ESTUDIOS VARIOS

LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA, UN ANÁLISIS A PARTIR DE SU OBLIGATORIEDAD, EFECTOS E IMPLEMENTACIÓN

JUAN CARLOS ABREU Y ABREU*

a Maktub

“... existe una a “justicia de los vencedores” que se aplica a los derrotados, a los débiles y a los pueblos oprimidos, con la connivencia de las instituciones internacionales, el silencio encubridor de gran parte de los juristas académicos, la complicidad de los medios masivos de comunicación y el oportunismo de un número creciente de las llamadas “organizaciones no gubernamentales” que, en realidad, están al servicio de sus propios gobiernos y conveniencias”.

Danilo Zolo

La justicia de los vencedores

RESUMEN

El presente artículo está dedicado a analizar la labor de la Corte IDH a partir de las decisiones adoptadas en el ejercicio de su función contenciosa. La intención aquí es precisar las condiciones que hacen de las sentencias interamericanas decisiones trascendentales para el mantenimiento del orden regional de protección de los derechos humanos.

Palabras clave: Convención Americana de Derechos Humanos. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sistema jurisdiccional de protección de los derechos humanos.

Recibido: 30/05/17 Aprobado: 15/07/17.

* Universidad Nacional Autónoma de México. jabreuy@derecho.unam.mx

ABSTRACT

This article is made to analyze the work of the IA Court HR from the resolutions taken in its litigious function. The aim is to specify the conditions that make the Inter American resolutions important for the regional order of protection of the human rights.

Key words:

American Convention on Human Rights. Inter American System on Human Rights. Inter American Court of Human Rights. Jurisdictional System on Human Rights

PREÁMBULO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha alcanzado —en corto tiempo y en un contexto poco favorable—, tres cualidades que son básicas para que un órgano jurisdiccional produzca sus mejores efectos: legitimidad, confianza y autoridad.¹

El despliegue de las funciones de la Corte Interamericana, está marcado por la situación política e institucional por la que atraviesan los países de la región. La legitimidad, confianza y autoridad que hoy ostenta el *Tribunal de San José* se debe, en gran medida, al ejercicio pertinente de su función contenciosa, interviniendo a favor de las víctimas en los casos donde los remedios nacionales han fallado en su misión de proteger y garantizar los derechos fundamentales.

Desde los primeros casos conocidos por el órgano judicial interamericano —*Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz*—² a finales de la década de los 80's, los jueces reconocieron la importancia del precedente que establecería su decisión en una época de transición.

En el contexto de la caída de las dictaduras militares y el retorno de las democracias en la mayoría de los países de la región, trascendentales resoluciones, como las de los casos hondureños, inauguraron una cadena de jurisprudencias en materia de desapariciones forzadas que reivindicaron el anhelo de justicia de las víctimas y sus familiares.

Si bien es cierto que —pese a los esfuerzos internacionales y nacionales—, la herencia histórica del conflicto que dejaron las violaciones sistemáticas a los derechos humanos, protagonizadas por los gobiernos autoritarios del siglo pasado no se ha superado del todo,³ la intervención de la Corte Interamericana ha sido relevante para el esclarecimiento de los hechos acaecidos en el pasado reciente.

¹ JORGE ULISES CARMONA TINOCO, “Evolución y perspectivas de la participación de los Estados en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años...* p.1.

² Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. *Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4 y Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. *Fondo*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5

³ Al respecto: Dutrénit Silvia y Varela Gonzalo, *Tramitando el pasado. Violaciones de los derechos humanos y agendas gubernamentales en casos latinoamericanos*, Flacso México-Clacso, México, 2012.

Al mismo tiempo, las sentencias de la Corte han propiciado el desarrollo jurisprudencial de otros derechos humanos, sean de corte individual o social. La libertad de expresión, los derechos de las mujeres, los derechos de la infancia, las garantías judiciales, la propiedad comunal, entre otros, han alcanzado en la jurisprudencia interamericana dimensiones no previstas por los instrumentos nacionales.

I. LAS SENTENCIAS INTERAMERICANAS

En tanto tribunal regional, la función principal de la Corte Interamericana es resolver sobre la responsabilidad internacional del Estado en casos concretos de violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Americana y, si fuera el caso, determinar las medidas necesarias para reparar en lo posible el daño ocasionado a las víctimas.

Las resoluciones dictadas por el Tribunal de San José, en el ejercicio de su función contenciosa son consideradas como sentencias jurisdiccionales y una primera precisión sobre éstas es que pueden ser de diferentes tipos, dependiendo de la etapa procesal en que sean dictadas.

En efecto, si bien en el sentido tradicional del término sentencias serían solamente aquellas decisiones que ponen fin al procedimiento contencioso,⁴ en el Sistema Interamericano el concepto se extiende a las decisiones de la Corte que recaen a las excepciones preliminares, las que aclaran el contenido y alcances de la resolución del caso, las que establecen indemnizaciones y reparaciones, así como las que determinan la adopción de medidas provisionales.

Durante los primeros años de operación del tribunal interamericano los jueces solían dictar tres sentencias consecutivas, excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Hoy en día, en un esfuerzo por reducir los tiempos y costos del procedimiento, los jueces interamericanos han optado por concentrarlas tres resoluciones en un mismo fallo.

Así tenemos que sentencias en el Sistema Interamericano son: *i)* tanto las resoluciones sobre excepciones, fondo y reparaciones, *ii)* como las decisiones sobre medidas provisionales y la interpretación del fallo que concluye el procedimiento.

Nuestro texto se enfoca en el análisis de las sentencias que ponen fin al procedimiento contencioso —esto es, las recaídas al fondo del asunto y las reparaciones—. No obstante, me pareció importante destacar los alcances del término en el Sistema Interamericano en el entendido que todas éstas resoluciones, salvo las relativas a la interpretación del fallo de fondo, engendran “obligaciones internacionales de cumplimiento ineludible e inexcusable”⁵ para todo Estado que resulte responsable.

⁴ Una sentencia en sentido tradicional es “la resolución que pronuncia el juez o tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto controversia, lo que significa la terminación formal del proceso”. Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano, t. VIII, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, p. 105.

⁵ Extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia del 10 de mayo de 2010 sobre la Obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Cfr. Diálogo Jurisprudencial, Vol. 8, p.14.

II. EL CARÁCTER OBLIGATORIO Y VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS INTERAMERICANAS

No obstante que el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana parece estar fuera de discusión, encuentro necesaria una referencia detallada de los elementos que hacen de las sentencias interamericanas decisiones de observancia obligatoria para los Estados miembro del Sistema Interamericano.

La obligatoriedad como característica de las sentencias dictadas por la Corte regional se funda en dos argumentos básicos, uno consuetudinario y otro convencional. Ambos fundamentos lejos de ser contradictorios, sostiene el mismo autor, se complementan entre sí para reforzar la idea de que las decisiones regionales deben ser obligatoriamente implementadas en los Estados condenados.⁶

Respecto al primer argumento, la experiencia estatal parece demostrar que en la última década —al menos en los países Latinoamericanos— se ha construido una costumbre internacional de considerar obligatorias a las sentencias interamericanas. Países como Perú, Argentina, Costa Rica, Colombia, Guatemala, Chile, Ecuador, Bolivia, República Dominicana y recientemente México, donde se “ha ido formando una práctica acompañada de *opinio iuris* que manifiesta la creación de una costumbre internacional.”⁷ En efecto, se ha reconocido el carácter obligatorio de las sentencias interamericanas como *obligaciones internacionales de cumplimiento ineludible e inexcusable*.⁸

Por otra parte, en lo que toca al argumento convencional, el carácter vinculante de las sentencias de la Corte de San José se desprende del compromiso genérico de respetar y proteger los derechos humanos adquirido por los Estados al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

En el Sistema Interamericano la garantía de los derechos humanos es una responsabilidad que corresponde originalmente a los Estados miembros. De esta forma, tan solo en los casos de incumplimiento o ineficacia de los remedios nacionales el Pacto de San José autoriza la intervención de la Corte Interamericana para disponer que *se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados* y, cuando sea procedente, *se reparen las consecuencias de la de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada* (art. 63.1 de la CADH).

⁶ MANUEL BECERRA RAMÍREZ, “Control de cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos”, en Corzo, Carmona y Saavedra (Coord.), *El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch-Corte Interamericana-UNAM, México, 2013, p. 67.

⁷ MANUEL BECERRA RAMÍREZ, “Control de cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos”, en Corzo, Carmona y Saavedra (Coord.), *El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch-Corte Interamericana-UNAM, México, 2013, p. 67.

⁸ Extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia del 10 de mayo de 2010 sobre la Obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Crf. Diálogo Jurisprudencial, Vol. 8, p.14.

El texto interamericano precisa también que toda sentencia de la Corte tendrá carácter *definitivo e inapelable* (art. 67 de la CADH) y que los Estados están obligados a cumplirla *en todo caso en que sean partes* (art. 68.1 de la CADH).

Esta calificación que hace la Convención de las sentencias de la Corte como definitivas y obligatorias se traduce en dos situaciones particulares: primero, que las decisiones del tribunal regional no son susceptibles de ser modificadas por ninguna otra autoridad y segundo, que los miembros del sistema se han comprometido jurídicamente a cumplirlas.⁹

Asimismo, las reglas de la Convención Americana estipulan que el ejercicio de la función contenciosa de la Corte Interamericana se encuentra supeditada al reconocimiento voluntario de su jurisdicción por los Estados miembros (art. 62 CADH). Por tanto, el tribunal regional únicamente tiene jurisdicción sobre aquellos Estados que además de haber ratificado el Pacto de San José, han aceptado explícitamente someter sus acciones al escrutinio de los jueces interamericanos.¹⁰

Así las cosas, el carácter obligatorio y vinculante de las sentencias interamericanas descansa primero en el hecho de que las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto tratado internacional, deben observarse en los Estados parte como normas obligatorias que habrán de ser cumplidas de buena fe (*principio pacta sunt servanda*);¹¹ y segundo, en el reconocimiento de la autoridad del tribunal regional por los Estados parte de la Convención.

Ambas precisiones, la ratificación de la Convención Americana y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, han servido a los jueces interamericanos como fundamento de sus decisiones desde los primeros años de operación del tribunal. No habían conocido aún de un caso contencioso, pero desde 1982 los jueces regionales tenían muy en claro que:¹²

[...] La Corte es, ante todo y principalmente, una institución judicial autónoma que tiene competencia para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención, y para disponer que se garantice a la víctima de la violación de un derecho o libertad protegidos por ésta, el goce del derecho o libertad conculcados (artículos 62 y 63 de la Convención y artículo 1 del Estatuto de la Corte). En virtud del **carácter obligatorio que tienen sus decisiones en materia contenciosa** (artículo 68), la Corte representa, además, el órgano con mayor poder conminatorio para garantizar la efectiva aplicación de la Convención [el énfasis es nuestro].

Un aspecto más que respecta al carácter vinculante de sus sentencias advierte la Corte Interamericana es que el compromiso del Estado de ejecutarlas se

⁹ FERNANDO SILVA GARCÍA, *Derechos Humanos. Efectos de las Sentencias Internacionales*, Porrúa, México, 2007, p. 43.

¹⁰ A la fecha, de los 23 Estados parte de la Convención 21 han reconocido la competencia contenciosa de la Corte. A saber: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

¹¹ Cfr. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, art. 26

¹² CorteIDH, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

extiende a todos los poderes y todos los órganos nacionales.¹³ Es decir, que las sentencias regionales vinculan tanto a las autoridades administrativas, como a las legislativas y judiciales.

De acuerdo a la Convención Americana, cuando el Estado declarado responsable esté constituido como una federación, como es el caso de México, la obligación de implementar las sentencias se reserva al gobierno nacional, quien deberá tomar las medidas necesarias para que las autoridades locales cumplan en lo que les corresponda con el mandato de la Corte (art. 28. 1 y 2).¹⁴ De esta forma las sentencias interamericanas vinculan a las tres esferas de gobierno en todos sus niveles.¹⁵

Tradicionalmente las decisiones de los tribunales, la CorteIDH incluida, tienen como finalidad resolver sobre la existencia de la violación a una norma del derecho—las disposiciones de la Convención en este caso—en una situación particular y respecto a personas determinadas. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente del tribunal americano —sobre todo a partir de 2006 con los casos *Barrios Altos*, *El Tribunal Constitucional* y, en especial, *La Cantuta*— revela que la Corte ha comenzado a poner énfasis en “señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos para todo el derecho interno de un país.”¹⁶

Ciertamente, en la sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso *La Cantuta*¹⁷ de 2006 notamos que para los jueces interamericanos:

Las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso Barrios Altos está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene **efectos generales**, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia [el énfasis es nuestro].

III. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS INTERAMERICANAS

El fin último del procedimiento contencioso seguido ante la Corte Interamericana es que el tribunal resuelva sobre la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana y, en su caso, establezca las reparaciones que resulten procedentes.

¹³ Cfr. Entre otros, CorteIDH *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia del 22 de noviembre de 2002. Considerando segundo; y *Caso Castillo Páez Vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia del 27 de noviembre de 2002. Considerando segundo.

¹⁴ Esta disposición se conoce como *cláusula federal* y fue introducida en el Pacto de San José por los representantes de los Estados Unidos de Norteamérica. Cfr. Harris, David, “Regional protection of human Rights: the Inter-American achievement”, en: Harris, David and Livingstone Stephen, *The Inter-American System of Human Rights*, New York, Oxford Clarendon Press, 1998, p. 13.

¹⁵ JUAN CARLOS HITTERS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 10, Julio-Diciembre, 2008, p. 146.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. Párr. 186.

En este sentido, las sentencias de condena dictadas por la Corte producen consecuencias tanto al exterior como al interior del Estado infractor. El efecto externo será el establecimiento de la responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional, mientras que el interno será la obligación de implementar medidas de reparación a favor de las víctimas.

1. Efectos al exterior del Estado

Para examinar el establecimiento de responsabilidad internacional del Estado como efecto de las sentencias interamericanas, resulta necesario desarrollar al menos una breve explicación sobre el concepto de la responsabilidad internacional del Estado, en lo general, y de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos, en particular.¹⁸

Con la intención de evitar caer en discusiones doctrinarias que puedan distraernos limito mi exposición al desarrollo de las precisiones contenidas en los *Draftarticles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*,¹⁹ elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI). Si bien este documento no ha alcanzado aún el carácter de norma jurídica, su referencia es obligada en la medida en que sus artículos concentran muchos de los grandes aportes de la jurisprudencia internacional y de la doctrina especializada.

De acuerdo a los *Draftarticles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, la responsabilidad de un Estado frente a la comunidad internacional se genera a partir de un *hecho internacionalmente ilícito* (art. 1º), entendido este último como la acción u omisión atribuible al Estado según el derecho internacional y que constituye una violación de una obligación internacional del mismo (art. 2º). Es decir, que el Estado será considerado internacionalmente responsable al momento en el que violenta, sea por acción o por omisión, una norma de derecho internacional vigente.

Aquí algo importante para mencionar es que la determinación de la existencia de responsabilidad estatal por incumplimiento de compromisos internacionales es una facultad concedida solo los órganos internacionales establecidos por los mismos tratados internacionales (el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio y la Corte Internacional de Justicia).

¹⁸ Elaborar una explicación respecto a la responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional es una tarea que reclama un estudio más profundo del que presento en estas pocas líneas. Lo cierto es que estamos frente a un fenómeno jurídico muy complejo, cuya naturaleza y alcances aun es objeto de fuertes discusiones entre los internacionalistas. Cfr. Aguiar, Asdrúbal, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 1997, pp. 75-78; también, Mejía Martha y Kaiser Stefan, “Responsabilidad internacional: un término, dos conceptos, una confusión”, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IV, 2004, pp. 411-437; y, Sucharitkul, Sompong, “State responsibility and International liability under International Law”, en: *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 1996, pp. 821-839.

¹⁹ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

Asimismo, de acuerdo a la jurisprudencia internacional la responsabilidad internacional es independiente de la voluntad del Estado y sus agentes.²⁰ Esto es, que el pronunciamiento del órgano internacional afecta al ente estatal en forma *objetiva y directa*, sin atenerse a los aspectos subjetivos de los individuos que quebrantaron la norma supra nacional.

Finalmente, otra característica fundamental —en realidad la consecuencia inmediata— del establecimiento de la responsabilidad internacional es que su declaración produce obligaciones jurídicas secundarias para el Estado infractor, las cuales se traducen básicamente en el deber de reparar los daños producidos por la conducta irregular.

La obligación de efectuar una reparación ante el incumplimiento de un compromiso internacional fue reconocido por la Corte de la Haya como *un principio de derecho internacional y aún un concepto general de derecho* en la bien conocida resolución del *Caso Chorzow Factory*²¹ de 1928.

El proyecto de artículos del CDI sigue la opinión de la Corte Internacional y en su parte segunda dispone como consecuencias del hecho internacionalmente ilícito las obligaciones de *cesación, no repetición y reparación*.²²

Ahora bien, la doctrina tradicional sobre la responsabilidad internacional aquí descrita resulta aplicable —en tanto concepto y efectos— a situaciones donde el Estado vulnera el orden establecido por un tratado en materia de derechos humanos. Sin embargo, el régimen particular de los derechos humanos exige que tal doctrina sea matizada en virtud de que en este campo los elementos básicos de la responsabilidad (sujetos, objeto y fin) cambian.

En efecto, si bien es cierto que en el ámbito de los derechos humanos el régimen de la responsabilidad no abandona totalmente el sistema de obligaciones recíprocas entre Estados soberanos,²³ la relación de responsabilidad generada por la inobservancia de un tratado internacional en la materia la entabla el Estado frente a los individuos sujetos a su jurisdicción, quienes tienen a su vez la posibilidad de exigir el cumplimiento de las disposiciones del instrumento.

Podríamos entonces afirmar que en el régimen de la responsabilidad por violaciones a los derechos humanos “[...] existe una relación triangular, donde se relacionan el Estado obligado, los súbditos y todos los demás Estados como garantes del de los derechos humanos”²⁴.

Asimismo, la jurisprudencia europea e interamericana destacan que, contrario otros instrumentos internacionales, el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos es la protección de los derechos esenciales de la persona humana; por

²⁰ Cfr. Corte Internacional de Justicia, *Caso Chorzow Factory*, 1928 PCIJ, serie A, núm. 17.

²¹ Cfr. Corte Internacional de Justicia, *Caso Chorzow Factory*, 1928 PCIJ, serie A, núm. 17, pág. 29.

²² *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos...*, arts. 30 y 31.

²³ Al respecto: Aguiar, Asdrúbal, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 1997, p. 178.

²⁴ CLAUDIO NASH, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, Chile, p. 11.

tanto, el respeto a sus disposiciones no puede nunca supeditarse a los intereses de los Estados firmantes.²⁵

Las precisiones hasta aquí apuntadas me permiten arribar finalmente al análisis del régimen de la responsabilidad internacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al respecto, el primer apunte a considerar es que el régimen de responsabilidad establecido por la Convención Americana se adhiere a la doctrina general de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos; no obstante, en tanto tratado de derechos humanos dicho régimen debe ajustarse a las precisiones o especificidades que señale en líneas anteriores.

Así, de acuerdo a las reglas del derecho regional toda infracción al texto convencional es fuente de responsabilidad para las naciones americanas. En este sentido, la labor de la Corte Interamericana al resolver un caso contencioso será “[...] determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención”²⁶.

La responsabilidad por violaciones a la Convención —ha señalado la misma Corte— puede generarse tanto por actos como por omisiones de cualquier poder u órgano del Estado.²⁷ Aquí el tribunal interamericano sigue claramente los parámetros establecidos en los *Draftarticles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (citados antes), al considerar al Estado como responsable directo cuando representantes actúan en discordancia con lo dispuesto en texto convencional e indirecto cuando los mismos no intervienen en los casos en que los particulares afectan los derechos protegidos en el instrumento.

Además, la doctrina general de la responsabilidad por incumplimiento de deberes internacionales es aplicable al régimen interamericano en cuanto al fundamento objetivo y directo de la responsabilidad. En el ámbito americano la responsabilidad del Estado es tan independiente de la voluntad de su gobierno o de sus representantes que —como afirmó la Corte en *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*— ésta “[...] subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete ilícito que genera la responsabilidad y aquél en el que ella es declarada”²⁸.

Por otra parte, el régimen de la responsabilidad del Estado dentro del Sistema Interamericano se aleja de la doctrina general del derecho internacional al momento

²⁵ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Austria vs. Italy*, Application No. 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, pp. 138 y 140; en el mismo sentido: CorteIDH, Opinión Consultiva OC/2/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre derechos humanos (arts. 74 y 75)*, párr. 29.

²⁶ Cfr. Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de junio de 1988. Serie C. No. 4, párr. 173.

²⁷ Es a partir de la sentencia de La última tentación de Cristo Vs. donde la Corte Interamericana establece con claridad que la responsabilidad se produce en el momento en que el Estado actúa en contravención a una norma obligatoria, sin que exista necesariamente un daño o culpa del agente estatal. Cfr. CorteIDH, caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 72.

²⁸ Cfr. Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de junio de 1988. Serie C. No. 4, párr. 184.

en que analizamos el objeto, los fines y los sujetos para los que fue diseñado el documento base del sistema, la Convención Americana de Derechos Humanos.

Si recordamos, el compromiso de respetar y garantizar los derechos humanos adquirido por los Estados al ratificar la Convención no tuvo otro objeto más que la protección de *toda persona, independientemente de su nacionalidad*. Esto implica que los intereses de los países miembros del sistema quedan supeditados al compromiso común de proteger los derechos de la persona humana.

En consonancia con lo anterior, la responsabilidad estatal en el Sistema Interamericano se entabla en razón de los individuos —nacionales o extranjeros— sujetos a la jurisdicción de la Convención al momento en que sus derechos humanos son menoscabados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.²⁹ La responsabilidad frente los demás Estados miembros será en este caso secundaria, en su carácter de garantes del respeto a los derechos humanos.³⁰

Finalmente, la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado dictada por la Corte Interamericana a través de sus sentencias tiene como consecuencia inmediata el surgimiento de un deber secundario de reparación.

2. Efectos al interior del Estado

Considerado un principio general del *derecho de gentes*,³¹ el deber del Estado de reparar sus infracciones al orden internacional adquiere dimensiones muy particulares tratándose de violaciones a tratados sobre derechos humanos. Cuando la responsabilidad deviene de una violación a la Convención Americana, las reparaciones adquieren rasgos aún más precisos.

La naturaleza *erga omnes* de las obligaciones del estado en materia de derechos humanos tiene implicaciones inmediatas sobre los fines de las medidas de reparación originadas a partir de su incumplimiento.

Además de proporcionar a las víctimas una compensación por los daños provocados por la violación de sus derechos y de buscar producir un efecto disuasivo sobre los responsables de tales violaciones —como ocurre en el derecho privado—, las reparaciones ordenadas en materia de derechos humanos se dirigen también a la conservación del orden normativo creado a partir instrumento internacional así como del estado de derecho.³²

En este sentido, a través de sus medidas de reparación la CorteIDH se distingue de otros tribunales internacionales al provocar importantes cambios normativos y políticas públicas de trascendencia que en conjunto logran la protección o restauración de la estabilidad institucional del Estado.³³

²⁹ Cfr. Corte IDH, *caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 173.

³⁰ Cfr. RODRÍGUEZ MANZO, GRACIELA et. al., *Responsabilidad y reparación: un enfoque de derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal-Universidad Iberoamericana-FUNDAR, México, 2007, p. 86.

³¹ Cfr. Corte Internacional de Justicia, *Caso Chorzow Factory*, 1928 PCIJ, serie A, núm. 17

³² Al respecto: Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 1999, pp. 49-52.

³³ Sobre el tema existen ya varios estudios otros: Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 1999; Nash, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana...*;

El examen de las reparaciones interamericanas comienza con la identificación del fundamento de la facultad de la CorteIDH para dictar medidas reparatorias. Dicho fundamento se encuentra en el artículo 63.1 de la Convención Americana, que a la letra establece:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

El artículo 63.1 de la Convención, a decir de la Corte Interamericana, “constituye una norma consuetudinaria que es además, uno de los principios fundamentales de derecho de gentes tal como lo han reconocido esta Corte y la jurisprudencia de otros tribunales”.³⁴ Sin embargo, como mencioné líneas atrás, la particularidad de este precepto es que concede potestades muy amplias a la Corte en comparación a otros instrumentos regionales.

En efecto, si tomamos como parámetro el caso europeo —el más antiguo y para muchos el más avanzado de los sistemas regionales de protección de derechos—, veremos que las facultades concedidas a la Corte por Pacto de San José son significativamente más amplias.

Aunque el Convenio Europeo reconoce la facultad del Tribunal de Estrasburgo para ordenar reparaciones, ésta es realmente limitada. De acuerdo a las disposiciones del Convenio, la Corte está obligada a verificar si el derecho interno del Estado responsable permite reparar las consecuencias de la violación antes de dictar cualquier *satisfacción equitativa* a la parte perjudicada.³⁵

Por el contrario, el artículo 63.1 del Pacto de San José —han dicho los jueces interamericanos—³⁶ en ninguna parte:

[...] hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del estado responsable de la infracción, de manera que aquella no se establece en función de los efectos, imperfecciones o insuficiencias del Derecho nacional, sino con independencia del mismo.

La consecuencia inmediata de la interpretación de los jueces interamericanos sobre el texto convencional es que sus sentencias, a diferencia de las de otros

García Ramírez, Sergio, “Las reparaciones en el Sistema Interamericano de derechos humanos”, en: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del Siglo XX*, T. I, 2^a ed., CorteIDH, San José, 2003, pp. 128-158; Saavedra Alessandrini, Pablo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las reparaciones ordenadas y el acatamiento de los Estados”, en: *Los instrumentos de protección regional e internacional de los derechos humanos. Memorias del seminario*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión – Secretaría de Relaciones Exteriores, México 2004, pp.185-220.

³⁴ CorteIDH, Caso Aloboetoe y otros vs. Surinam. *Reparaciones y costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 43.

³⁵ Vid. Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 41.

³⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. *Reparaciones y costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 30.

tribunales, van más allá de la mera declaración de responsabilidad internacional contra un Estado parte y establecen medidas específicas de reparación para las autoridades nacionales. Así, el régimen interamericano de reparaciones es el más amplio en orden internacional de los derechos humanos.

El régimen regional de reparaciones por violación a normas de derechos se ha desarrollado en la práctica. Atendiendo a las complejidades de las violaciones de derechos humanos expuestas en cada caso contencioso y ante la eficacia de los instrumentos nacionales para conceder remedios suficientes a las víctimas,³⁷ el régimen de reparaciones de la CorteIDH se ha hecho cada vez más amplio y detallado.

Así, desde las sentencias de reparaciones y costas dictadas para los casos hondureños *Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz* de finales de los 80's, donde los remedios consistieron básicamente en la investigación de los hechos y la indemnización por daños materiales y morales, la Corte ha ampliado su catálogo de reparaciones hacia al menos dieciséis tipos diferentes de remedios.³⁸

Los criterios del tribunal interamericano para dictar tan diversas medidas se fundan en un concepto amplio de reparación. Lo que puede constatarse, entre otras, en la decisión sobre las reparaciones del caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina,³⁹ donde la CorteIDH sostuvo que:

[...] La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc.

Con base en esta amplia noción de reparación y en atención a las circunstancias particulares de cada caso, las sentencias de la Corte pueden incluir los siguientes remedios:

- a) La sentencia de fondo. Para los jueces interamericanos la propia sentencia que declara la responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos constituye en sí una forma de reparación.⁴⁰

³⁷ Cfr. Farer, Tom, "The rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a unicorn, not yet an ox," en: Harris, David J. y Livingstone, Stephen, *The Inter-American Human Rights System...* p. 47.

³⁸ Esta cifra se desprende de la clasificación de las reparaciones ordenadas por la CorteIDH elaborada por Pinto Basto Lipi, Adré Lipp y de Azevedo Marques, João Martim, "Las órdenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Poder Judicial de los Estados", en: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 39, No. 111, Colombia, Julio-Diciembre de 2009, pp.227-252.

³⁹ Cfr. CorteIDH, Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. *Reparaciones y Costas*. Sentencia del 27 de agosto de 1998, párr. 41.

⁴⁰ De acuerdo al criterio de la Corte Interamericana emitir una sentencia en donde se entre al fondo del asunto constituye una forma de reparación para la víctima y sus familiares. Esto aplica incluso para los casos donde el Estado decide allanarse. Cfr. CorteIDH, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 115 y 116.

- b) Medidas que aseguren la plena restitución (*restitutio in integrum*) de la situación al estado anterior a la violación, entre las que se encuentran: reintegración a un cargo público, restablecimiento de la nacionalidad de un individuo, etcétera.
- c) Medidas de compensación, que básicamente comprenden el pago de indemnizaciones por los daños ocasionados así como de los gastos y costas del litigio.
- d) Medidas de satisfacción y no repetición. Tienden a ser las medidas más diversas, como: realización de campañas de sensibilización, adecuación de las normas nacionales, modificación de las políticas públicas, un homenaje público o la conclusión de la investigación y castigo a los responsables de las violaciones.

Como se advierte, el contenido de las reparaciones en el Sistema Interamericano no se limitan medidas exclusivamente pecuniarias, sino que favorece la aplicación de remedios que, más allá de reparar el daño para las víctimas, permitan resolver los problemas estructurales que hacen posibles las violaciones de los derechos humanos y permitan prevenirlas.

En este sentido, sería viable considerar que la postura del tribunal interamericano responde en gran medida a la presencia de patrones sistemáticos de violación y a las dificultades estructurales que existen en nuestro continente para la tutela efectiva de los derechos.⁴¹

IV. IMPLEMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS INTERAMERICANAS

De acuerdo a las reglas del Sistema Interamericano las sentencias de la CorteIDH—en tanto excepciones, fondo, reparaciones y medidas cautelares—deben ser cumplidas por los Estados miembros de *buena fe*. Esto es, en forma voluntaria por las autoridades nacionales.

Más allá de lo específica que pueda ser la sentencia y aún cuando el Reglamento interno del Tribunal de San José faculta a los jueces para supervisar el cumplimiento de las mismas,⁴² la base del Sistema Interamericano se encuentra en el consentimiento de los Estados partes.

De esta forma, no existe en el Sistema Interamericano, ni en ninguno de los otros sistemas regionales de protección de derechos, disposición alguna que permita forzar a los Estados miembros para respetar los compromisos convencionales.

⁴¹ No obstante las reparaciones que dispone la Corte se producen dentro de un procedimiento de casos individuales, Claudio Nash observa que “[...] Las violaciones de derechos humanos en el Sistema Interamericano siguen operando con patrones sistemáticos. Si bien pueden no corresponder a violaciones masivas y sistemáticas, son violaciones estructurales de derechos humanos, donde la organización del Estado permite y facilita las violaciones de derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población. De ahí que las reparaciones que muchas veces se ve obligada la Corte a disponer, corresponden más bien a reparaciones de violaciones masivas y sistemáticas y no necesariamente la reparación de casos individuales, ampliando la idea de reparación a nuevos campos de acción.” Nash, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana...*, p. 27.

⁴² Cfr. Reglamento Interno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, art. 69.

En todo caso, la única exigencia que encontramos en la Convención⁴³ y en la jurisprudencia de la Corte⁴⁴ es que las decisiones del tribunal sean de cumplimiento directo a nivel local (auto ejecutables o *self executing*). Es decir, que sean obedecidas como si fueran sentencias nacionales y no supeditar su implementación a un procedimiento previo de homologación.

Por lo demás, la Convención Americana confía la ejecución de las sentencias de la Corte a los ordenamientos jurídicos nacionales y deja en manos de las autoridades estatales la elección de los mecanismos para su implementación, salvo una única excepción.

El artículo 68.2 de la Convención Americana dispone explícitamente que tratándose de sentencias sobre reparaciones, *la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado*. Lo que sería el conocido procedimiento para reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado.

Ahora bien, considerando que las sentencias del tribunal interamericano —en concreto aquellas relativas a las reparaciones— contienen órdenes mucho más complejas que el pago de indemnizaciones, en los últimos años varios países de la región Latinoamericana han comenzado a desarrollar mecanismos específicos para su implementación.

De acuerdo con una investigación realizada en 2007 por el *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional* (CEJIL),⁴⁵ países como Colombia, Perú, Brasil, Paraguay, Argentina, México, Guatemala, Ecuador, Costa Rica, Chile y Panamá han ideado diversos mecanismos que van desde la creación de organismos especializados en derechos humanos y pronunciamientos jurisprudenciales, hasta leyes específicas para la implementación de decisiones la Corte Interamericana.

En particular las leyes de implementación de sentencias, han sido bien recibidas por un grupo destacado de actores del Sistema Interamericano, entre ellos algunos jueces de la Corte Interamericana⁴⁶ y organizaciones no gubernamentales.⁴⁷

No obstante, al día de hoy solo un par de países cuentan con normas de esta naturaleza, Colombia (Ley 288/96 de 5 de julio de 1996) y Perú (Ley 27.775 de 27 de junio de 2002).

⁴³ Uno de los compromisos adquiridos por los Estados parte de la Convención Americana es el adoptar a nivel local las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en la misma. Cfr. CADH, art. 2º.

⁴⁴ Cfr. CorteIDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 22.

⁴⁵ Cfr. Krstecevic, Viviana y Tojo Liliana (coord.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Buenos Aires, 2007.

⁴⁶ Entre otros: vid. CorteIDH, caso García Prieto y otros Vs. El Salvador. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, Voto concurrente del Juez García Ramírez, párr. 11.

⁴⁷ El mismo Centro por la Justicia y el Derecho Internacional ha elaborado documentos donde recomienda la adopción de leyes nacionales de implementación de sentencias interamericanas. Cfr. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aportes para los procesos legislativos*, CEJIL, Buenos Aires, 2009.

V. LAS SENTENCIAS INTERAMERICANAS, ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE SU EFECTIVIDAD

En un sentido amplio, las acciones contra el Estado son una evaluación de la razonabilidad de su actuar en su contexto, la necesidad de proteger a la sociedad y la rectitud al conceder a las víctimas una reparación al daño ocasionado;⁴⁸ de aquí surgen varias críticas y consideraciones: ¿es el remedio lo suficientemente efectivo como para modificar el comportamiento de los representantes del Estado? Esta es precisamente la preocupación central de las discusiones actuales sobre el funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Tras un largo y accidentado proceso de conformación, el Sistema Interamericano cuenta hoy con reglas definidas y órganos de garantía consolidados. No obstante, la efectividad del sistema para incidir en el actuar de los Estados es un aspecto frecuentemente debatido.

En particular, el cumplimiento de las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericanas parece ser el tema que preocupa en mayor medida a los actores y estudiosos del sistema regional de protección de derechos.

Aunque no existen cifras oficiales sobre el grado de cumplimiento de las decisiones adoptadas por la CorteIDH, las sentencias de supervisión de cumplimiento y los informes anuales del presidente de la misma nos permiten tener una noción de cómo y en qué forma están respondiendo los Estados a las órdenes del tribunal.⁴⁹

Si bien cada uno de esos estudios aborda el tema desde una metodología propia, ambas coinciden en que los niveles de cumplimiento de las sentencias interamericanas no son tan elevados como podría desearse. De acuerdo con González-Salzberg, hacia finales de 2008 tan solo 8 de las 68 decisiones de la Corte fueron implementadas en todos sus puntos.⁵⁰ De un total de 41 sentencias de la CorteIDH, dictadas entre el primero de junio de 2001 y el 30 de junio de 2006, tan sólo el 36% habían sido cumplidas en su totalidad para el año 2010.⁵¹

Así las cosas, mientras las medidas de tipo pecuniario (indemnización y gastos y costas) son cumplidas en alto grado, otras como la investigación y sanción

⁴⁸ DINAH SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 1999, p. 52.

⁴⁹ Con base en la información concentrada en las sentencias de supervisión y los informes anuales la doctrina ha elaborado algunos estudios cuantitativos —muy pocos en realidad— sobre la observancia de las decisiones de la Corte. Cfr. González-Salzberg, Demián, “The effectiveness of the Inter-American Human Rights System: a study of the American State's compliance with the judgments of the Inter-American Court of Human Rights”, en: *International Law Review: Revista colombiana de Derecho internacional*, No. 15, enero-junio de 2010, pp. 115-142; también “La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: Un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en: *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 15, diciembre 2009, pp. 117-134. Asimismo, Cfr. Basch, Fernando, et. al., “La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”, en: *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 12, Vol. 7, junio 2010, pp. 9-34.

⁵⁰ DEMIÁN GONZÁLEZ-SALZBERG, “The effectiveness of... p. 129.

⁵¹ Basch, Fernando, et. al., Op. Cit. p. 18.

de los hechos violatorios o la modificación de la legislación nacional son incumplidas en la gran mayoría de los casos.

Por otra parte, a la falta de uniformidad en el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la CorteIDH se une el largo tiempo de espera que toma a los Estados cumplirlas. Los países que han cumplido con la sentencia en su totalidad se demoraron en promedio un año y ocho meses.⁵²

Todos estos obstáculos y retrasos en la implementación de las sentencias dictadas por la Corte evidentemente afectan la efectividad del Sistema Interamericano en su conjunto. Pero más allá de esto, los que resultan directamente afectados son las víctimas y sus familiares.⁵³

La resistencia de algunos Estados para cumplir con las sentencias interamericanas se traduce en una re-victimización o triple victimización de las personas que han sufrido violaciones a sus derechos humanos. La primera etapa de la victimización ocurre al momento en que son transgredidos los derechos humanos; la segunda cuando la víctima se ve obligada a acudir a instancias nacionales después de que los mecanismos internos han sido ineficaces para salvaguardar sus derechos; y la tercera cuando tienen que presionar al Estado para que ejecute la sentencia interamericana.⁵⁴

A grandes rasgos, las propuestas que se han formulado para incrementar los niveles de cumplimiento de las sentencias de la CorteIDH pueden dividirse en dos grupos, aquellas que apuestan por el fortalecimiento de los mecanismos regionales y las que se decantan a favor del establecimiento de procedimientos nacionales.

Sin soslayar la pertinencia de varias de las propuestas que apuntan a fortalecer los procesos regionales —entre estas la creación de un organismo especializado en supervisar el cumplimiento de las resoluciones de la Corte⁵⁵ y una mayor intervención de la Asamblea General de la OEA—,⁵⁶ para quien escribe este texto la clave de la efectividad de las sentencias de la Corte de San José, y del Sistema Interamericano en sí, se encuentra en manos de los Estados parte.⁵⁷

⁵² FERNANDO BASCH, *et. al.*, Op. Cit., p. 25.

⁵³ “[...] la víctima tiene que seguir negociando con las autoridades la ejecución de la sentencia y el otorgamiento de las operaciones.” Benavides, Luis, “La despolitización del proceso de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana”, en: Corzo Sosa, Edgar, Carmona Tinoco, Jorge Ulises y Saavedra Alessandrin, Pablo, *El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch-Corte Interamericana-UNAM, México, 2013, p. 91.

⁵⁴ Cfr. LUIS BENAVIDES, “La despolitización del proceso de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana”, en: Corzo Sosa, Edgard, Carmona Tinoco, Jorge Ulises y Saavedra Alessandrin, Pablo, *El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch-Corte Interamericana-UNAM, México, 2013, p. 91.

⁵⁵ Cfr. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, “Perspectivas y futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2007, p. LII.

⁵⁶ Cfr. VERÓNICA GÓMEZ, “The interaction between the Political Actors of the OAS, the Commission and the Court”, en: Harris, David J. and Livingstone, Stephen, *The Inter-American Human Rights System...* pp. 173-202.

⁵⁷ Mi opinión se adhiere a la posición adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dentro del Grupo de Trabajo “ad hoc” para el perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema interamericano de

Tal cual señalé, el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos es una vía subsidiaria o complementaria de las jurisdicciones nacionales. Aun cuando los Estados miembros abdicaron su soberanía en nombre del compromiso regional de respeto y garantía de los derechos humanos, éstos continúan siendo los principales responsables de la salvaguarda de los derechos.

Asimismo, encuentro que la efectividad de las decisiones de la Corte depende de la voluntad de las autoridades del Estado ya que al final son las estructuras nacionales las que resienten el impacto de las medidas ordenadas por el tribunal internacional.

En efecto, si tomamos en cuenta que el carácter obligatorio de las resoluciones de la Corte Interamericana deriva del compromiso general de respetar y garantizar los derechos humanos adquirido por los Estados Americanos al ratificar el Pacto de San José, así como de la aceptación voluntaria de la competencia contenciosa del tribunal regional, la inobservancia del orden interamericano por parte del ente estatal afecta directamente la legitimidad del mismo frente a sus ciudadanos y frente a la comunidad internacional.

Cuando los Estados no cumplen con los mandamientos de las normas internacionales de derechos humanos impuestas por voluntad propia, el estado de derecho se fractura y las autoridades pierden legitimidad para exigir a los gobernados la adecuación de su conducta al orden jurídico. Por el contrario, cuando los representantes del Estado asumen la implementación de las sentencias regionales como un compromiso internacional, las estructuras nacionales se revitalizan.⁵⁸

La historia reciente de América Latina revela que la presencia de la Corte Interamericana ha sido fundamental en los procesos de justicia transicional en los países que sufrieron el embate de las dictaduras y los régimes autoritarios en el último cuarto del siglo pasado.⁵⁹ A través de sus sentencias el tribunal regional ha contribuido tanto a la reparación de las violaciones a los derechos humanos en

defensa de los derechos humanos, creado la Reunión de Cancilleres celebrada en Costa Rica en el marco de la conmemoración del 20º aniversario de la Corte Interamericana. Como señala el entonces Presidente de la Comisión, Helio Bicudo, el posicionamiento de la Comisión dentro de Grupo de trabajo fue que “un aspecto esencial en el fortalecimiento del sistema es el del cumplimiento de las decisiones de la Corte y de los informes de la Comisión. Al respecto, es conveniente reiterar la obligación de los Estados de establecer procedimientos internos para posibilitar dicho cumplimiento.” Cfr. Bicudo, Helio, “Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Memoria del Seminario el sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, 2ª ed., t. I, CorteIDH, San José, 2003, p. 233.

⁵⁸ “In a government of laws, the existence of the government will be imperiled if it fails to observe the law scrupulously [...] For good or ill, it teaches the whole people by its example.” Schuck, Peter, citado por Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 1999, p. 50.

⁵⁹ Junto a otras medidas de tipo nacional, como la creación de comisiones de la verdad o juicios internos, la presencia de la CorteIDH ha sido importante en los procesos de transición a la democracia en la medida en que permite el juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos con independencia de las normas estatales que muchas veces pueden producir situaciones dudosas, “desde el prejuzgamiento sin un proceso ejemplativo hasta el encubrimiento de los culpables”. Cfr. Dutrénit Silvia y Varela Gonzalo, Op. Cit., pp. 74-75.

situaciones concretas, como al desarrollo de las estructuras nacionales de protección y garantía de los derechos humanos.

Luego entonces, me parece que los principales interesados en implementar las resoluciones de la CorteIDH debieran ser precisamente los entes nacionales, toda vez que la implementación efectiva de estos fallos es símbolo del compromiso del Estado para con el Sistema Interamericano y el estado de derecho.

Al mismo tiempo, la voluntad para cumplir con los fallos de la CorteIDH representa para el Estado la oportunidad de redimir los errores cometidos en la tarea de garantizar los derechos humanos y de adecuar sus normas y procedimientos internos a los estándares más elevados de protección.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, Asdrúbal, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 1997.
- BASCH, Fernando, *et. al.*, “La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”, en: Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos, No. 12, Vol. 7, junio 2010, pp. 9-34
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2007.
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aportes para los procesos legislativos*, CEJIL, Buenos Aires, 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Memoria del Seminario el sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, 2^a ed., t. I, CorteIDH, San José, 2003.
- CORZO SOSA, Edgar, Carmona Tinoco, Jorge Ulises y Saavedra Alessandrini, Pablo, *El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch-Corte Interamericana-UNAM, México, 2013.
- DUTRÉNIT, Silvia y VARELA Gonzalo, *Tramitando el pasado. Violaciones de los derechos humanos y agendas gubernamentales en casos latinoamericanos*, 1^a. Reimp., Flacso México-Clacso, México, 2012.
- HARRIS, David, “Regional protection of human Rights: the Inter-American achievement”, en: Harris, David and Livingstone Stephen, *The Inter-American System of Human Rights*, New York, Oxford Clarendon Press, 1998.
- GONZÁLEZ-SALZBERG, Demián, “The effectiveness of the Inter-American Human Rights System: a study of the American State’s compliance with the judgments of the Inter-American Court of Human Rights”, en: International Law Review: Revista colombiana de Derecho internacional, No. 15, enero-junio de 2010, pp. 115-142.
- “La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: Un análisis de los vaivenes jurisprudencia-

- les de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en: Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos, No. 15, diciembre 2009, pp. 117-134
- MEJÍA, Martha y KAISER, Stefán, “Responsabilidad internacional: un término, dos conceptos, una confusión”, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. IV, 2004, pp. 411-437.
- PINTO BASTO LIPI, Adré Lipp y DE AZEVEDO MARQUES, João Martim, “Las órdenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Poder Judicial de los Estados”, en: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 39, No. 111, Colombia, Julio-Diciembre de 2009, pp. 227-252.
- RODRÍGUEZ MANZO, Graciela et. al., *Responsabilidad y reparación: un enfoque de derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal-Universidad Iberoamericana-FUNDAR, México, 2007
- SHELTON, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 1999.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos Humanos. Efectos de las Sentencias Internacionales*, Porrúa, México, 2007.
- SUCHARITKUL, Sompong, “State responsibility and International liability under International Law”, en: *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, 1996, pp. 821-839.
- KRSTECEVIC, Viviana y TOJO, Liliana (coord.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Buenos Aires, 2007.

PERCEPCIÓN SOCIAL SOBRE LA JUSTICIA ENTRE JÓVENES UNIVERSITARIOS

MAURICIO ISIDRO ARELLANO CORTÉS*

RESUMEN:

La percepción y conocimiento de la justicia entre los jóvenes universitarios es fundamental para una sociedad algunos de los puntos más relevantes sobre el tema, son las instituciones encargadas de impartirla, el concepto que tienen sobre justicia, la percepción que tienen los estudiantes sobre si son o no justos con las demás personas y porqué lo son, además de una aproximación sobre si la Constitución y las leyes que emanan de ella realmente se hacen y aplican con justicia. Con esto se busca observar y analizar las diferentes interpretaciones que pueden tener los universitarios sobre la justicia.

Palabras clave: Justicia, Percepción, Instituciones, Confianza, Constitución, Ley.

ABSTRACT:

The perception and knowledge of justice among university students is fundamental for a society some of the most relevant points on the subject, the institutions responsible for imparting it, the concept they have about justice, the perception that students have about the child Not just with other people and why the child, in addition to an approximation about the Constitution and the laws that emanate from it really are done and applied with justice. With this we seek to observe and analyze the different interpretations that may have university students on justice.

Keywords: Justice, Perception, Institutions, Trust, Constitution, Law

INTRODUCCIÓN

Este texto es una investigación realizada en los primeros meses del 2014, en la Ciudad de México. Para llevarla a cabo se encuestó a estudiantes de universi-

Recibido: 31/07/17 Aprobado: 29/08/17

* Licenciado en Ciencia Política por el Tecnológico de Monterrey, Maestro en Administración y Política Pública por la Escuela de Graduados del Tecnológico de Monterrey. Correo electrónico: mauricio_arellano_cortes@hotmail.com

dades como: ITESM, UNAM, Anáhuac, IPN, Universidad Panamericana y marginalmente algunas más. Con lo cual se buscó encuestar a 300 estudiantes con la finalidad de obtener respuestas para conocer la resolución de algunas preguntas de sobre la percepción y comprensión de la justicia entre los jóvenes universitarios.

A lo largo de este trabajo, se aborda el tema de la justicia desde puntos de vista ampliamente diferenciados permitiendo establecer divisiones entre los diversos modos de percepción de la justicia entre los universitarios de la zona centro de nuestro país. Esto se vuelve importante pues es necesario saber si entre los jóvenes universitarios existe una noción completa o incompleta, correcta o incorrecta, deontológica o teleológica de la justicia, lo que permitiría a esa generación cuando menos un marco general para comprender y pensar a instituciones encargadas de impartir justicia así como sus procesos, en general, podríamos tener alguna idea sobre si los jóvenes pueden o no saber si estamos construyendo una sociedad justa.

Otro tema relevante es entender la idea y el conocimiento teórico de justicia de los universitarios, serán ellos, la próxima generación, la encargada de aplicarla a su propia realidad.

Siguiendo esta línea de trabajo, también abordaremos la percepción de los universitarios sobre la justicia y su relación con la Constitución, las leyes, la sociedad y el país en general. Pero además, al mismo tiempo se comienza con un análisis sobre como se piensan o piensan la aplicación del concepto de justicia a sus propias vidas.

El siguiente punto trascendente en el texto siguiente será saber si existe alguna relación entre la confianza y justicia, pues la gente puede tener o no tener confianza cuando se procesa a alguien en un acto con justicia o injusticia. Si lo vemos desde otro aspecto, pueden tener confianza en la institución pero pueden no tenerla en la resolución final de un caso o en la interpretación de la ley.

La justicia no es un tema trivial, durante siglos o mejor dicho milenios esta cuestión ha rondado en la mente de los más importantes y lúcidos pensadores de la humanidad: Aristóteles, John Stuart Mill, Amartya Sen, Hans Kelsen, Ulpiano, Hammurabi, Karl Marx, por no seguir con un lista enorme. No obstante, el tema de la justicia es un asunto inacabado para la humanidad pues no existe una única versión o significado en sí mismo de “la justicia”. Y su aplicación es aún más compleja, toda vez que muchas personas no tienen una idea clara sobre el particular al no haber estudiado ni una sola vez el concepto ni las teorías de la justicia, sin embargo, en realidad “la justicia” es un concepto ocupado por todas las personas en todo tiempo y situación.

Cabe aclarar que es muy diferente “creer” y “saber” un concepto, más aún en un tema tan complejo como este. Para el presente estudio se ocuparon algunas de las teorías más populares sobre la justicia y se presentan a continuación.

Una de las primeras frases que contienen un significado teórico de justicia “Ojo por ojo y diente por diente” de Hammurabi, resume la Ley del Talión.¹ Ac-

¹ Amuchatgeui G. explica en su libro “Derecho Penal” que también la ley del talión puede ser visto como los antecedentes del Derecho Penal dado que es fundamentalmente un acto de venganza, específicamente de la

tualmente, esta frase se puede clasificar dentro del principio de justicia redistributiva. Dicha ley buscaba imponer una pena del mismo tamaño a la persona que cometía un crimen, es decir, no se buscaba ejercer una equivalencia en la pena o castigo del criminal, se buscaba hacerlo pagar exactamente con la misma moneda con la que había dañado a la víctima.

Este es un importante avance en la humanidad en el tema de justicia, porque por primera vez de manera clara se entendía teórica y prácticamente el término “justicia” y por lo tanto se concebía lo moralmente válido, a la postre, se determinó que la venganza y la justicia son cosas distintas.

Asimismo la ley del Talión es importante porque con ella se busca que exista una respuesta fuera de proporción al daño sufrido.

Esta relación entre el bien y el mal no la dejemos de lado en el tema de la justicia, porque ha determinado la construcción y defensa de algunas de las teorías más importantes y millones de percepciones personales de justicia a través de la historia.

Otra de las teorías ocupadas dentro del estudio es la acuñada a Ulpiano: “La continua y perpetua voluntad de darle a cada quien su derecho”.² A lo largo de su obra se expone el término iustitia para referirse a obrar conforme a lo justo y bueno. Ahora bien, para poder comprender la definición de Iustitia se vuelve imperativo definir una palabra clave en su más célebre frase, *derecho*. Ulpiano plantea tres características para conformar el derecho de las personas: vivir honestamente, no hacer daño a nadie y darle a cada uno lo suyo.

Al estudiar la teoría de Justicia propuesta por Ulpiano resulta bastante práctica, pero es importante puntualizar su creación para la aplicación personal y social en el día a día de las personas. Esta idea de la justicia fue pensada para aplicarse de manera muy práctica y buscando a través de la ratio, conseguir justicia real para casos reales.

Otra importante teoría estudiada en la investigación es la de libertad como justicia, en la cual se apela a lo más justo entre los seres humanos “la libertad en si misma”, cada persona tiene derecho a obrar como mejor le conviene y es injusto privar a alguien de su derecho natural como se observó en la teoría iusnaturalista.

En este mismo sentido de teoría liberal de Justicia, nos encontramos con John Rawls quien establece en su libro “Teoría de la Justicia” una justicia liberal-contractualista, la cual propone varios principios de justicia para una sociedad. La idea principal de Rawls parte de la justicia como un acto de imparcialidad. Las personas libres y racionales, (de ahí el origen liberal de la teoría) podrían aceptar una igualdad equitativa al momento de su nacimiento avalada por las instituciones. Con esto, se brindaría una posición justa para todos al momento de nacer y no

venganza privada y podría también ser conocida como venganza de sangre. Este tipo de justicia por propia mano se ejecutaba en la antigüedad como medio de protección al individuo y a la sociedad en general.

² Para profundizar en este tema se recomiendan los libros del Dr. Juan Pablo PampilloBaliño, “Historia General del Derecho” y de Eugene Petit “Derecho Romano”. Ya que en ellos se puede estudiar el concepto y la aplicación del mismo en el derecho romano.

una desigualdad heredada por generaciones y generaciones. Todo lo cual se lograría si se aplicara el concepto: “velo de la ignorancia”, en el cual nadie sabe si será rico, profesionista, hombre o mujer, con capacidades diferentes a los demás, débil o fuerte. Por ello, todos al momento de ser ignorantes, aceptarían que todo fuera justo para con todos, porque el azar podría hacerlos nacer en una familia pobre o ser huérfanos o con alguna discapacidad o mujer en una sociedad machista, lo cual no sería viable toda vez que a nadie le gustaría y querría evitar esas injusticias si pudiera. Los principios de justicia enumerados son los siguientes:

- Iguales derechos y deberes para todos.
- Las desigualdades solo son justas si generan beneficios compensadores para todos los desafortunados.
- Todos deben de tener acceso igual a todos los cargos.

La justicia como equidad es una gran escuela teórica, sostenida en términos simples por la teoría marxista, en donde la igualdad material es justa porque los seres humanos debemos ser iguales. Esta teoría se basa en una idea de dominación ya que cuando existe un distanciamiento entre las fortunas privadas surgen los dominantes y los dominados, dando como resultado la formación de un sistema de gobierno tiránico sostenido por los burgueses, dueños de los medios de producción, que les roban la plusvalía a los obreros, con lo cual se completa un sistema político y económico injusto. Por eso, para la existencia de un sistema político y económico justo, éste debe ser igual para todos, tanto en la política como en la economía. El autor expone en su libro el término “masa”, es decir, la mayoría, los obreros, la clase trabajadora, quienes deben instalarse en la cúspide del poder político, a fin de poder defender a los trabajadores de los abusos de los patrones. Cabe recordar, en décadas pasadas, mientras la URSS, todavía era una opción política y económica para el mundo, esta teoría había tenido mucha aceptación dentro de algunos sectores sociales de nuestro país. Por lo cual, medir el nivel de penetración ideológico de esta teoría entre los universitarios de la actualidad nos puede señalar la vigencia de esta teoría con respecto a otras. Del mismo modo, puede mostrarnos en un ejercicio interesante, qué tanto los estudiantes siguen pensando en términos marxistas-socialistas en nuestras universidades actuales. Qué tanto creen en la igualdad como justicia.

La última teoría de justicia utilizada para el presente estudio es la utilitarista. Esta corriente, sin duda ha marcado la idea de la justicia de manera insoslayable. La teoría se resume en una frase: “Lo que proporciona mayor bienestar a la mayor cantidad de gente”. La teoría del utilitarismo ha sido impulsada por diversos pensadores en la historia. Pero los padres de esta teoría ética son Jeremy Bentham y John Stuart Mill. El utilitarismo es visto como justicia o como valor ético, es una composición consecuencialista, dado que se juzga lo bueno, lo mejor, lo más benéfico a partir de los resultados logrados de una persona.

Ahora bien, para comprender el siguiente estudio enfocado en los estudiantes, sería pertinente tener en mente las siguientes preguntas: ¿Cuál es la idea que tienen los universitarios, de las instituciones encargadas de impartir justicia?,

¿Qué definiciones de justicia conocen los jóvenes?, ¿Qué opinan sobre su impartición? Y en general ¿qué relación tienen los jóvenes universitarios con la justicia? Para llegar a “dar su derecho a cada uno” se debe pasar por un proceso judicial que puede ser percibido de diversas maneras por las partes. Incluso si solo observáramos un solo caso o demanda en cualquier tribunal, la percepción de justicia de los aludidos, será diferente; esperarán cosas diferentes y al final vivirán la justicia de nuestro país de manera disímil. Unos podrían afirmar que las instituciones funcionan y otros no, algunos pensaran que si obtuvieron justicia y otros pueden pensar que su derecho a la justicia no fue plenamente garantizado. En fin, se puede pensar a México y sus instituciones como justas o injustas.

Una de las grandes limitantes para el estudio, la cual no debe ser perdida de vista, es que los jóvenes universitarios, seguramente han experimentado en carne propia pocas decisiones o procesos de justicia en nuestro país, puede ser que hayan conocido tangencialmente el sistema judicial y la aplicación de la justicia a través de sus familias, noticieros, relatos o de alguna otra forma indirecta. Pero es poco probable que a su edad, hayan estado involucrados en graves y problemáticas situaciones que requieran de instituciones e impartición de justicia estatal. Sin embargo, esto es precisamente lo relevante en el presente texto, las creencias en su mayoría, son percepciones fundadas en cosas que no han experimentado del todo, pero sin duda, estas, los marcan de manera profunda para su socialización adulta.

No se deben dejar de lado las limitantes en la cantidad de casos presentados y en el número de universidades encuestadas o incluso grupos sociales encuestados. Dado lo cual, sería muy importante también generar estudios nuevos y mas completos sobre el tema.

METODOLOGÍA

La investigación se realizó en la primera mitad del año 2014, con más de 300 encuestas, que se levantaron de manera aleatoria, en diferentes Universidades de la Ciudad de México;

- Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Ciudad de México.
- Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria.
- Universidad Anáhuac, Campus Norte.
- Universidad Panamericana
- Existen algunas entrevistas de otras universidades, como Escuela de Negocios ISEC, la escuela de Música G Martell, o el IPN pero son en realidad tangenciales.

Las últimas universidades están aglomeradas como otras en el estudio, porque la cantidad de encuestas fue muy marginal y por lo tanto no demostrarán tendencias que valga la pena analizar, concentrándose los datos en las cuatro primeras universidades que serán, ITESM, UNAM, Anáhuac, UP.

Las respuestas de todos los cuestionarios, aún las respuestas abiertas fueron codificadas por medio de el programa de Statistical Package for the Social Sciences (SPSS) específicamente y luego se aglomeraron como respuestas mas parecidas, para poder tomar en cuenta opciones reales que permitieran identificar medias y modas en las respuestas.

Se realizaron cruces de variables para obtener los datos resultantes de la investigación, que nos permitieron analizar de fondo el tema de la percepción y conocimiento sobre la justicia y las instituciones relacionadas a ella en nuestro país.

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

La primera tabla que se presenta, nos muestra la edad y sexo de nuestros encuestados. La moda de edad es 20 años, con 36 hombres y 33 mujeres, siguiendo con 53 de 19 años para ambos sexos, en tercer lugar los jóvenes de 21 años con 49 casos y casi con la misma frecuencia, se encuentran 46 jóvenes de 22 años, El grupo mayoritario de las universidades y sobre todo en nuestras encuestas, es de los 19-22 años con 217 incidencias. Los jóvenes de 18 y los mayores de 23 en adelante, son una marcada minoría con respecto de los grupos de edad principales. Otro dato importante es que son 159 hombres y 138 mujeres, lo que en términos de porcentajes son: 54% y 46% del total respectivamente. Dentro de la investigación, existen algunos datos dispersos, como universitarios de 32, 28, 27 años, y también algunos que no indicaron sexo, pero al final no son determinantes.

Edad *Sexo tabulación cruzada					
Recuento		Sexo			Total
		Masculino	Femenino	No Aplica	
Edad	18	23	12	0	35
	19	22	31	0	53
	20	36	33	0	69
	21	27	22	0	49
	22	24	21	1	46
	23	11	12	0	23
	24	7	3	0	10
	25	3	2	0	5
	26	3	2	0	5
	27	1	0	0	1
	28	1	0	0	1
	32	1	0	0	1
Total		159	138	3	300

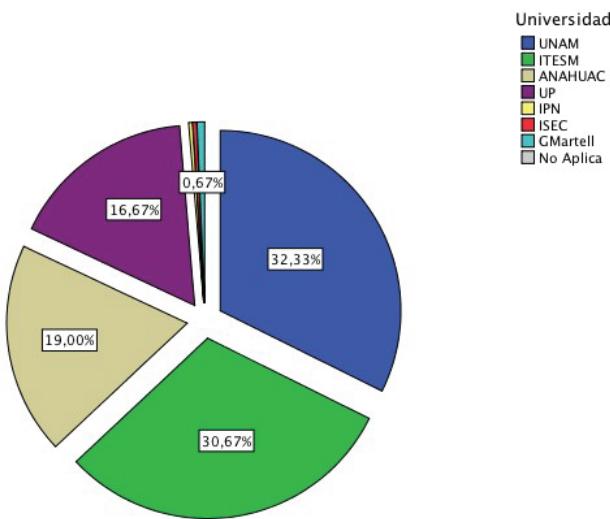
Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Tabla Elaboración Propia

La siguiente tabla nos indica la división de estudios a la que pertenecían los universitarios encuestados. El 24.4% pertenecen a las escuelas de Ciencias Sociales, el 23.8% a las Ingenierías y Arquitectura, 19.8% a Negocios y ya en un lejano 11.6% encontramos a los estudiantes de Humanidades, Artes, Ciencias. Con estas dos tablas y explicaciones nos podemos hacer una idea bastante clara de la población que tenemos como muestra en el estudio. Ahora bien para completar el contexto, observemos como es la distribución por universidad:

		División			
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Humanidades	35	11,6	11,7	11,7
	Ciencias Sociales	75	24,8	25,0	36,7
	Negocios	60	19,8	20,0	56,7
	Ingeniería/Arquitectura	72	23,8	24,0	80,7
	Ciencias de la Salud	32	10,6	10,7	91,3
	Artes	17	5,6	5,7	97,0
	Ciencias	4	1,3	1,3	98,3
	No Aplica	5	1,7	1,7	100,0
	Total	300	99,0	100,0	
Perdidos	Sistema	3	1,0		
	Total	303	100,0		

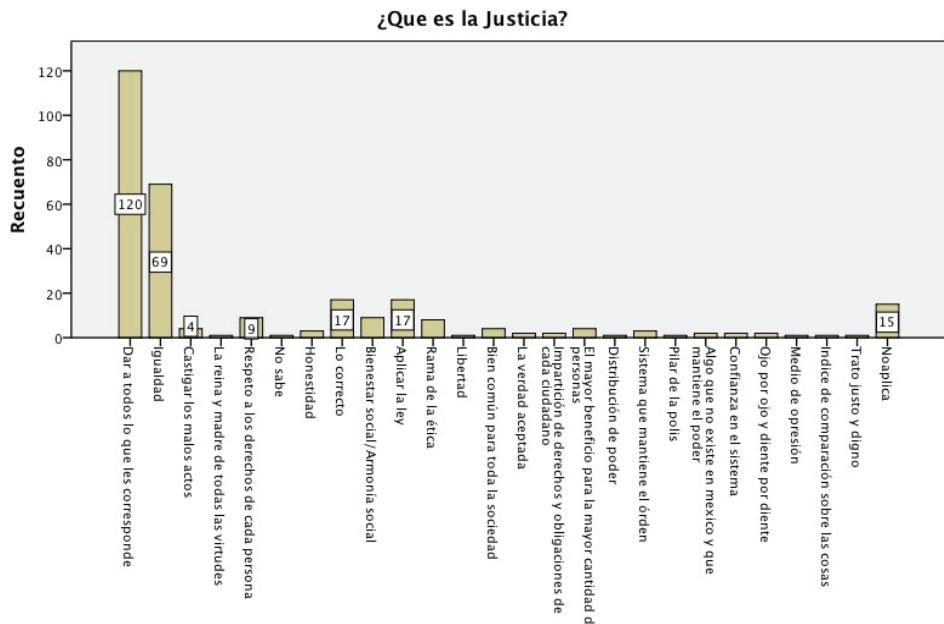
Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Tabla Elaboración Propia

Nos podemos dar cuenta que existen cuatro grandes rebanadas del pastel: la UNAM, siendo la porción mas grande, con 32.33%, el ITESM con 30.67, la Anáhuac con 19% y la UP, con 16.67%.



Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfica: Elaboración Propia

Ahora bien comenzando con el análisis formal del estudio el primer resultado importante es el de la pregunta 6 de la Encuesta: ¿Qué es Justicia?; debemos señalar no solo las respuestas mas importantes de la gráfica que se presenta mas abajo, sino también es importante conocer que existieron 25 respuestas diferentes para la misma pregunta, esto indica muchas ideas o acepciones de justicia entre los universitarios, las cuales van desde la clásica definición que se le atribuye a Ulpiano con “*La continua y perpetua voluntad de darle a cada quien su derecho*”, que muchos de los encuestados parafrasearon como “*Dar a cada quien lo que le corresponde*” o “*Dar a cada quien lo que merece*”. O simplemente “*hacer lo correcto*”. Rápidamente al leer estas definiciones, informales, nos podemos dar cuenta de que los encuestados tienen muy diversos conceptos, ideas, ideologías o intenciones sobre “Justicia”.



Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

Al observar el gráfico, nos podemos dar cuenta rápidamente de dos respuestas que condensaron 189 de las 300 posibles, esto indica dos percepciones, correspondientes a 63% de las ideas de justicia de los encuestados. Además solo la respuesta de “*Dar a cada quien lo que le corresponde*” o “*Dar a cada quien lo que merece*”, acumuló el 40% y la justicia como igualdad obtuvo un 23%. Posteriormente ocurre un fenómeno de dispersión de respuestas en donde las dos siguientes, se encuentran con 17 entradas lo que significa, un 5.66% para cada una, las respuestas respectivas fueron “*Justicia es hacer lo correcto*”, o “*Justicia es Aplicar la ley*”. También es importante mencionar que exactamente un 5% o sea, 15 universitarios no pudieron contestar a esta pregunta crucial de la encuesta. Aunado a esto, algunas respuestas a la pregunta ¿Qué es justicia?, fueron reveladoras, pues muestran juicios de valor

ética, pensamiento utilitario, e incluso ideologías políticas, veamos los siguientes ejemplos: “*Castigar los malos actos*”, esta respuesta es un juicio de valor, ya que con respecto a los valores interiores de cada uno, podríamos juzgar como “malos actos” las acciones que otros consideran como cosas buenas.

Por lo que en ese sentido habría primero que establecer una definición de “*lo bueno*”, porque los bueno es justo y lo malo sería injusto. Otra respuesta que refleja más una cuestión de política y poder es la siguiente: “*Distribución de poder*”, la distribución actual o cualquier otra puede ser justa o injusta. Parecida a la anterior, la respuesta “*Justicia es el Sistema que mantiene el orden*” nos habla de una visión política y no jurídica, dado que la justicia es un sistema de conservación y no un fin o un ideal o una manera de vivir o cualquier otra cosa. Tras observar todas estas *definiciones*, nos podemos dar cuenta que la inseguridad en el conocimiento y la percepción juegan un rol preponderante en la definición de “*lo justo*” entre los mexicanos. Pues si pensamos en lo justo como un sistema que mantiene el orden, hay casos donde rápidamente se podría objetar esta afirmación: Una dictadura, totalitarismo, imperialismo, dado que son sistemas políticos que establecen y mantienen un orden. Sin embargo, es probable que el encuestado también estuviera o pudiera haber pensado en una república, una democracia o una constitución. Si a esto le agregamos que existieron 25 respuestas para 300 encuestas, podríamos decir que cada 12 estudiantes tienen percepciones distintas pero esto no sería completamente cierto dado que en 111 respuestas, existieron 23 respuestas distintas, quitando las dos respuestas mayoritarias. De esta forma quedaría este cálculo: $111/23 = 4.82$. Si nos detenemos a pensar en lo complejo que resultaría establecer un acuerdo sobre *la justicia* y cómo actuar cuando se busca.

Ahora bien, la igualdad como justicia es una idea que también debe ser mencionada porque obtuvo un gran número de encuestas a su favor: 69 respuestas, es decir, 23% del total del estudio. La siguiente tabla muestra las respuestas de la segunda pregunta: “México es un país Justo”, lo que bien puede ser la continuación de la pregunta uno, dado que primero queremos saber qué es “*Justicia*” y si nuestro país, las personas, las instituciones los jueces, abogados, políticos, todos los mexicanos lo son. Esta pregunta nos arroja resultados bastante llamativos para nuestro estudio. Solo una persona de las 300 afirma que México es un país **muy/mucho** justo. Y exactamente en el opuesto 55 afirman que México en un país **nada** justo. Obteniendo como resultado: .3% y 18.2% respectivamente. Aunado a eso lo mas llamativo es que 144 respuestas indicaron que México es un país **poco** justo lo que es igual al 47.5% que es casi la mitad de los encuestados. Esto nos hace pensar por un momento que los estudiantes universitarios están convencidos de la profunda injusticia existente en México. Los números quedarían como siguen: $47.5\% + 18.2\% = 65.7\%$. La injusticia se lleva aproximadamente el 66% de las percepciones de estos jóvenes universitarios.

¿Que es la justicia?					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Dar a todos lo que les corresponde	120	39,6	40,0	40,0
	Igualdad	69	22,8	23,0	63,0
	Castigar los malos actos	4	1,3	1,3	64,3
	La reina y madre de todas las virtudes	1	,3	,3	64,7
	Respeto a los derechos de cada persona	9	3,0	3,0	67,7
	No sabe	1	,3	,3	68,0
	Honestidad	3	1,0	1,0	69,0
	Lo correcto	17	5,6	5,7	74,7
	Bienestar social/Armonía social	9	3,0	3,0	77,7
	Aplicar la ley	17	5,6	5,7	83,3
	Rama de la ética	8	2,6	2,7	86,0
	Libertad	1	,3	,3	86,3
	Bien común para toda la sociedad	4	1,3	1,3	87,7
	La verdad aceptada	2	,7	,7	88,3
	Impartición de derechos y obligaciones de cada ciudadano	2	,7	,7	89,0
	El mayor beneficio para la mayor cantidad de personas	4	1,3	1,3	90,3
	Distribución de poder	1	,3	,3	90,7
	Sistema que mantiene el orden	3	1,0	1,0	91,7
	Pilar de la polis	1	,3	,3	92,0
	Algo que no existe en México y que mantiene el poder	2	,7	,7	92,7
	Confianza en el sistema	2	,7	,7	93,3
	Ojo por ojo y diente por diente	2	,7	,7	94,0
	Medio de opresión	1	,3	,3	94,3
	Índice de comparación sobre las cosas	1	,3	,3	94,7
	Trato justo y digno	1	,3	,3	95,0
	No aplica	15	5,0	5,0	100,0
Total		300	99,0	100,0	
Perdidos	Sistema	3	1,0		
Total		303	100,0		

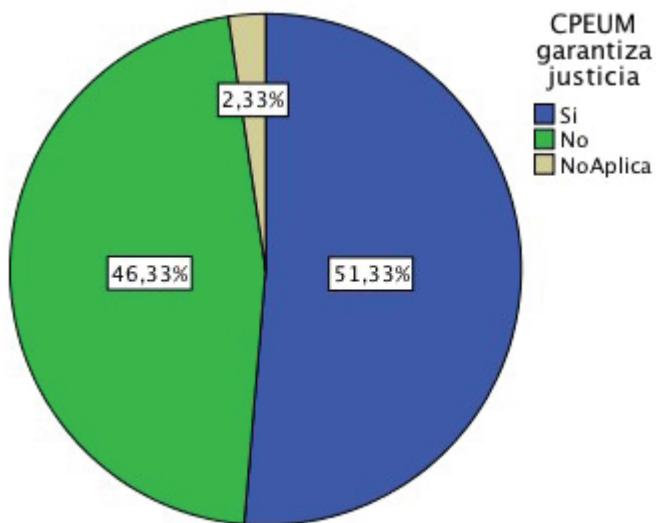
Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Tabla Elaboración Propia

¿México es un país justo?					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Mucho	1	,3	,3	,3
	Algo	23	7,6	7,7	8,0
	Moderado	70	23,1	23,3	31,3
	Poco	144	47,5	48,0	79,3
	Nada	55	18,2	18,3	97,7
	No aplica	7	2,3	2,3	100,0
	Total	300	99,0	100,0	
Perdidos	Sistema	3	1,0		
Total		303	100,0		

Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Tabla Elaboración Propia

Por otro lado es claro que el .3% del **mucho** y el 7.6% sumado del algo nos da menos del 8% de los estudiantes, que consideran que México es Justo. Otro dato importante de esta tabla es que 70 respuestas se ubicaron en la medianía del **moderado**, lo que nos da un total del 23.1% que indican que México no es justo ni injusto. Sin duda, este es un resultado que no debemos dejar de lado porque es una percepción bastante mayoritaria, si sumamos la expectativa de que “*no existe la justicia en México*” de los **nada, poco y moderado**; $55+144+70=269$ o 89.6%.

El siguiente punto de la investigación es la pregunta: ¿La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza la justicia en México? A lo que los encuestados debían responder Si o No, sin más opciones. Justo después se hace la pregunta “¿Por qué?”. Analicemos la primera pregunta.



En esta gráfica podemos sacar una conclusión: Los estudiantes universitarios y probablemente todos los mexicanos están a mitades pensando en que efectivamente: *la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) es justa*. Es importante subrayar que es mayor cantidad de los que piensan que no es justa con un 46.33% y que si lo es un 51.33%. Esto indica, que no es la CPEUM la responsable mayoritaria (cuando menos en la percepción de los estudiantes universitarios) de hacer de México un país poco justo. Al final deben existir otras variables que respondan a esta problemática.

Llama la atención la pregunta: “Porqué la CPEUM es justa o no lo es”. Se clasificaron todas las respuestas en 23 opciones, y se puede observar una falta de atención al acuerdo social con respecto a la existencia de justicia. Contrario a otras preguntas, esta vez no existió una respuesta claramente dominante. La de mayor frecuencia es: “*No, es justa porque nadie la respeta y no se aplica*”. Si bien la gente sabe la de existencia de la Constitución escrita, se piensa que no hay concordancia con la realidad al aplicarla. Sobre esto, Ferdinand la Salle describe en su libro-conferencia *¿Qué es una constitución?* la existencia de dos Constituciones en un Estado, la que tiene el poder real que denomina como *Factores Reales de Poder* y la *Constitución de Papel* a la que nadie le hace caso. Esta bien podría ser una gran interpretación de lo que pasa en la realidad mexicana, en la que nadie está convencido de que la Constitución de papel realmente se le imponga a los factores reales de poder, como lo son las grandes empresas, los gobernadores, los sindicatos, los partidos políticos. Dado lo cual, es muy probable que cuando todo mundo ve que alguien puede no respetar la constitución y se sale con la suya, entonces nadie quiere que se le aplique, nadie quiere someterse a la CPEUM. Lo que podría generar un caos y que todo mundo sienta que está por encima de las instituciones. Esta podría ser la respuesta de porque la Constitución no tiene la culpa de que la realidad en México no sea justa. Puede ser una suposición el que los encuestados perciban la existencia de “factores reales de poder” que no respetan la CPEUM y a su vez la existencia de unos “poderes públicos” que no la aplican. Lo que sin duda hace juego con la respuesta obtenida en la encuesta: “*Nadie la respeta y no se aplica*” y que también tiene un fundamento teórico en la propuesta de Ferdinand Lasalle.

¿Porque Sí o No es justa la CPEUM?					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No, No se puede garantizar	22	7,3	7,3	7,3
	No, Nadie la respeta y no se aplica	76	25,1	25,3	32,7
	Sí, porque garantiza los derechos humanos	20	6,6	6,7	39,3
	Sí, les da derechos a las personas en la sociedad	23	7,6	7,7	47,0
	No, no es justa porque es muy general	5	1,7	1,7	48,7
	Sí, se plasman los ideales de justicia	4	1,3	1,3	50,0
	No, Las leyes no están hechas para ser justas	9	3,0	3,0	53,0
	No, se garantiza el cumplimiento de la ley, pero no la justicia	2	0,7	0,7	53,7
	No, porque existen incoherencias.	5	1,7	1,7	55,3
	No, porque tiene lagunas jurídicas	11	3,6	3,7	59,0
	Sí, porque existen instituciones y leyes que la garantizan	7	2,3	2,3	61,3
	No, porque los que la aplican no son justos	6	2,0	2,0	63,3
	No, porque existe corrupción	10	3,3	3,3	66,7
	No, porque no es equitativa	5	1,7	1,7	68,3
	No, no esta hecha para eso	1	0,3	,3	68,7
	Sí, porque en la misma CPEUM, dice que es justa	14	4,6	4,7	73,3
	No, porque tiene 100 años y ya no responde a nuestra realidad	4	1,3	1,3	74,7
	Sí, Porque está bien fundamentada	8	2,6	2,7	77,3
	No hay	1	0,3	0,3	77,7
	No, porque la justicia y el derecho son subjetivos	1	0,3	0,3	78,0
	No, porque existen políticos impunes	2	0,7	0,7	78,7
	Sí, porque busca la igualdad	2	0,7	0,7	79,3
	Sí, porque es un órgano de control nacional	1	0,3	0,3	79,7
	No aplica	61	20,1	20,3	100,0
	Total	300	99,0	100,0	
Perdidos	Sistema	3	1,0		
Total	303	100,0			

Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Tabla Elaboración Propia

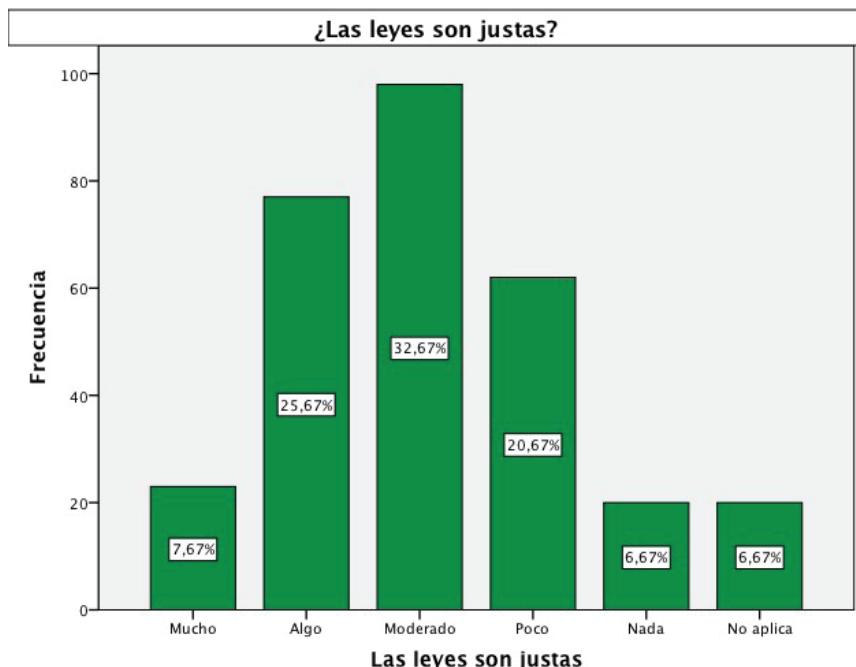
La tabla de arriba nos muestra además información muy importante, en las encuestas se dieron 15 razones por las que no es justa la CPEUM y solo 8 razones

por las que sí lo es. Aunado a esto, no es despreciable la incidencia de 61 encuestados en donde no pudieron o no quisieron responder a esta pregunta abierta que sólo de mirarla se entiende más compleja, ya que requiere de analizar y sacar una conclusión, lo cual se convierte en algo muy complejo de hacer si no se tiene bien claro ¿Qué es justicia? y ¿Qué es la Constitución?

RESPUESTAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	160	53%
SI	79	26%
NO APLICA	61	20.1
TOTAL	300	99.1

Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Tabla Elaboración Propia

La situación se esclarece aún más cuando notamos que 160 de las 239 respuestas obtenidas fueron para explicar el porque la constitución no es justa, pero recordemos que la mayor parte de las respuestas sobre este punto le atribuyen la falta de justicia de la constitución a otras cosas, no al texto en si mismo. Lo que nos muestra que aun cuando la Ley Máxima de nuestro país sea justa, al no aplicarla la realidad se vuelve injusta.



Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

En esta pregunta el tema ya no es la Constitución, sino lo que se desprende de ella: Las leyes. Ante esta pregunta nos encontramos con una constante en la respuesta

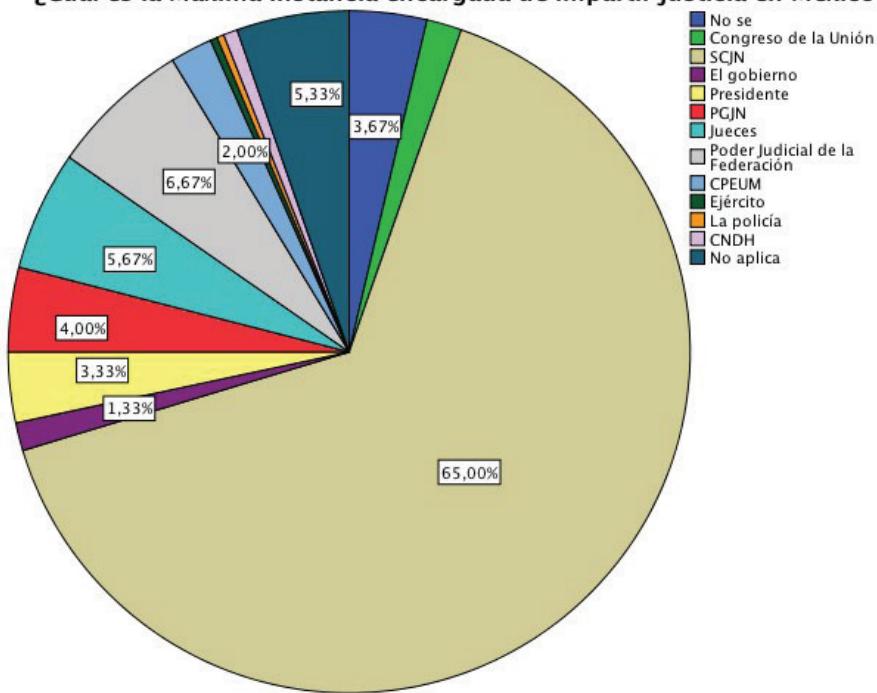
“moderadamente justas”, con poco mas del 32% después algo con 25.67% y después poco con 20.67% lo que nos deja con mucho y nada con 7.67% y 6.67%, esto deja claro que las leyes son vistas en la medianía, ni muy justas ni muy injustas. Esto es importante observarlo porque hay tres factores a tomar en cuenta para que una sociedad pueda ser justa o injusta: Las personas, las leyes y su aplicación. De esto se desprende que la gente no percibe entonces las leyes y la constitución como completamente injustas, contrario a lo visto en la pregunta de ¿México es justo?

¿Méjico es un país justo? *¿Las leyes son justas? Tabulación cruzada								
Recuento		Las leyes son justas						Total
Mucho	Méjico es un país justo	Algo	Moderado	Poco	Nada	No aplica		
		0	1	0	0	0	0	1
		3	9	6	3	0	2	23
		4	24	28	7	1	6	70
		10	35	51	39	3	6	144
		6	4	12	13	16	4	55
		0	4	1	0	0	2	7
Total		23	77	98	62	20	20	300

Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Tabla Elaboración Propia

Como se observa en el cruce de variables, el dato más grande es el 51, que nos da una frecuencia de respuesta de que México es poco justo y sus leyes son moderadamente justas. La que le sigue en importancia se muestra como México poco justo y sus leyes son poco justas con una frecuencia de 39 y tan solo un poco abajo México es Poco Justo y sus leyes son algo justas con 35 datos. El renglón de “poco” para la pregunta de ¿Méjico es Justo? es el que más repetidamente mencionado con 144 apariciones y por el otro lado, para la pregunta “Las leyes son justas” con 98 repeticiones el renglón de “moderado” es el más frecuente con 98. Como se observa los cuadros más abundantes son los centrales de la tabla, no los laterales, porque no se reconoce que nuestro país sea completamente injusto o las leyes lo sean.

¿Cuál es la Máxima Instancia encargada de impartir justicia en México?



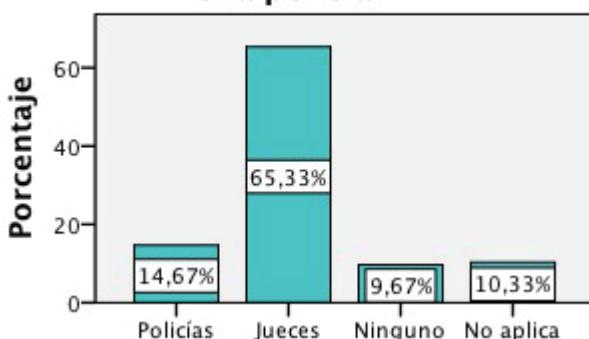
Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

Ahora bien, analizando la gráfica se observa que los estudiantes perciben como la máxima instancia encargada de impartir justicia en el país a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Existe casi una tercera parte de los encuestados que no supo quién era esa institución, pero intuyeron que eran algunas otras instituciones públicas como el Congreso de la Unión, El gobierno, El Presidente, el Poder Judicial, los jueces en general o incluso fue nombrada la CNDH. Aunada a estas respuestas tenemos un 3.67% de universitarios que declararon no saber y 5.33% que dejaron en blanco la línea de respuesta.

Por lo que respecta a esta pregunta, la situación de quién se encarga o se debería encargar de impartir justicia es claro. Ahora bien, reforzando la pregunta ¿La CPEUM es justa?: ¿Por qué?, los resultados arrojaron “que no lo era porque no se aplicaba”, se observa una primer coincidencia o coherencia entre las respuestas arrojadas por el estudio, dado que se cree que las leyes, y la constitución son medianamente justas, pero el problema es que no se aplica. Y es claro el hecho de que se requiere mas eficiencia por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque los universitarios saben con bastante atino quienes son los que deben de hacer justicia dentro de las fronteras mexicanas.

Siguiendo con el análisis de los datos nos encontramos con la siguiente pregunta de la encuesta. Los jueces gozan de una confianza enorme comparada con la de los policías, dado que existieron como diferencia más de 50 puntos porcentuales. Sin embargo sucedió un fenómeno que vale la pena rescatar frente a este reactivo. Al momento de aplicar las encuestas, las personas decían que no podrían decidir por cual de las dos opciones confiaban menos o más según el caso. Y bastantes personas escribieron a lado de las respuestas la palabra “ninguno”. Dado lo cual se tomó la decisión de reportar estas incidencias y no simplemente dejarlas como el clásico 99 o No aplica. Esto nos hace pensar dos posibles soluciones, aun cuando los universitarios saben que existe el siguiente ciclo, prefieren confiar en los jueces que en los policías. Como resumen aportamos este gráfico:

¿En quien confía mas, en los jueces o la policía?



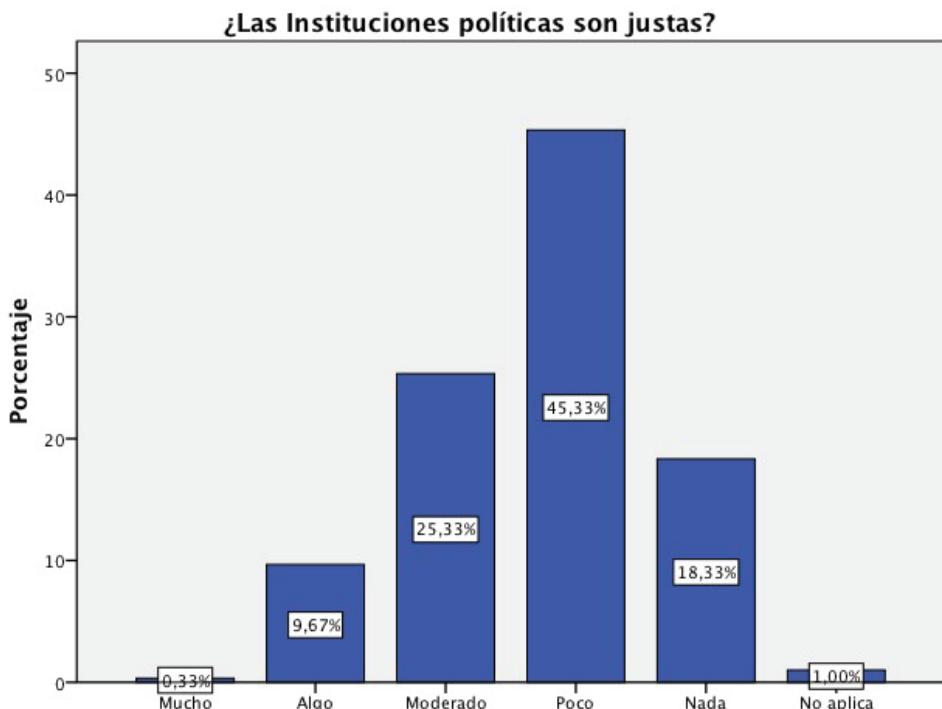
Datos: Encuesta de percepción de justicia. Gráfico elaboración propia

CICLO DE CONOCIMIENTO SOBRE JUSTICIA.



Gráfico elaboración propia

En el siguiente punto importante de la encuesta nos encontramos con la pregunta: ¿Las instituciones **Políticas** son Justas?, pregunta en extremo importante dado que las instituciones políticas son las que generan gobierno para todos los mexicanos y que tienen mucho que ver a todas luces con la conformación, cultural, económica, social y de justicia en nuestro país. Veamos las respuestas:

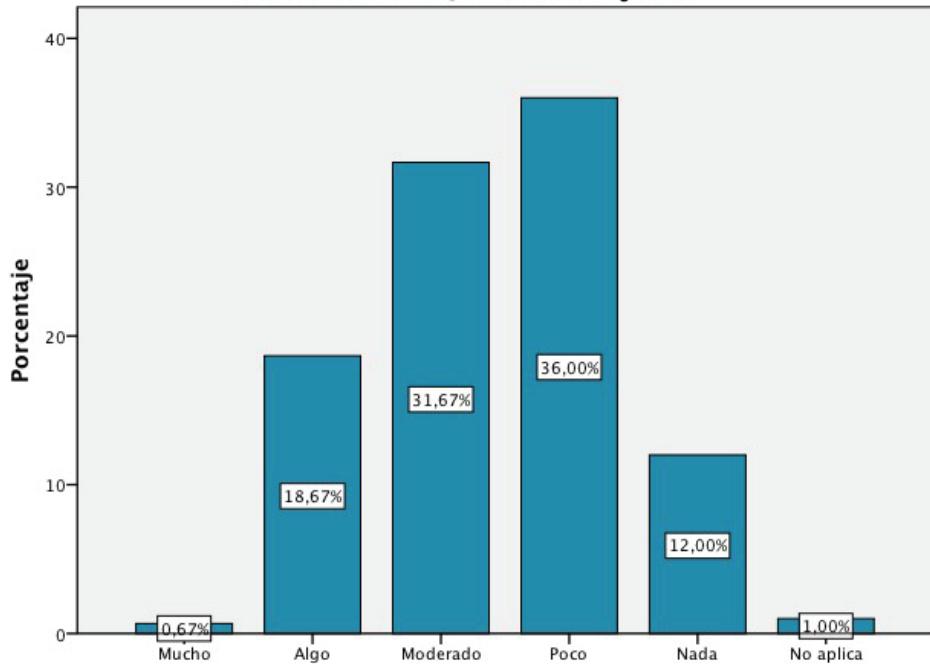


Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

En esta pregunta nos podemos dar cuenta que la percepción de estos estudiantes es que las Instituciones políticas no son justas; $Poco + Nada = 45.33\% + 18.33\% = 63.66\%$ lo que es una mayoría insoslayable. Y que contrasta de manera impresionante con el apenas 10% de la suma de Mucho+ Algo. Y en la media/moderado nos encontramos con la cuarta parte de los estudiantes con un 25.33%.

Por otro lado esta pregunta contrasta con la siguiente que es exactamente la misma pero con respecto a la juridicidad de nuestro país: ¿Las instituciones **Jurídicas** son justas? Ante esta pregunta los resultados fueron como siguen: $Poco + Nada = 36\% + 12\% = 48\%$ y $Mucho + Algo = 19.34\%$, por un 31.67% de Moderado.

Las Instituciones Jurídicas son justas



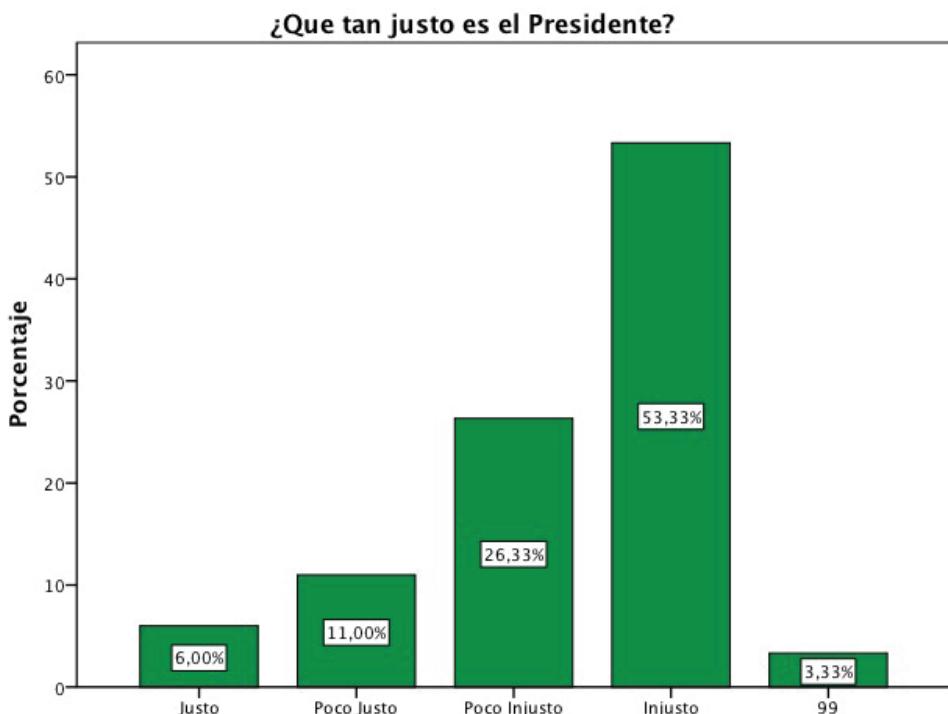
Lo que nos da diferencias significativas para comprender la percepción de lo justas que son unas y otras instituciones para los estudiantes. Una visión que podemos valorar es que las instituciones jurídicas son percibidas como mas justas, pero cuando se tocan con las políticas pierden esta característica. Para poder comprenderlo veamos la tabla comparativa siguiente.

Las Instituciones políticas son justas*Las Instituciones Jurídicas son justas tabulación cruzada							
Recuento		Las Instituciones Jurídicas son justas					
		Algo	Moderado	Poco	Nada	No aplica	
Mucho	Muchos	1	0	0	0	0	1
	Algo	1	23	5	0	0	29
	Moderado	0	16	53	6	1	76
	Poco	0	11	33	86	2	136
	Nada	0	6	4	14	31	55
	No aplica	0	0	0	2	1	3
Total		2	56	95	108	36	300

Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

En esta tabla se resaltan los cuatro números mas grandes en coincidencias, como son las líneas de “Poco”, “Moderado” y Nada para las dos preguntas que llegan hasta 86, 53 y 31 respectivamente. El otro dato que también es abultado son las menciones de poco justas para las instituciones políticas combinadas con Moderadamente justas para las Instituciones Jurídicas. Con ello, las Instituciones Políticas son menos justas que las Políticas o cuando menos eso perciben los estudiantes universitarios.

En el comparativo directo entre instituciones políticas y jurídicas se encuentra una diferencia de algunos puntos, pero es importante notar que instituciones jurídicas obtuvieron mejores puntajes que las políticas, lo cual no es un asunto menor si pensamos un enorme porcentaje de los delitos en nuestro país no se castigan. Lo que hace que la justicia sea casi nula en México y sin duda esto tiene su repercusión en la sociedad mexicana y su percepción de que tanta justicia y aplicación de la ley puede obtener de sus instituciones.

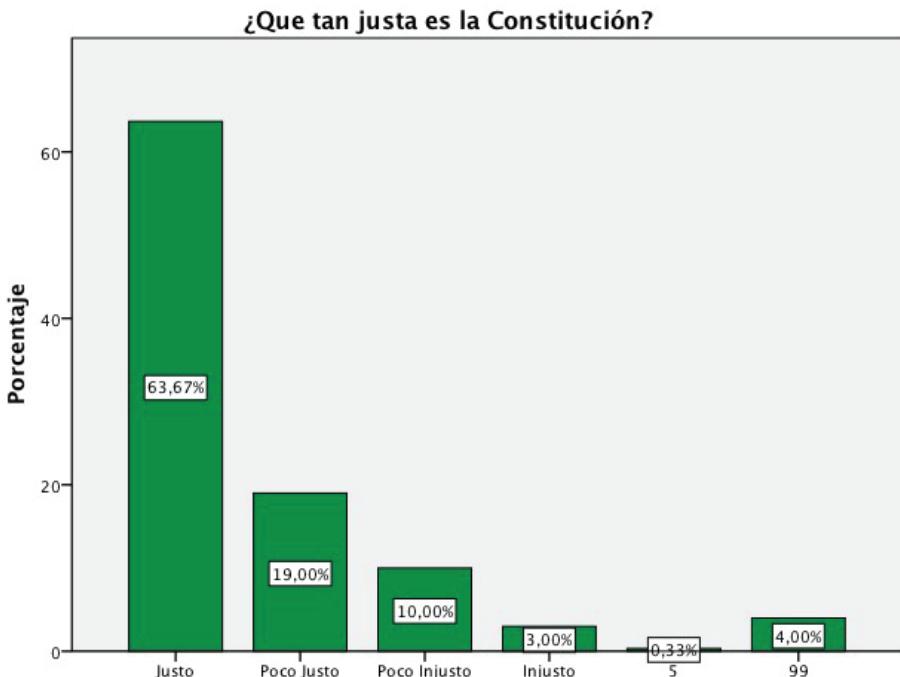


Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

En esta gráfica se confirma el pensamiento y percepción de que las instituciones políticas son injustas. Se observa claramente que solo el 6% lo considera justo, el 11% poco justo, proporción que crece da manera considerable con la etiqueta de poco injusto con un 26% y prácticamente al doble cuando se pidió la calificación de injusto con un 53%. Si comparamos las dos gráficas anteriores nos podemos dar cuenta que los datos son consistentes y la percepción de los universitarios hace

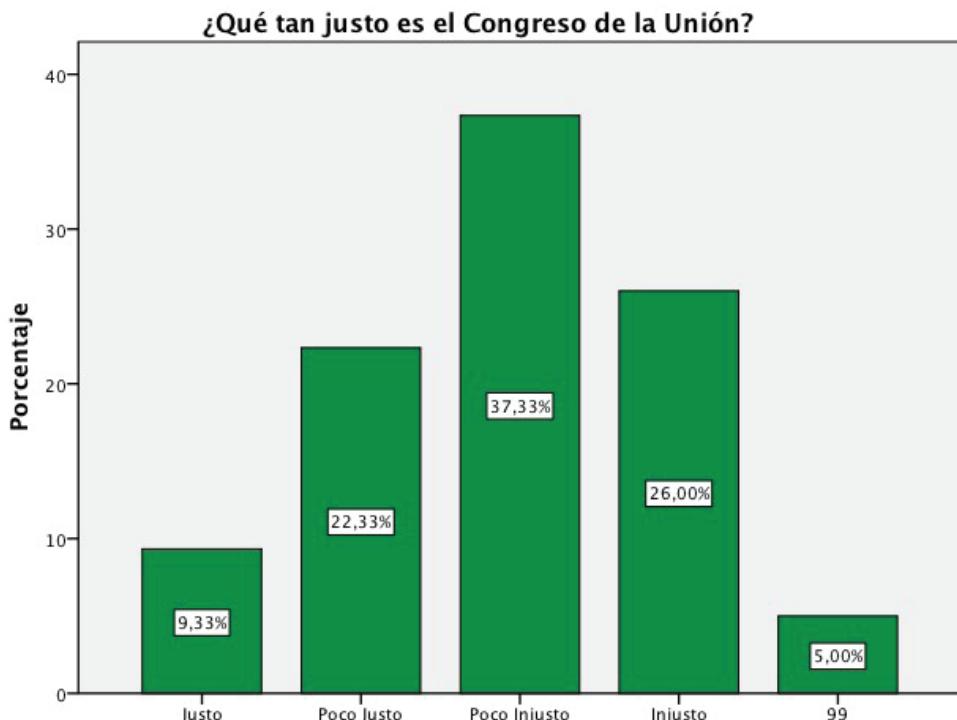
coherentes unas respuestas con otras. Pero no debemos de pasar por alto que el presidente tiene un mayor índice de reprobación en cuanto a la percepción de justicia que las instituciones políticas en su conjunto. Ya que tan solo en la respuesta “injusto” obtiene un mayor puntaje que las instituciones políticas en su conjunto para las respuestas “poco” y “nada justas”.

Ahora bien comprando la respuesta de si ¿Las instituciones políticas son justas? con la de si “¿Que tan justo es el presidente?” con la que sigue: ¿Qué tan justa es la Constitución? Podemos observar un enorme cambio en las respuestas. Ya que el porcentaje de justo asciende a más del 63% de las respuestas a favor de la Constitución. Cosa que sin duda es interesante ya que por mucho es la mejor institución evaluada hasta el momento. Con tan solo un 3% de personas que creen que la constitución es injusta, que si lo pensamos en términos reales, solo son 9 personas de 300 o 3 de cada 100, que se puede traducir como que nuestra constitución es apreciada por los universitarios y el problema, cuando menos en las respuestas de estos estudiantes es que en nuestro país no se aplica en la realidad. Este es un dato digno de recordar porque es muy probable que la mayoría de los jóvenes e incluso de los mexicanos no han leído y menos estudiado a fondo la Constitución y sin embargo confian en ella a pesar de todo. Y si a eso le sumamos que la realidad no nos deja mas que dos opciones, o las leyes están mal o los mexicanos que tratamos de aplicarlas a nuestras vidas estamos mal. Ante lo cual la evidencia apunta a las personas, a los mexicanos que deben cambiar y no solo las leyes.



Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

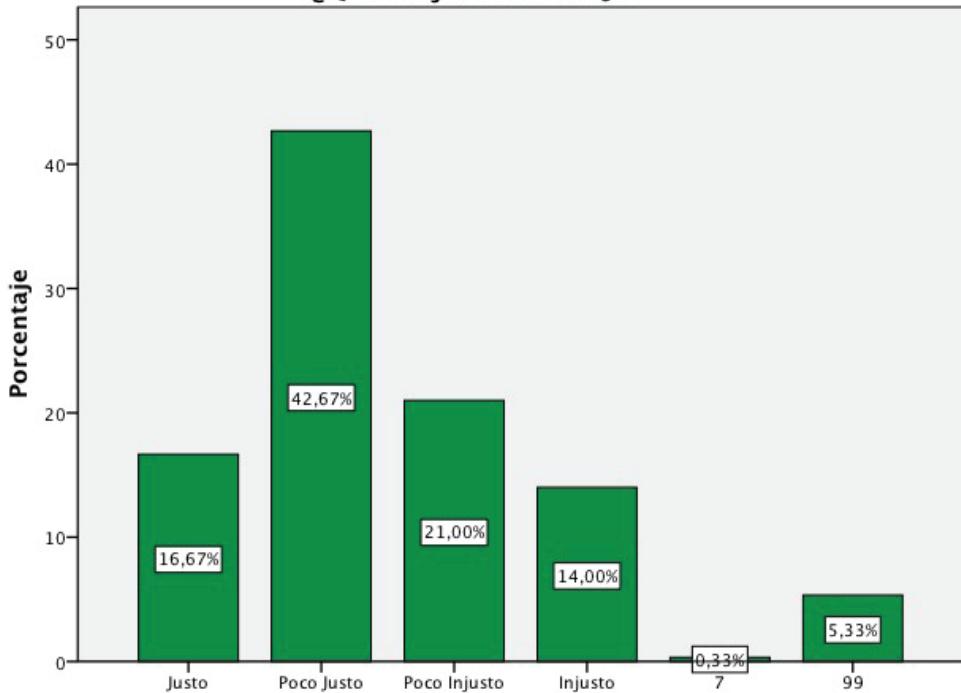
Esta pregunta y la que sigue son cruciales para poder comprender la percepción de justicia y las instituciones que probablemente tenga una generación entera. Y que es muy probable que se haga cargo de las instituciones en un futuro no muy lejano.



Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

Como se observa en esta gráfica el grueso de las respuestas a ¿Qué tan justo es el Congreso de la Unión? se dan en la respuesta de Poco Injusto. Con más del 37% y el 26% en Injusto, lo que nos da un total de 63.3%, lo que sin duda nos hace pensar que mayoritariamente los estudiantes de las diferentes universidades sostienen que el Congreso de la Unión no es en definitiva una institución justa.

¿Que tan justa es la SCJN?



Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

En esta gráfica sobre el Tribunal Constitucional sin duda se observa que las cosas cambian para los estudiantes cuando se habla de lo justo que es la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Esto es claro hasta el punto en que la gráfica se encuentra al revés de las anteriores para Presidente y Congreso de la Unión. Es bastante relevante que tan solo el 35% cree que la SCJN es poco injusta o injusta. En esta gráfica se observa que el 5.66% de los encuestados no aplica. Ahora bien para poder completar el análisis veamos la tabla y la gráfica que siguen en la cual se hallan todos los datos anteriormente vistos para las instituciones políticas de nuestro país.

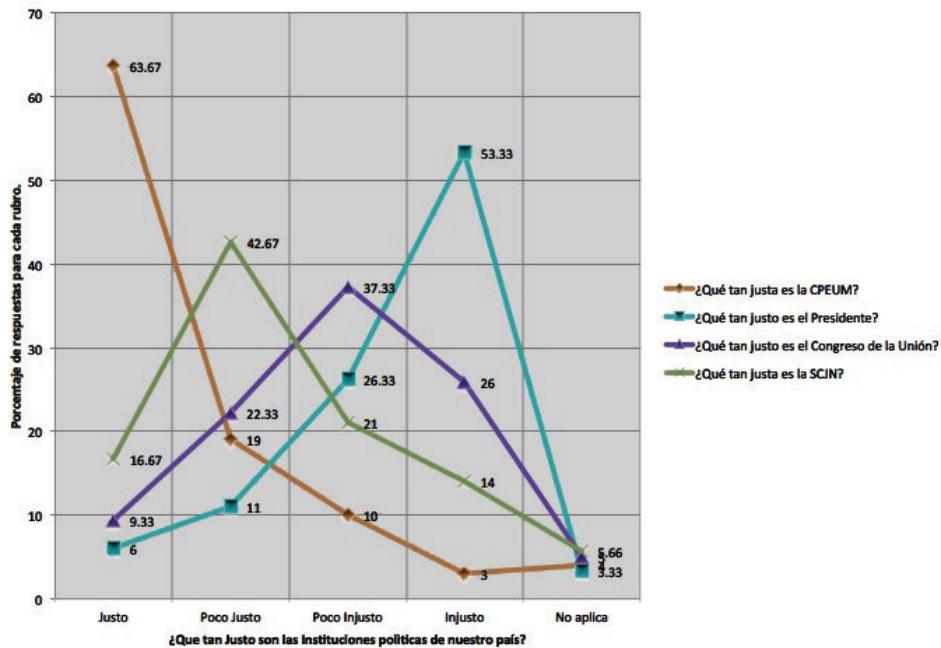
Los porcentajes entre la Constitución y cualquiera de los tres poderes tradicionales emanados de ella, son abismales, para ejemplo podemos observar el caso de "Justo" en el cual la CPEUM fue calificada, con 63.67%, el presidente con 6% el Congreso de la Unión con 9.33% y la SCJN con 16.67%. Esto sirve fácilmente para saber que los mexicanos no creen que el problema está en la Constitución sino en las personas que las hacen cumplir, cosa que concuerda con la pregunta: ¿La Constitución es justa? Si, No, Porqué, en la cual las razones de porque mayoritariamente fueron las respuestas de "Porque nadie la respeta o no se cumple" con poco más de un 25% del total.

Comparativo de la percepción de “lo justo”: En las instituciones políticas de nuestro País.

Respuesta/ Variable	¿Qué tan justa es la CPEUM?	¿Qué tan justo es el Presidente?	¿Qué tan justo es el Congreso de la Unión?	¿Qué tan justa es la SCJN?
Justo	63.67%	6%	9.33%	16.67%
Poco Justo	19%	11%	22.33%	42.67%
Poco Injusto	10%	26.33%	37.33%	21%
Injusto	3%	53.33%	26%	14%
No aplica	4%	3.33%	5%	5.66%
Total	100%	100%	100%	100%

Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Tabla: Elaboración Propia

Comparativo de percepción de Justicia en las Instituciones Políticas de nuestro país:



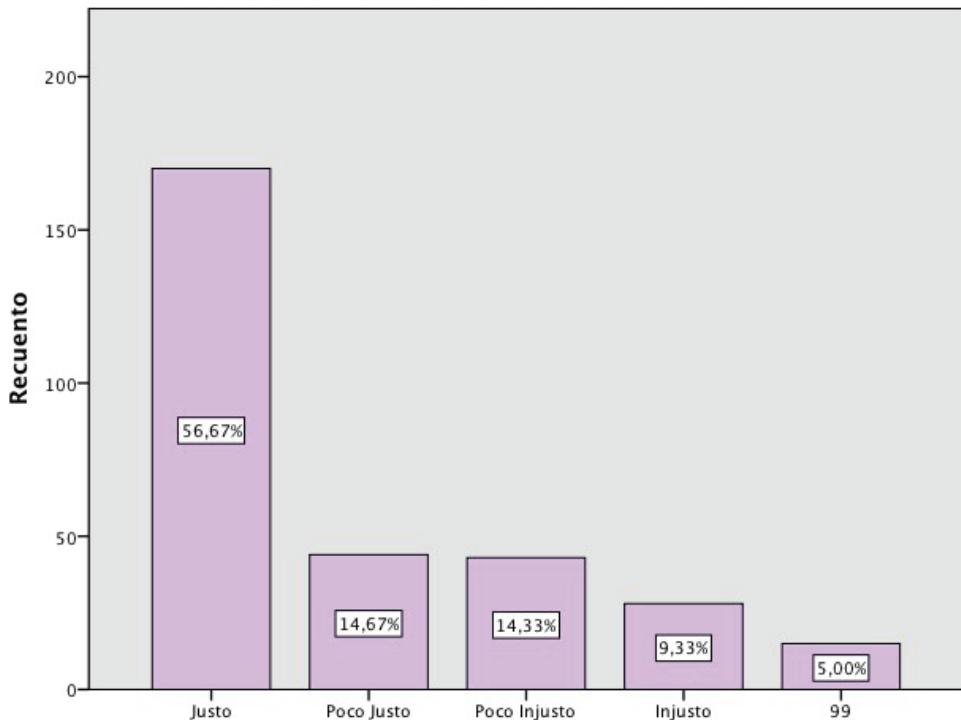
Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

Como se observa claramente en la gráfica y tabla comparativa, la institución presidencial es la que menos justa piensan los universitarios que es. Este solo hecho suscitaría una nueva investigación, para poder comprender porque tiene una percepción de un actuar tan despegado de la justicia frente a la sociedad.

El orden de percepción en justicia no tiene lugar a dudas, la CPEUM es lo más justo seguido por la SCJN, luego el Congreso de la Unión y hasta el final y con un porcentaje bastante considerable, el Presidente de la República. Esto puede de tener muchas interpretaciones y para no aventurarnos y desviar la investigación, sólo diremos que éste posicionamiento requiere de un estudio posterior que pueda complementar esta información aquí presentada.

Tras haber evaluado a las instituciones políticas y la percepción de justicia que de ellas tienen los universitarios, pasemos a la evaluación de instituciones judiciales y su cercanía con la justicia según nuestros encuestados.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

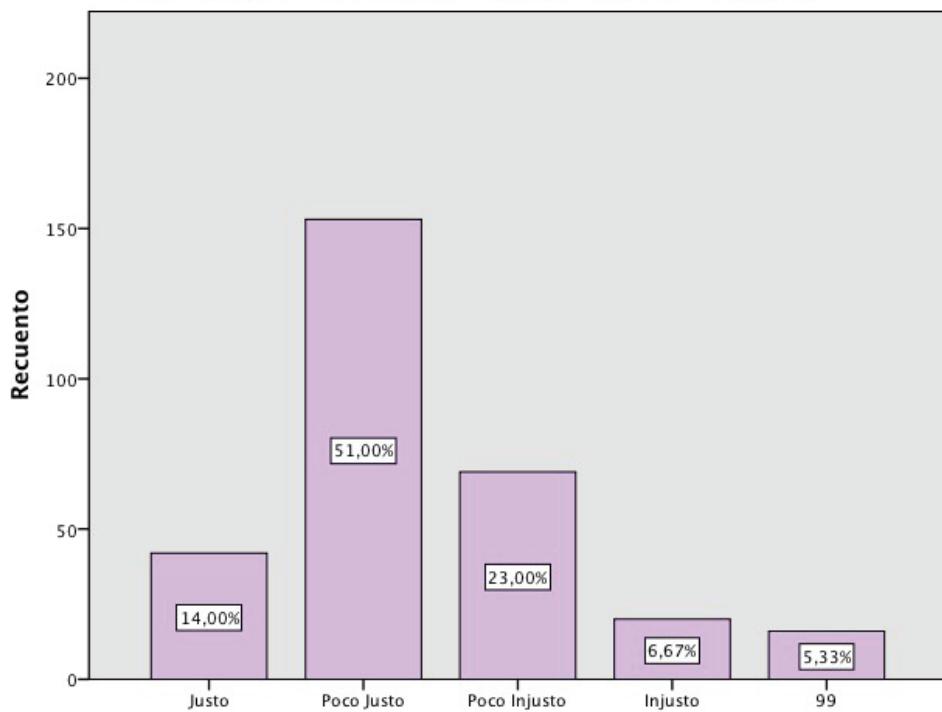


Datos: Encuesta de percepción de justicia. Gráfico elaboración propia

La SCJN es la mejor evaluada de las instituciones jurisdiccionales de nuestro país. Y por un buen margen, eso hay que decirlo, que es bastante destacable, pero solo comparativamente hablando ya que tan sólo poco más de la mitad de las personas, un 56% piensa que la SCJN es en verdad justa y todo el resto, se debaten entre percepciones de “poco justo”, “poco injusto” e “injusto”. Lo que nos pone a pensar en que ni si quiera el poder tradicional mejor evaluado es acogido con una buena percepción dentro de los jóvenes universitarios evaluados. Es de pensar una cosa con respecto a este tema; ya que el Presidente hace la propuesta de los jueces y es el

Congreso en la figura de su Cámara Superior la que ratifica estos cargos, y aun cuando estos dos poderes tradicionales son los encargados constitucionales de nombrar a los jueces de la SCJN, y muchos lo pueden ver como una subordinación del poder judicial y en específico de la SCJN hacia el ejecutivo y el legislativo, pero al final resulta que la gente tiene una mejor percepción de los jueces que de los políticos.

TRIBUNALES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

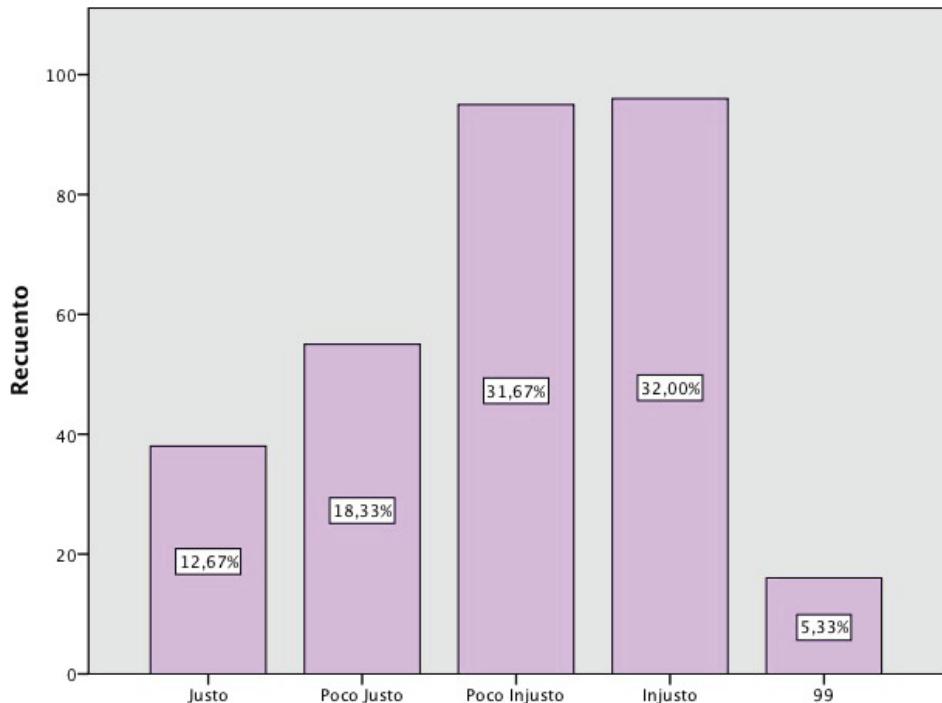


Datos: Encuesta de percepción de justicia. Gráfico elaboración propia

En ésta gráfica nos encontramos con una realidad muy diferente a la observada en la gráfica pasada en la que el poder judicial, la SCJN, era muy bien evaluada y sin embargo aquí, hablando de tribunales del poder judicial de la Federación, las calificaciones bajan notoriamente. La diferencia se observa en que el 51% muy parecido al 56% de la gráfica inmediata anterior, evalúa como “Poco Justo” a estos tribunales. Nos parece relevante que esto sea así porque es casi seguro que muy pocos de los entrevistados tengan un conocimiento amplio de lo hacen, como son nombrados y en fin los pormenores de los integrantes o en tal caso de los tribunales completos como instituciones. Al parecer, la SCJN, goza de un lugar privilegiado dentro de la percepción de los universitarios, que no tiene tanto que ver con la impartición de justicia, o es que en realidad se cree que la SCJN lo hace de manera muy destacable. Esta percepción se hace fuerte al observar que tan sólo el 14% creen a estos tribunales como justos.

Aunado a todo lo anterior nos podemos dar cuenta que cuando hablamos de la justicia electoral, o del organismo que se supone debe de velar por ella, la percepción es muy diferente con respecto a la que ostenta la SCJN o los tribunales federales. Este rubro de la justicia nacional junta el 63% de las respuestas en los rubros de “Poco Injusto” e “Injusto”. Y en contraste con esto sólo el 12.67% le da un valor de “Justo”.

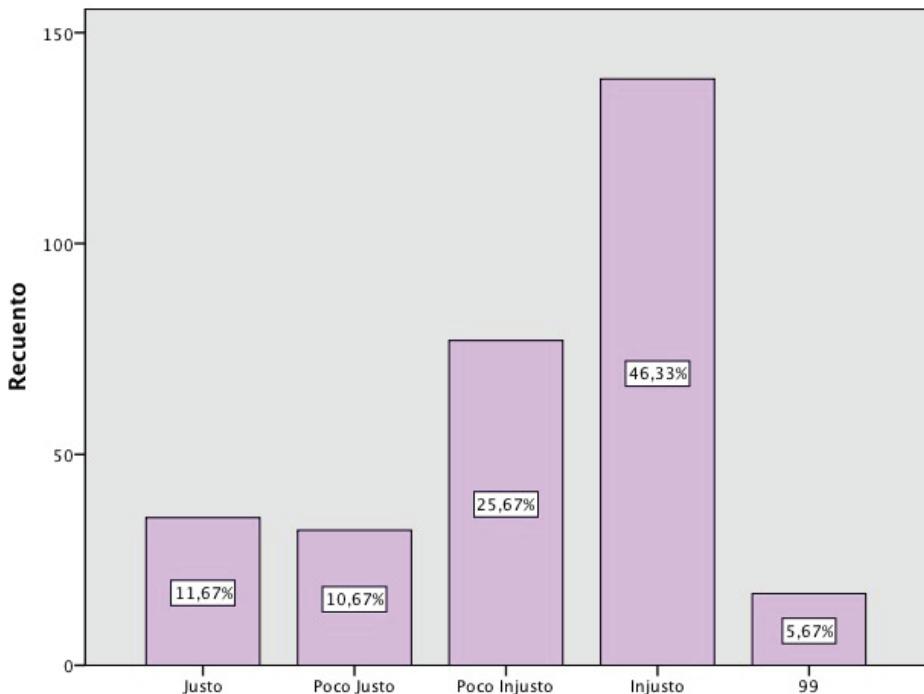
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación



Datos: Encuesta de percepción de justicia. Gráfico elaboración propia

Por último tenemos a los tribunales en general lo cual no favorece para nada a las instituciones jurisdiccionales de nuestro país, ya que mas del 46% percibe que las instituciones jurisdiccionales son injustas. Y si a esto le sumamos otro 25% que también las cree “Poco injustas” nos da un total porcentual de 72% de personas que definitivamente no creen que los tribunales de nuestro país se dediquen a dar justicia.

Tribunales

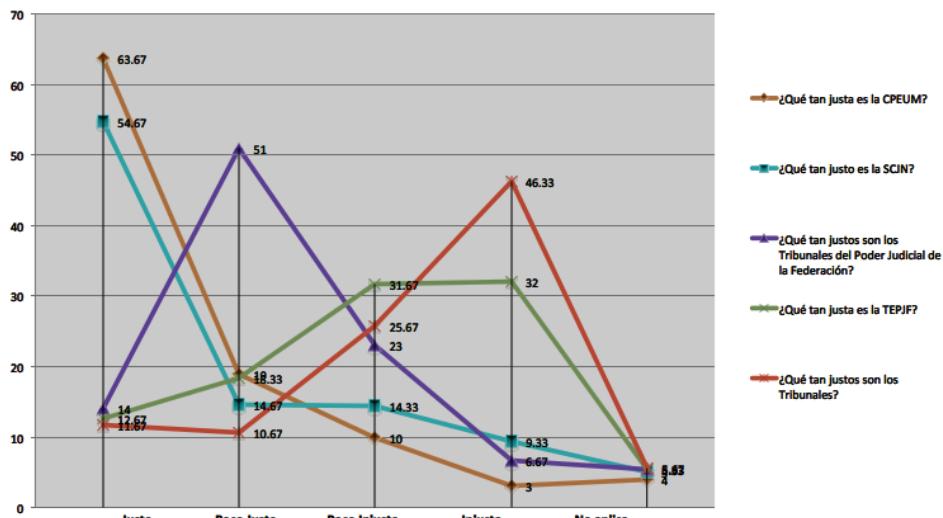


Datos: Encuesta de percepción de justicia. Gráfico elaboración propia

Lo cual es preocupante ya que esa es su función, su objetivo de existir es aplicar la ley, incluso el Máximo tribunal de nuestro país se llama Suprema Corte de JUSTICIA de la Nación. Su objeto es la justicia y están lejos de cumplirlo, según gran parte del universo encuestado. Lo cual es algo muy notable porque las instituciones eminentemente políticas no buscan ni deberían buscar la justicia como objetivo. Pero definitivamente los tribunales si deberían y al no cumplir con esto, su razón de ser está muy en entredicho. Para concluir con esta fase de la investigación observemos el comparativo de la tabla y la gráfica siguiente:

Pregunta/Respuesta	JUSTO	POCO JUSTO	POCO INJUSTO	INJUSTO	NO APLICA	TOTAL
¿Qué tan justa es la CPEUM?	63.67	19	10	3	4	100%
¿Qué tan justo es la SCJN?	54.67	14.67	14.33	9.33	5	100%
¿Qué tan justos son los Tribunales del Poder Judicial de la Federación?	14	51	23	6.67	5.33	100%
¿Qué tan justa es la TEPJF?	12.67	18.33	31.67	32	5.33	100%
¿Qué tan justos son los Tribunales?	11.67	10.67	25.67	46.33	5.67	100%

Comparativo sobre la percepción de lo que justas son las instituciones jurisdiccionales del país:



Datos: Encuesta de percepción de justicia. Gráfico elaboración propia

En esta tabla y la gráfica anterior, nos podemos hacer una idea resumida de cómo es la percepción de justicia que tienen estos universitarios sobre las instituciones jurisdiccionales de nuestro país. Y como se muestra, la CPEUM es mejor evaluada que cualquiera de estas instituciones que tienen como finalidad hacer justicia en nuestra sociedad. Luego le siguen la SCJN, los Tribunales de la Federación, el TEPJF y por último los tribunales en general.

Al final la evaluación no es muy halagüeña con ninguna de todas las instituciones que se pusieron a prueba en las encuestas. Tanto las instituciones políticas como jurisdiccionales fueron evaluadas como poco justas. Esto es algo que como pueblo, debe preocuparnos mucho y aun más a nuestros dirigentes, ya que gran parte de la gobernabilidad, la legitimidad, la participación, la democracia tienen que ver muchísimo con el valor de la justicia. El cual sin duda no está siendo cumplido ni siquiera por la CPEUM, y además faltaría a este estudio un complemento tras las reformas estructurales de este gobierno que cambiaron sustancialmente a nuestra Carta Magna.

Siguiendo con el análisis, también es necesario que se contemple el hecho de cómo son percibidas las instituciones encargadas de hacer cumplir la ley: las fuerzas del orden. Estas corporaciones son las encargadas de la aplicación de la ley en nuestro país, entre ellas comprendemos al Ejército, la policía federal, la policía municipal, los granaderos, los judiciales, los policías estatales y los Centros de Readaptación Social, comúnmente conocidas como cárceles. Veamos los datos de la gráfica:

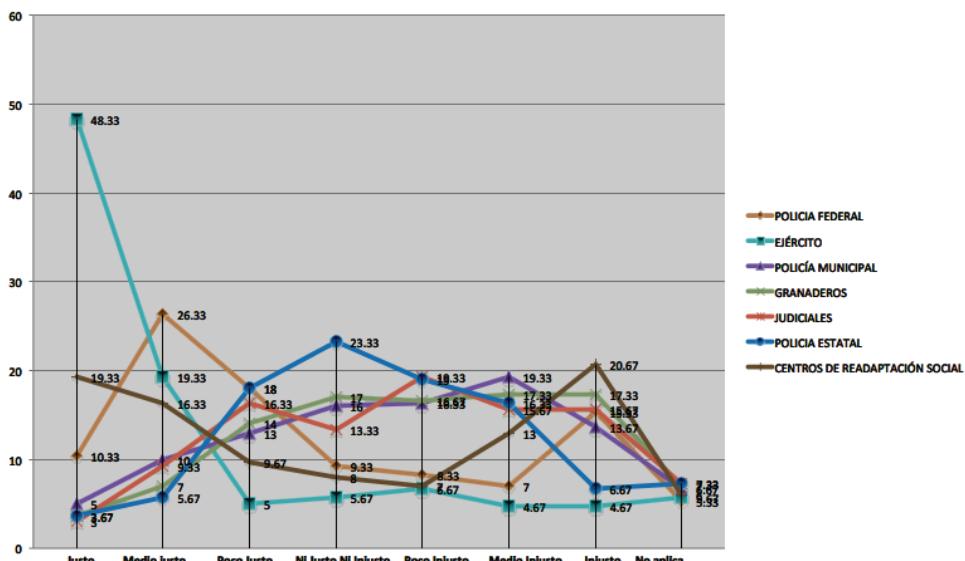
Pregunta/ Respuesta	Justo	Medio Justo	Poco Justo	Ni Justo Ni Injusto	Poco Injusto	Medio Injusto	Injusto	No Aplica	Total
Policia Fede- ral	10.33	26.33	18	9.33	8.33	7	15.33	5.33	100%
Ejército	48.33	19.33	5	5.67	6.67	4.67	4.67	5.67	100%
Policia Municipal	5	10	13	16	16.33	19.33	13.67	6.67	100%
Granaderos	3.67	7	14	17	16.67	17.33	17.33	7	100%
Judiciales	3	9.33	16.33	13.33	19.33	15.67	15.67	7.33	100%
Policia Estatatal	3.67	5.67	18	23.33	19	16.33	6.67	7.33	100%
Centros de readaptación Social	19.33	16.33	9.67	8	7	13	20.67	6	100%
Total	93.33	93.99	94	92.66	93.33	93.33	94.01	45.33	700%

Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

Esta tabla nos parece muy interesante porque, los datos arrojan una mediocridad a todas luces para todas estas instituciones. Como nos podemos dar cuenta si observamos la gráfica siguiente o la segunda columna de la tabla, la institución con mejor evaluación y aun así reprobatoria en una escala escolar simple, es el ejército, que es justo para el 48% de los encuestados de este estudio. Le sigue la Policía Federal con un 26% de “Medio justo” y luego la Policía estatal con un “Ni justo ni injusto” con un 23%. Un poco mas atrás los judiciales son vistos por el 19.33% con poco injusto. Y con “Medio injusto” la policía municipal y los granaderos, los cuales repiten en injusto con el mismo porcentaje y después de todos, vienen los Centros de Readaptación Social con un 20.67% que los considera injustos. Todas estas calificaciones cabe aclarar que fueron las modas de cada una de las instituciones. O sea que se les clasificó mas dentro de esta categoría que observamos en la tabla. Pero sin duda que no son los únicos datos relevantes para nuestro estudio. Ya que nos encontramos con una percepción muy dividida en respecto a que es lo más justo y lo más injusto. Ya que como nos podemos dar cuenta todas las columnas suman números muy parecidos en las percepciones. Todas acumulan un 92-94. Lo que nos indica con toda claridad que en general para las fuerzas del orden, no hay una definición de si son justas o injustas por completo frente a los jóvenes. Salvo el ejército que si obtuvo el 48% en lo “justo” todos los demás al parecer les dan lo mismo o figuran de manera igual dentro de los jóvenes universitarios. Me refiero a que si se hubieran sumado 500 de los 700 puntos posibles en las categorías de “lo justo”, medio justo y poco justo y en cambio solo 150 o 200 puntos en lo “injusto”, medio injusto y poco injusto, las cosas se verían muy diferentes y podríamos establecer que la situación para las fuerzas del orden sería muy diferentes, ya que cuando no eres ni justo ni completamente in justo, solo existes, no eres percibido por la sociedad, eres la mediocridad, podría decirse que tu actuación pasa desapercibida en el mejor de los casos. Y eso es un

mal dato si eres el encargado físico de hacer cumplir la ley dentro de un territorio establecido. Porque eso significa que no haces mucho o que haces cosas justas pero también injustas y que la sociedad no sabe con certeza como será tu actuar. Esto se recrudece en contra de estas corporaciones, si pensamos que solo están facultados para hacer cumplir la ley. No son entes privados que puedan hacer lo que ellos quieran. Ellos existen para que las leyes y la Constitución se apliquen. Y este puede ser uno de los grandes lugares de falla para nuestro sistema político, jurídico y de gobierno. La ley no se cumple, porque los encargados de hacerla cumplir (físicamente) no lo pueden llevar a cabo, o no quieren llevarlo a cabo. No hay manera de alguien la respeta si no hay fuerza real que respalde las leyes.

COMPARATIVO INSTITUCIONAL ENTRE FUERZAS DEL ORDEN Y SU PERCEPCIÓN DE JUSTICIA EN LA SOCIEDAD MEXICANA.



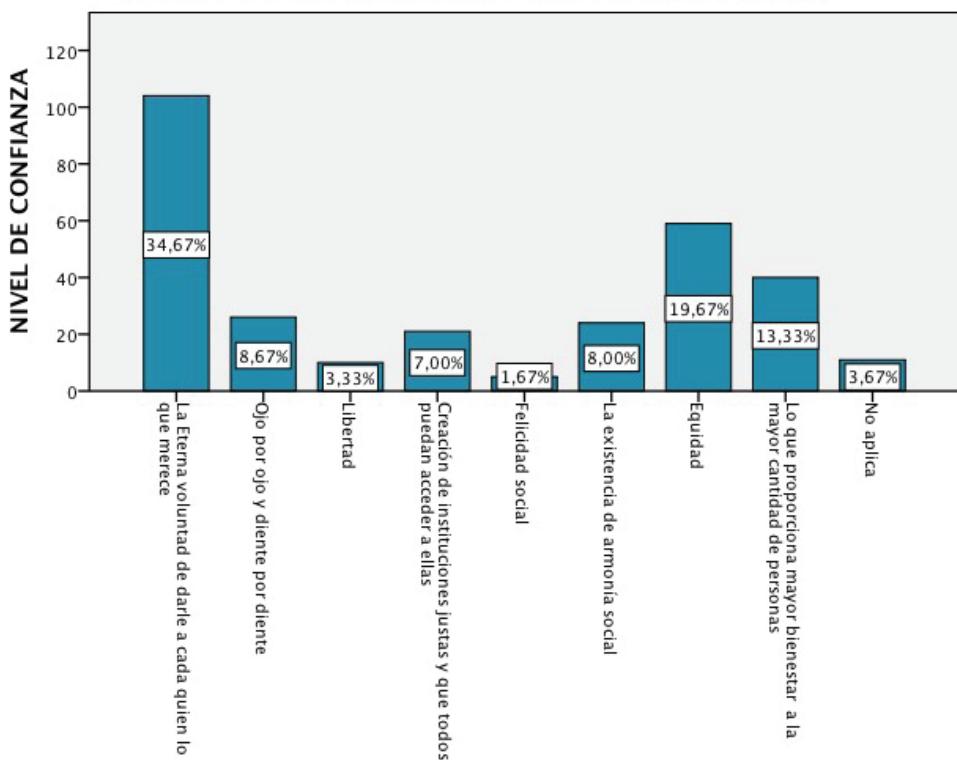
Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

En la gráfica es aún más evidente nuestro argumento, ya que todas las evaluaciones hechas por la población estudiantil, rondaron los 20% en cada rubro. Si pensamos que el ideal sería que todas fueran evaluadas con un 80-100% de “Justas” y en realidad ninguna siquiera obtuvo una calificación cercana a ello: esto nos señala que como sociedad mexicana tenemos un gran problema; Las fuerzas del orden son percibidas como que no funcionan, no cumplen su cometido.

Tal vez lo único rescatable es que ninguna está siendo evaluada con un 80-100% de lo “Injusto”. Lo que nos indica que se puede cambiar esta percepción. Y que no es extremadamente mala, se percibe que no trabajan para cometer injusticias, sino que simplemente no hacen mucho, no se esfuerzan en su cometido. Pero no cabe la menor duda de que se requerirá de mucho apego a la ley y mucha cons-

tancia en este trabajo si queremos que nuestras corporaciones sean percibidas de diferente forma por la siguiente generación de mexicanos que se encuentre al frente de las instituciones.

¿Con que Definición de Justicia se siente mas cómodo?



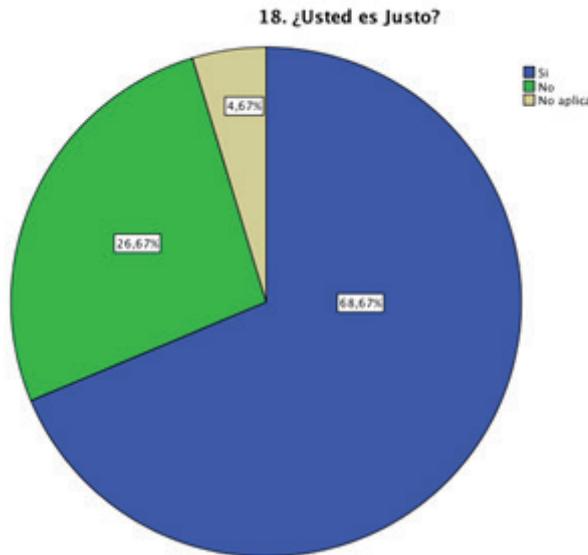
Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

En este punto del texto debemos comenzar a clarificar la definición de justicia que los estudiantes tienen en las universidades, con lo que podremos observar un cuadro muy interesante con respecto a las definiciones que como investigadores propusimos como más comunes, dentro de las cuales entran algunas de las más clásicas, como la utilitaria, la de Ulpiano, la de Hammurabi, la liberal, la Rawlsiana, y la de estricta igualdad. Lo que nos arroja este reactivo es que sin duda la población universitaria tiene dos preferencias de pensamiento sobre la justicia basadas principalmente en la definición de Ulpiano (34.67%): “La eterna voluntad de darle a cada quien lo que merece” y en segundo lugar se encuentra una definición de igualdad (19.67%). Esto muestra que la sociedad mexicana concibe la justicia como la definición que propusieron y defendieron griegos y romanos a través de grandes exponentes como lo son Platón, Aristóteles y Ulpiano. Y en segundo lugar la justicia como equidad nos remite mas a un pensamiento

o Rawlsiano si pensamos en su obra de “Teoría de la Justicia”, o Marxista-socialista. Me inclino a pensar que es lo segundo dado que la aplicación de Rawls en la pregunta 15 de la entrevista establece “Creación de instituciones justas y que todos puedan acceder a los puestos públicos”. Que es en sí misma gran parte de la propuesta que hace este autor y sin embargo solo obtuvo un 7% de respuestas positivas en las encuestas. Este dato es relevante porque me pregunto cómo es que los estudiantes quieren un estado avanzado y con instituciones de última generación si siguen pensando en términos de definiciones de hace cientos de años y que precisamente la que tiene más afirmaciones, es una definición que ha venido de la mano en los últimos siglos de la iglesia católica.

Sin embargo es de resaltar que el utilitarismo es la tercera opción elegida por los universitarios. Y sería muy recomendable saber porque y hasta qué punto es percibido el mayor bienestar como lo más justo dentro de nuestra sociedad.

Por último es notorio que las demás definiciones propuestas sobre justicia, tuvieron muy poca incidencia dentro de las respuestas elegidas por los estudiantes.

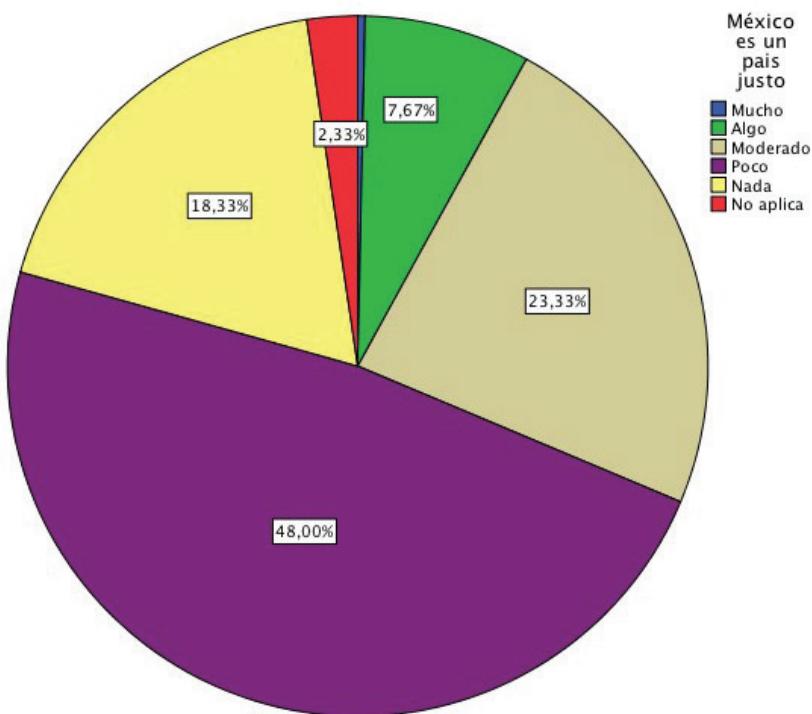


Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

Esta pregunta va al fondo de lo que la gente realmente cree de sí misma, lo que nos arroja resultados a todas luces interesantes si pensamos que el 68.67% de los jóvenes universitarios encuestados creen que ellos mismos son justos. Con lo que queda más que demostrado que el tema de la justicia es una cuestión completamente de percepción. Lo que nos indica que la gente cree que ellos sí son justos y las demás personas no lo son, prueba de ello, es que no las creen justas, y aun la mejor evaluada que fue la Constitución obtuvo una menor calificación que la que los jóvenes se dieron a sí mismos.

Si hacemos un cruce de variables entre las preguntas 2, 3 y 18 nos arroja un panorama bastante contradictorio entre lo que la gente piensa de sí misma, de la Constitución y del país. El primer dato relevante es que en la pregunta 2 el 48% de las respuestas dicen que México es un país “poco justo” el cual hace juego con el 46.33% de los estudiantes que dijeron que la CPEUM no garantiza la justicia en nuestro país. Muy contrario a solo el 26.67% de la pregunta 18.- que acepta no ser una persona justa. Lo que solo me permite sacar en claro que la mayoría de la gente encuentra en su actuar y pensamiento su “propia justicia” o que ellos mismos se creen justos y creen injustos a los demás. Esto es importante, porque si el país es un país poco justo y son las mismas personas las que hacen el país y redactamos la CPEUM, ¿Cómo es posible que haya percepciones tan diferenciadas para cada uno de estos reactivos? Es probable que entonces el problema de “justicia” se encuentre en otro grupo social como es el de los políticos.

2. ¿México es un país Justo?



Datos: Encuesta de Percepción de Justicia. Gráfico Elaboración Propia

CONCLUSIONES

Para terminar el estudio debemos reflexionar sobre varias cosas importantes que se dejan entrever en el análisis de la investigación.

Existen muchas acepciones de justicia; los estudiantes no tienen clara una idea concreta del término. Es notable la desconfianza de los jóvenes hacia la justicia institucional, sin duda, están convencidos mayoritariamente y se perciben a sí mismos como justos. Por otro lado, los estudiantes perciben a las instituciones ajena a su vida diaria como “más justas”, es decir, al no conocerlas bien las consideran “justas” según las encuestas. Cuando ellos han sido afectados por las decisiones o acciones de dichas instituciones, entonces no las consideran confiables, al menos que conozcan su actuar. Los jóvenes confían en las instituciones que conocen, pero a su vez confían en las que no están tan cerca de ellos como la SCJN o la CPEUM. En cambio las corporaciones como la Policía municipal, estatal, granaderos, CERESO's y las más cercanas a ellos, resultan poco justas. Otro caso similar, es la CPEUM, evaluada con mayor índice de justicia que las Leyes.

No debemos dejar pasar que México, como país, fue evaluado como “poco” y “nada” justo por un mayoritario 60%. Esto se da en el marco de una Constitución aprobada como justa por poco más del 60%; sin embargo las leyes que de ellaemanan son menos justas.

Ahora bien, las evaluaciones sobre la percepción de justicia que se le da a todas las instituciones es muy mala. Los estudiantes no confían en que las leyes y en el peor de los casos, la Constitución, aun cuando tengan buenas intenciones no se cumplen porque en general, los ciudadanos y los políticos no las respetan.

A manera de conclusión general podemos tener claro que para que las instituciones son percibidas como injustas, pero lo estudiantes piensan que ellos si son justos, lo que nos deja con una interrogante para otra investigación, ¿Por qué los estudiantes creen que las instituciones mexicanas son injustas, pero ellos sí lo son?

BIBLIOGRAFÍA

- AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda, *Derecho Penal*, Oxford, México, 2016.
A. A. Aurora *Historia Constitucional de México*. Trillas. México, 2009.
BANTAS, hercules, *Understanding John Rawls Justice as Fairness*. Smashwords, Australia, 2010
CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917 Longevidad casi centenaria*, Porrúa, México, 2013.
KELSEN, Hans, *La Teoría pura del Derecho*. Colofón, México, 2010.
LASALLE, Ferdinand, ¿Que es una Constitución?, Grupo Editorial Tomo S.A. de C.V., México, 2003.
LOCKE, john, *Segundo tratado sobre gobierno* (Edición del segundo ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil. ed.), Biblioteca Nueva. España, 2000.
PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*, Oxford, 2008.
RAWLS, John, *Law of peoples*. Blackwell, E.U., 2006
ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social*. Editores Mexicanos Unidos, México, 1992.
STUART MILL, John, *De la Libertad*, Alianza Editorial. México, 2004.
SANCHEZ ANDRADE, Eduardo, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Oxford, México, 2010.
_____, *Teoría General del Estado*. Oxford, México, 2001.

AMARTYA

RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y MECANISMOS DE PREVENCIÓN

LUIS FERNANDO AVILA SALCEDO*

RESUMEN

El presente artículo es una aproximación a los elementos nucleares que giran en torno a la responsabilidad administrativa, de quienes se encuentran en calidad de servidores públicos o particulares vinculados a ella, siendo marco introductorio el constitucional, en cuanto a la denominación del sujeto responsable, el aspecto de la responsabilidad civil, como el tratamiento jurídico propiamente para una presunta causa por responsabilidad de los sujetos indicados.

Palabras clave

Servidor público, responsabilidad civil, responsabilidad administrativa, sanciones, medidas cautelares

ABSTRACT

The present article is an approximation to the nuclear elements that revolve around the administrative responsibility, of those who are in the capacity of public servants or individuals related to it, being constitutional introductory, frame as to the denomination of the responsible subject, the aspect Of the civil responsibility, as the legal treatment properly for an alleged cause by responsibility of the indicated subjects.

Keywords

Civil servant, civil liability, administrative responsibility, sanctions, precautionary measures.

1. MARCO CONSTITUCIONAL

En un Estado de Derecho, uno de sus aspectos relevantes es el correspondiente a la responsabilidad del servidor público, con justificación de orden cons-

Recibido: 9/06/17 Aprobado: 15/07/17

* Profesor e investigador de la Facultad de Derecho e Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Anáhuac México. Correo electrónico favila@anahuac.mx

titucional en el título cuarto “De las Responsabilidades de los Servidores Públicos, Particulares Vinculados con Faltas Administrativas Graves o Hechos de Corrupción y Patrimonial del Estado”, encabezando el artículo 108 cuyo texto es el siguiente:

“Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título **se reputarán como servidores públicos** a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial de la Federación, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión o en la Administración Pública Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

Los ejecutivos de las entidades federativas, los diputados a las Legislaturas Locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, los integrantes de los Ayuntamientos y Alcaldías, los miembros de los organismos a los que las Constituciones Locales les otorgue autonomía, así como los demás servidores públicos locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo y aplicación indebidos de fondos y recursos federales.

Las Constituciones de las entidades federativas precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México. Dichos servidores públicos serán responsables por el manejo indebido de recursos públicos y la deuda pública.

Los servidores públicos a que se refiere el presente artículo estarán obligados a presentar, bajo protesta de decir verdad, su declaración patrimonial y de intereses ante las autoridades competentes y en los términos que determine la ley.”

Siguiendo la interpretación del artículo 108, el Mtro. Sergio García Ramírez en cuanto a responsabilidades señala cuatro tipos a saber: “... política, penal, administrativa y civil. Conviene agregar la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones laborales.”¹

Del vínculo existente entre el servidor público y el Estado surge un conjunto de relaciones jurídicas cuyos ámbitos de acción irrumpen en disciplinas de diversa naturaleza como se presenta en el **campo laboral** en cuanto Estado empleador y servidor público trabajador; el **administrativo** desde la perspectiva de la función pública, también el político de conformidad a su investidura; el **civil** en cuanto sujeto de derechos y obligaciones, como decisiones que afecten a los particulares en su patrimonio e igualmente **penales** en cuanto su conducta se adecua a un tipo penal y por lo mismo destinatario de la correspondiente sanción. A las anteriores responsabilidades también se encuentran las de orden **político**

¹ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, Derechos de los Servidores Públicos, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1443/4.pdf>, consultada el 12 de abril del 2016.

prescrito en la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos o la correspondiente Constitución Local.

En relación con el artículo 108 constitucional se debe atender a lo dispuesto por el artículo 23, cuyo texto es el siguiente: “Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.”²

El anterior dispositivo jurídico se expresa en el aforismo latino “non bis in idem”, que garantiza a toda persona, por supuesto al servidor público en lo particular a no ser juzgado dos veces por el mismo delito o en su caso infracción es decir una sentencia que resuelve bien resolviendo o condenando y que se encuentra en firme y que se concreta a la institución procesal de la denominada cosa juzgada. La legislación de orden federal abarca a los funcionarios del más alto rango como el presidente de la república, senadores y diputados como ministros de la corte, igualmente servidores públicos en general.

A. *Responsabilidad civil*

Se presenta cuando el servidor público bajo el principio que solamente se les permite lo que la ley expresamente les señala para el ejercicio de sus atribuciones y su actuación u omisión vulnera el interés que asiste a la ciudadanía o en general al de la sociedad y con ello causa un daño, se constituye en fuente de la responsabilidad.

El daño puede ser de orden material o moral o incluir los dos, en el primero la afectación se presenta de manera física a las personas o las cosas cuya reparación se concretará en la reposición de la cosa o el pago de daños y perjuicios al afectado.

En el orden moral como lo señala el artículo 1916 de Código Civil Federal:

“Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegitimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. [...]

² UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/9.htm?s=>, consultada el 12 de abril del 2016.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos:

I. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien;

II. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;

III. El que presente denuncias o querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y

IV. Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona.

La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo.

La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo.”³³

Siguiendo al Mtro. Sergio García Ramírez⁴ la determinación del daño moral implica una reparación que se concreta en una indemnización en dinero determinada por el juez, teniendo en cuenta los derechos lesionados, grado de responsabilidad, situación económica del responsable y la de la víctima, como todas las circunstancias que inciden en el caso.

La justificación jurídica se encuentra en el artículo 1915, cuyo texto es el siguiente:

“La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado

³ Código Civil Federal - Cámara de Diputados, www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/2_241213.doc, consultado el 12 de abril del 2016.⁴

⁴ Cfr. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, Derechos de los Servidores Públicos, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1443/4.pdf>, p.65, consultada el 12 de abril del 2016.

de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo...”⁵

El artículo 1918 de Código Civil Federal señala:

“.- Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones”

Al respecto el Mtro. Sergio García Ramírez⁶ señala:

Servidor público que cause daño en ejercicio de sus atribuciones, el Estado es responsable:

Si los actos son ilícitos y dolosos, la obligación es solidaria, en lo demás casos tienen el carácter de obligación subsidiaria es decir el Estado se le acarreará responsabilidad, cuando el servidor público no tenga bienes o los que tenga no son suficientes para responder.

El procedimiento ordinario civil que se adelanta en la jurisdicción correspondiente se compone de las siguientes etapas:

1. Medios preparatorios
2. Etapa expositiva
3. Audiencia previa y de conciliación
4. Etapa probatoria
5. Audiencia de pruebas y alegatos
6. Etapa resolutiva
7. Etapa impugnativa
8. Etapa ejecutiva

Tratándose de una causa civil aquellos funcionarios federales o locales calificados de alto rango, no deben satisfacer requisitos previos, en cuanto no gozan de inmunidad o fuero, como sí lo es en tratándose de la responsabilidad penal en cuanto requiere la declaración de procedencia.

B. Responsabilidad administrativa.

Al respecto el presente estudio toma como documento de análisis la Ley General de Responsabilidades Administrativas, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de julio del 2016, y cuyo texto tendrá vigencia a partir del 19 de julio del 2017, en adelante LGRA, para lo cual resulta indispensable entender la responsabilidad del servidor público en función del principio de legalidad siendo su principal fuente, en cuanto la ley expresamente señala las facultades y atribuciones, de cuyo ejercicio por acción u omisión, incurran en faltas administrativas graves. Para tal propósito, la Constitución en su artículo 108, de las responsabilidades de los servidores públicos, particulares vinculados

⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf, consultada 13 de abril del 2016.

⁶ CFR. *Ídem*.

con faltas administrativas graves o hechos de corrupción, y patrimonial del Estado, dispone los sujetos de responsabilidad, como el artículo 4 de la LGRA establece que:

“Son sujetos de esta Ley:

I. Los Servidores Públicos;

II. Aquellas personas que habiendo fungidos como Servidores Públicos se ubiquen en los supuestos a que se refiere la presente Ley,

III. Los particulares vinculados con faltas administrativas graves.”⁷

Para lo cual la Ley establece los principios y directrices que rigen la actuación, los que se encuentran expresamente en los contenidos de los artículos 6º y 7mo, en el siguiente sentido:

El 6º señala:

“Todos los entes públicos están obligados a crear y mantener condiciones estructurales y normativas que permitan el adecuado funcionamiento del Estado en su conjunto, y la actuación ética y responsable de cada servidor público.”⁸

Del artículo en mención, es importante el señalamiento en dos planos que cubren la actividad de los trabajadores al servicio del estado, uno las condiciones en el plano estructural, que permitan un funcionamiento adecuado del servicio público, es decir los medios con los que se presta el servicio, las propias instalaciones, la claridad de la normatividad para el ejercicio de la función y un segundo plano de gran relevancia y que tiene que ver con la persona en cuanto a la ética como aspecto fundamental en la actuación del trabajador al servicio del estado, es una directriz que busca comunicar el ius con el bonum, es decir el derecho con el bien. Una sociedad tiene una mejor marcha si sus integrantes tienen claro los valores para los cuales debe responder.

Seguidamente el artículo 7mo, establece los principios que deberán observar los trabajadores al servicio del estado en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, a saber:

- Disciplina
- Legalidad
- Objetividad
- Profesionalismo
- Honradez
- Lealtad
- Imparcialidad
- Integridad
- Rendición de cuentas
- Eficacia y eficiencia que rigen el servicio público.

⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, https://www.colmex.mx/assets/pdfs/13-LGRA_60.pdf?1493134145, consultada el 5 de junio del 2017.

⁸ CAMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, http://www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/pdf/1_240217.pdf, consultada el 5 de junio del 2017.

Para la efectiva aplicación de los principios inmediatamente mencionados, son establecidos en diez fracciones que se pueden agrupar de la siguiente manera:

Ejercicio propiamente de sus funciones e interés superior (I a III)

Es decir la actuación del empleo, cargo o comisión se realizará de conformidad a la ley, reglamentos y demás disposiciones jurídicas, de las cuales se deberá tener conocimiento para un correcto desempeño del servicio; conducirse con rectitud en el sentido que la función pública no es para servicio personal o de terceros; como hacer prevalecer ante todo el interés general y el bienestar de la población.

Trato a las personas y cultura del servicio (IV a V)

No conceder privilegios o preferencias a personas u organizaciones o permitir que influencias o intereses afecten su compromiso en la toma de decisiones y el carácter objetivo de las mismas; como hacer propia una cultura del servicio donde prive el correcto desempeño de las funciones orientadas al logro de los fines institucionales de conformidad con sus responsabilidades.

Administración de recursos y derechos humanos (VI a VII)

La administración de los recursos públicos se sujetará a los siguientes principios: **eficiencia, eficacia, economía, transparencia, y honradez; igualmente se tiene el compromiso de proteger, respetar, y garantizar los derechos humanos establecidos en la Constitución.**

Confianza, conflicto de intereses (VIII a X)

Se trata de corresponder a la confianza que la sociedad deposita en el Trabajador al Servicio del Estado, para lo cual siempre prevalecerá el interés general; en sentido similar evitar intereses que entren en conflicto y que afecten el desempeño responsable y objetivo de sus funciones.

Finalmente el artículo en mención dispone la abstención de toda conducta que mediante trato o promesa privada comprometa al Estado mexicano.

2. AUTORIDADES COMPETENTES PARA APLICAR LA PRESENTE LEY

El capítulo III, del título I de la Ley General de Responsabilidades administrativas, en el artículo 8 establece:

“Las autoridades de la Federación y las entidades federativas concurrirán en el cumplimiento del objeto y los objetivos de esta Ley.”

Seguidamente el artículo 9 señala las autoridades facultadas para aplicar la presente Ley:

- “I. Las Secretarías;
- II. los Órganos internos de control;

III. La Auditoría Superior de la Federación y las Entidades de fiscalización superior de las entidades de las entidades federativas;

IV. Los Tribunales;

V. Tratándose de las responsabilidades administrativas de los Servidores Públicos de los poderes judiciales, serán competentes para investigar e imponer las sanciones que correspondan, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal, conforme al régimen establecido en los artículos 94 y 109 de la Constitución y en su reglamentación interna correspondiente; y los poderes judiciales de los estados y el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, así como sus consejos de la judicatura respectivos, de acuerdo a lo previsto en los artículos 116 y 122 de la Constitución, así como sus constituciones locales y reglamentaciones orgánicas correspondientes. Lo anterior, sin perjuicio de las atribuciones de la Auditoría Superior y de las Entidades de fiscalización de las entidades federativas, en materia de fiscalización sobre el manejo, la custodia y aplicación de recursos públicos, y

V. Las unidades de responsabilidades de las empresas productivas del Estado, de conformidad con las leyes que las regulan. Para tal efecto, contarán exclusivamente con las siguientes atribuciones:

- a) Las que esta Ley prevé para las autoridades investigadoras y substanciadoras;
- b) Las necesarias para imponer sanciones por Faltas administrativas no graves, y
- c) Las relacionadas con la Plataforma digital nacional, en los términos previstos en esta Ley.”⁹

3. MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS

Uno de los aspectos a destacar en el campo de las leyes orientadas a establecer las responsabilidades de los servidores públicos y en particular la que se estudia es la atención a mecanismos que se encuentren en la esfera de la preventión, como una operación intelectiva que brindaría la posibilidad de anticiparse a conductas que vulneran el ejercicio cabal de la administración pública en este sentido el artículo 15 expresamente dispone:

“Para prevenir la comisión de **faltas administrativas y hechos de corrupción**, las Secretarías y los Órganos internos de control, considerando las funciones que a cada una de ellas les corresponden y previo diagnóstico que al efecto realicen, podrán implementar acciones para orientar el criterio que en situaciones específicas deberán observar los Servidores Pùblicos en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, en coordinación con el Sistema Nacional Anticorrupción.

En la implementación de las acciones referidas, los Órganos internos de control de la Administración Pública de la Federación o de las entidades federativas deberán atender los lineamientos generales que emitan las Secretarías, en sus respectivos ámbitos de competencia. En los órganos constitucionales autónomos, los Órganos internos de control respectivos, emitirán los lineamientos señalados.”¹⁰

⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN. https://www.colmex.mx/assets/pdfs/13-LGRA_60.pdf?1493134145, consultada el 7 de junio del 2017.

¹⁰ Idem

En este orden, la disposición jurídica siguiente, el artículo 16, señala:

“Los Servidores Públicos deberán observar el **código de ética** que al efecto sea emitido por las Secretarías o los Órganos internos de control, conforme a los lineamientos que emita el Sistema Nacional Anticorrupción, para que en su actuación impere una conducta digna que responda a las necesidades de la sociedad y que oriente su desempeño.

El código de ética a que se refiere el párrafo anterior, deberá hacerse del conocimiento de los Servidores Públicos de la dependencia o entidad de que se trate, así como darle la máxima publicidad.”

Cobra sentido la disposición transcrita, en cuanto, a que generalidad de las personas tienen una perspectiva negativa de quienes prestan servicios desde la administración pública a la sociedad, aspecto que se suma al desencuentro entre las personas y sus servidores públicos, en gran medida en esta situación podría encontrarse una de las grandes causas que alimenta la impunidad, al dejar hacer, dejar pasar, bajo la desatención de todos como sociedad que debemos actuar en sentido crítico positivo en la construcción de medios que faciliten la comunicación, así como la articulación de instrumentos que agilicen el buen desempeño de la administración.

En tal sentido incorporar, además del conocimiento que se debe poseer, para el ejercicio de la función pública, el factor ético como ingrediente sustancial de quienes realizan actividades en el sector público o se encuentran vinculados a ella, implica también que la conducta responde a un conjunto de deberes que desde el plano ético responde a los denominados valores. En tal sentido la ley responde a una exigencia que en las últimas décadas ha venido gestándose y es el compromiso no solo con el conocimiento sino la calidad como persona y la conducta que finalmente se manifiesta con la corrección y adecuada prestación del servicio.

4. SANCIÓNES POR FALTAS ADMINISTRATIVAS NO GRAVES

El artículo 75 establece sanciones por faltas administrativas las siguientes:

- I. Amonestación pública o privada;
- II. Suspensión del empleo, cargo o comisión;
- III. Destitución de su empleo; cargo o comisión, y
- IV. Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas.

Las Secretarías y los órganos internos de control podrán imponer una o más de las sanciones administrativas señaladas en este artículo, siempre y cuando sean compatibles entre ellas y de acuerdo a la trascendencia de la Falta administrativa no grave.

La suspensión del empleo, cargo o comisión que se imponga podrá ser de uno a treinta días naturales.

En caso de que se imponga como sanción la inhabilitación temporal, ésta no será menor de tres meses ni podrá exceder de un año.”¹¹

En cuanto a las consideraciones en orden a imponer las sanciones, la ley señala aspectos orientadores, establecidos en el artículo 76 de la siguiente manera:

“Para la imposición de las sanciones [...] se deberán considerar los elementos del empleo, cargo o comisión que desempeñaba el servidor público cuando incurrió en la falta, así como los siguientes:

I. El nivel jerárquico y los antecedentes del infractor, entre ellos, la antigüedad en el servicio;

II. Las condiciones exteriores y los medios de ejecución, y

III. La reincidencia en el incumplimiento de obligaciones.

En caso de reincidencia de Faltas administrativas no graves, la sanción que imponga el Órgano interno de control no podrá ser igual o menor a la impuesta con anterioridad.

Se considerará reincidente al que habiendo ocurrido en una infracción que haya sido sancionada y hubiere causado ejecutoria, cometiera otra del mismo tipo.”¹²

Siguiendo con los criterios orientadores la sanción, el artículo 77, dispone:

“Corresponde a las Secretarías o a los Órganos internos de control imponer las sanciones por Faltas administrativas no graves, y ejecutarlas. Los Órganos internos de control podrán abstenerse de imponer la sanción que corresponda siempre que el servidor público:

I. No haya sido sancionado previamente por la misma Falta administrativa no grave, y

II. No haya actuado de forma dolosa.

Las Secretarías o los Órganos internos de control dejarán constancia de la no imposición de la sanción a que se refiere el párrafo anterior.”¹³

5. SANCIÓN POR FALTAS ADMINISTRATIVAS GRAVES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS

En caso de infracción grave y de conformidad con el artículo 78 se impondrán las siguientes sanciones:

“I. Suspensión del empleo, cargo o comisión;

II. Destitución del empleo, cargo o comisión;

III. Sanción económica, y

IV. Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas.

A juicio del Tribunal, podrán ser impuestas al infractor una o más de las sanciones señaladas, siempre y cuando sean compatibles entre ellas y de acuerdo a la gravedad de la Falta administrativa grave.

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem*

¹³ *Idem*

La suspensión del empleo, cargo o comisión que se imponga podrá ser de treinta a noventa días naturales.

En caso de que se determine la inhabilitación, ésta será de uno hasta diez años si el monto de la afectación de la Falta administrativa grave no excede de doscientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, y de diez a veinte años si dicho monto excede de dicho límite. Cuando no se cause daños o perjuicios, ni exista beneficio o lucro alguno, se podrán imponer de tres meses a un año de inhabilitación.”¹⁴

En los artículos 79 y 80, contempla el primero la sanción por la obtención de beneficios económicos, en cuyo caso podrá alcanzar hasta dos tantos de los beneficios obtenidos, la cual en ningún caso podrá ser menor o igual al monto de los beneficios obtenidos, y el segundo establece los elementos a considerar para la imposición de la sanción, siendo los siguientes:

- “I. Los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones;
- II. El nivel jerárquico y los antecedentes del infractor, entre ellos la antigüedad en el servicio;
- III. Las circunstancias socioeconómicas del servidor público;
- IV. Las condiciones exteriores y los medios de ejecución;
- V. La reincidencia en el incumplimiento de obligaciones, y
- VI. El monto del beneficio derivado de la infracción que haya obtenido el responsable.”¹⁵

6. SANCIONES POR FALTAS DE PARTICULARES:

Al respecto son consideradas tanto las personas físicas como las morales, en cuanto a las personas físicas, las sanciones son las siguientes:

- a) Sanción económica hasta dos tantos de los beneficios obtenidos o, en caso de no haberlos obtenidos el equivalente a la cantidad de cien hasta ciento cincuenta mil veces el valor diario de la Unidad de Medida de Actualización;
- b) Inhabilitación temporal para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, según corresponda, por un periodo que no será menor de tres meses ni mayor de ocho años.
- c) Indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública Federal, local o municipal, o al patrimonio de los entes públicos.

En tratándose de personas morales:

- a) Sanción económica hasta dos tantos de los beneficios obtenidos, en caso de no haberlos obtenido por el equivalente a la cantidad de mil hasta un millón quinientas mil veces el valor diario de la Unidad de Medida de Actualización;

¹⁴ *Idem*

¹⁵ *Idem*

- b) Inhabilitación temporal para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas por un periodo no menor de tres meses ni mayor de diez años;
- c) La suspensión de actividades, por un periodo que no será menor de tres meses ni mayor de tres años, consistente en detener, diferir, o privar temporalmente a los particulares de sus actividades comerciales, económicas, contractuales o de negocios por estar vinculados a faltas administrativas graves;
- d) Disolución de la sociedad respectiva, que consistirá en la pérdida de la capacidad legal de una persona moral, para el cumplimiento del fin por el que fue creada por orden jurisdiccional y como consecuencia de la comisión, participación y relación con una falta administrativa grave;
- e) Indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública Federal, local o municipal o al patrimonio de los entes públicos.

7. REGLAS PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES POR FALTAS DE PARTICULARRES

De conformidad con el artículo 82, deberán ser considerados los siguientes elementos:

- I. El grado de participación del o los sujetos en la Falta de particulares;
- II. La reincidencia en la comisión de las infracciones;
- III. La capacidad económica del infractor;
- IV. El daño o puesta en peligro del adecuado desarrollo de la actividad administrativa del Estado, y
- V. El monto del beneficio, lucro o del daño o perjuicio derivado de la infracción, causados.

8. INVESTIGACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LAS FALTAS GRAVES Y NO GRAVES

De conformidad con el artículo 90, tratándose del inicio de la investigación deberá regirse por los siguientes principios.

- Legalidad
- Imparcialidad
- Objetividad
- Congruencia
- Verdad material
- Respeto a los derechos humanos

En cuanto a las autoridades, serán responsables de:

- La oportunidad
- Exhaustividad y eficiencia de la investigación
- Integralidad y datos de los documentos

- Resguardo del expediente en su conjunto
- Incorporación a la investigación de las técnicas, tecnologías y métodos de investigación acordes a las mejores prácticas internacionales
- Cooperar con las autoridades internacionales a fin de fortalecer los procedimientos de investigación, compartir las mejores internacionales y combatir la corrupción.

Inicio de la investigación

La investigación por la comisión de una presunta falta administrativa y de conformidad con el artículo 91, iniciará de:

- Oficio
- Denuncia
- Derivado de las auditorías practicadas por parte de las autoridades competentes
- En su caso de auditores externos.

Como particularidad de la denuncia, ésta podrá ser anónima, por lo que las autoridades investigadoras cuidarán la confidencialidad de la identidad de la persona que presente la denuncia.

En cuanto a la denuncia deberá contener:

- Los datos o indicios que permitan advertir la presunta responsabilidad administrativa.
- Podrán presentarse de manera electrónica, a través de los mecanismos que al efecto establezcan las autoridades investigadoras.
- Lo anterior sin menoscabo de la plataforma digital, que determine el Sistema Nacional Anticorrupción.

Investigación

– Las Autoridades investigadores llevarán de oficio, las auditorías o investigaciones debidamente fundadas y motivadas de los Servidores Públicos o particulares que puedan constituir responsabilidades administrativas, sin menoscabo de las denuncias referidas con anterioridad.

– las autoridades investigadoras tendrán acceso a la información necesaria para el esclarecimiento de los hechos, con inclusión de aquellas consideradas por la ley con carácter de reservada o confidencial, vinculadas estrictamente a la comisión de la infracción, de las cuales mantendrá la misma reserva o secrecía.

– Para el cumplimiento de la investigación por faltas graves administrativas, a las autoridades facultadas no les serán oponibles las disposiciones, dirigidas a proteger la secrecía de la información en materia bursátil, fiscal, fiduciario o la relacionada con operaciones de depósito, administración, ahorro e inversión de recursos monetarios. Al particular se celebraran convenios de colaboración con las autoridades correspondientes.

– Las autoridades encargadas de la investigación podrán ordenar la práctica de visitas de verificación de conformidad con lo establecido en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y sus homólogas en las entidades federativas.

– las personas físicas o morales, públicas o privadas, sujetas a investigación por presuntas irregularidades cometidas en el ejercicio de sus funciones deberán atender **los requerimientos que**, debidamente fundados y motivados, les formulen las autoridades investigadoras.

– Plazos: la autoridad investigadora otorgará un plazo de **cinco hasta quince días hábiles** para la atención de sus requerimientos. El anterior plazo es susceptible de ampliación por causas debidamente justificadas a solicitud de los interesados la cual no podrá exceder en ningún caso la mitad del plazo previsto originalmente.

– Los entes públicos a los que se les formule el requerimiento de información, tendrán la obligación de proporcionarla en los plazos señalados inmediatamente anterior, contados desde la fecha en que surta efectos la notificación.

– El plazo podrá ampliarse, no obstante no podrá exceder la mitad del originalmente previsto y en todo caso será improrrogable.

– Las facultades de las autoridades investigadoras se extienden a solicitudes de información o documentación a cualquier persona física o moral con el propósito de esclarecer los hechos relacionados con la comisión de presuntas faltas administrativas.

– Medidas para el cumplimiento de las determinaciones de las autoridades administrativas:

- I. Multa hasta el equivalente de cien a ciento cincuenta veces el valor diario de la Unidad de Medida de Actualización, en caso de renuencia al cumplimiento del mandato;
- II. Solicitar el auxilio de la fuerza pública de cualquier orden de gobierno, los que deberán atenderla de inmediato;
- III. Arresto hasta por treinta y seis horas.

– **La Auditoría Superior y las entidades de fiscalización superior de las entidades federativas**, investigarán y en su caso substanciarán, los procedimientos de responsabilidad administrativa correspondientes. Si es procedente presentará la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público que corresponde.

9. CALIFICACIÓN DE LAS FALTAS ADMINISTRATIVAS

Procede la calificación cuando **concluidas las diligencias de investigación**, la autoridad investigadora procederá:

- Análisis de los hechos.
- Análisis de la información recabada.
- Determinar la existencia o inexistencia de actos u omisiones como falta administrativa.
- Calificarla como grave o no grave.
- Calificada la conducta, se incluirá en el informe de Presunta Responsabilidad Administrativa, la que se presentará ante la autoridad sustanciadora a efecto de iniciar el procedimiento de responsabilidad administrativa.

- Si no se encuentran elementos suficientes que acrediten la existencia de la infracción y la presunta responsabilidad del infractor, se emitirá un **acuerdo de conclusión y archivo del expediente**, sin perjuicio de que pueda abrirse nuevamente la investigación, si se presentan nuevos indicios o pruebas y no hubiese prescrito la facultad para sancionar.
- La determinación se notificará a los Servidores Públicos y particulares sujetos a investigación, igualmente a los denunciantes cuando éstos fueren identificables, dentro de **los 10 días hábiles siguientes a su emisión**.

Autoridad sustanciadora

- La autoridad sustanciadora o en su caso la resolutora se abstendrá de iniciar el procedimiento de responsabilidad administrativa o de imponer sanciones a un servidor público, cuando de las investigaciones practicadas o derivado de la valoración de las pruebas, adviertan que no existe daño ni perjuicio a la Hacienda Pública Federal, local o municipal, o al patrimonio de los entes públicos y que se presenta alguna de las siguientes hipótesis:
 - I. Que la actuación del servidor público, en la atención, trámite o resolución de asuntos a su cargo, esté referida a una **questión de criterio o arbitrio opinable o debatible**, en la que válidamente puede sustentarse diversas soluciones, siempre que la conducta o abstención no constituya una desviación a la legalidad y obren constancias de los elementos que tomó en cuenta el Servidor Público para la decisión adoptada, o
 - II. Que el acto u omisión fue corregido o subsanado de manera espontánea por el servidor público o implique error manifiesto y en cualquiera de estos supuestos. los efectos que, en su caso se produjeron, desaparecieron.

Impugnación de la calificación de faltas no graves

Se establece a partir del artículo 102 al 110 señalando lo siguiente:

- La calificación de los hechos como faltas administrativas no graves, serán notificadas al Denunciante, cuando fuere identificable. La notificación contendrá expresamente la forma en que el notificado podrá acceder al expediente de la presunta responsabilidad administrativa. La calificación y la abstención podrán ser impugnadas, por el denunciante mediante el recurso de inconformidad. El efecto de la presentación del recurso radica en que no se inicia el procedimiento de responsabilidad administrativa hasta tanto sea resuelto.
- Plazo para la presentación del recurso será de **cinco días hábiles** contados a partir de la notificación de la resolución impugnada.
- El escrito de impugnación se presenta ante la Autoridad investigadora que calificó la falta administrativa como no grave, expresando los motivos por los que estima indebida la calificación.

Interpuesto el recurso, la Autoridad investigadora deberá **correr trasladado**, adjuntando el expediente integrado y un informe en el que justifique

la calificación impugnada a la **Sala Especializada** en materia de Responsabilidades Administrativas que corresponda.

- En el caso de que la Sala Especializada en materia de responsabilidades administrativas, tenga por subsanadas las deficiencias o por aclarado el escrito por el que se interponga el recurso de inconformidad o bien el escrito cumpla con los requisitos señalados por la ley, **admitirá dicho recurso** y darán vista al presunto infractor para que en el término de **cinco días hábiles manifieste lo que a su derecho convenga**.
- Subsanadas las deficiencias o aclaraciones o sino existen, la Sala Especializada en materia de Responsabilidades Administrativas **resolverá el recurso de inconformidad, en un plazo no mayor a treinta días hábiles**.
- El recurso será resuelto tomando en consideración la investigación que conste en el expediente, según los elementos aportados por el Denunciante o el presunto infractor. Contra **la resolución que se dicte no procede recurso alguno**.

Requisitos que debe contener el escrito del recurso de inconformidad

Son los siguientes:

- I. Nombre y domicilio del recurrente;
- II. La fecha en que se le notificó la calificación;
- III. Las razones y fundamentos por los que a juicio del recurrente, la calificación del acto es indebida;
- IV. Firma autógrafa del recurrente. Si se omitiere dará lugar a que no se tenga por presentado el recurso.

El recurrente, acompañará su escrito con las pruebas que estime pertinentes para sostener las razones y fundamentos expresados en el recurso de inconformidad. La satisfacción de este requisito no será necesaria si los argumentos contra la calificación de los hechos versan solo sobre aspectos de derecho.

Resolución

La resolución consistirá en:

- Confirmar la calificación o abstención
- Dejar sin efectos la calificación o abstención, para lo cual la autoridad encargada de resolver el recurso, estará facultada para recalificar el acto u omisión o bien ordenar el procedimiento correspondiente.

10. DEL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

- **Principios en los procedimientos de responsabilidad administrativa, son:** Legalidad, presunción de inocencia, imparcialidad, objetividad, congruencia, exhaustividad, verdad materia y respeto a los derechos humanos.

Procedimiento

- Inicia cuando las autoridades sustanciadores, en el ámbito de su competencia, admitan el informe de Presunta Responsabilidad administrativa.

- La admisión **del informe** de Presunta Responsabilidad Administrativa, interrumpirá los plazos de prescripción y fijará la materia del procedimiento de responsabilidad administrativa.
- En caso que con posterioridad a la admisión del informe las autoridades investigadores adviertan **la probable comisión de cualquier otra falta administrativa** imputable a la misma persona, deberá elaborar un diverso informe de Presunta Responsabilidad Administrativa y promover el respectivo procedimiento de responsabilidad administrativa por separado, sin perjuicio de que, en el momento procesal oportuno, pueda solicitar su acumulación.
- La autoridad a quien se encomienda la sustanciación y en su caso la resolución del procedimiento de Responsabilidad Administrativa, **deberá ser distinto de aquél o aquellos** encargados de la investigación. Para tal efecto las Secretarías, los Órganos internos de control, la Auditoría Superior, las entidades de fiscalización superior de las entidades federativas, así como las unidades de responsabilidades de las empresas productivas del estado, contarán con la estructura orgánica necesaria para realizar las funciones correspondientes a las autoridades investigadoras y sustanciadoras, garantizando la independencia entre ambas en el ejercicio de sus funciones.

Partes en el procedimiento de responsabilidad administrativa

- I. la autoridad investigadora;
- II. El servidor público señalado como presunto responsable de la falta administrativa grave o no grave;
- III. El particular, sea persona física o moral, señalado como presunto responsable en la comisión de Faltas de particulares, y
- IV. Los terceros, que son todos aquellos a quienes pueda afectar la resolución que se dicte en el procedimiento de responsabilidad administrativa, incluido el denunciante.

Notificaciones

De las partes, señalar en las fracciones II, III, IV, podrán autorizar para oír notificaciones en su nombre, a una o varias personas con capacidad legal, quienes quedaran facultadas para interponer los recursos que procedan, ofrecer o intervenir en el desahogo de pruebas, alegar en las audiencias, pedir se dicte sentencia para evitar la consumación del término de caducidad por inactividad procesal como realizar cualquier otro acto que resulte necesario para la defensa de los derechos del autorizante, pero no podrá sustituir o delegar las facultades en un tercero.

Las personas autorizadas, deberán acreditar estar autorizados para ejercer la profesión de abogado o licenciado en derecho, en cuyo caso proporcionará los datos correspondientes en el escrito en que se otorgue dicha autorización y mostrar la cédula profesional o carta de pasante para la práctica de la abogacía en las

diligencias de prueba en las que intervengan, entendiéndose que el autorizado que no cumpla con lo solicitado, perderá la facultad, en perjuicio de la parte que lo hubiera designado y únicamente se tendrán las que reúnan los requisitos.

Las personas autorizadas serán responsables de los daños y perjuicios que causen ante el que los autorice, de conformidad con las disposiciones aplicables del Código civil Federal, relativas al mandato y conexas. Los autorizados podrán renunciar, presentando a la autoridad resolutora escrito, exponiendo las causas de la renuncia.

Las partes podrán designar personas solamente para oír notificaciones e imponerse de los autos, estableciendo expresamente el alcance de las autorizaciones concedidas.

Cuando se trate de personas morales deberá comparecer en todo momento sus representantes legales, o por las personas que estos designen, pudiendo así mismo designar autorizados.

Será de aplicación supletoria lo dispuesto en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo o las leyes que rijan en esta materia en las entidades federativas, según corresponda.

En los procedimientos administrativos se estimarán como días hábiles todos los del año, **con excepción de aquellos días que, por virtud de le, decreto o disposición administrativa**, se determine como inhábil, durante los cuales no se practicara diligencia alguna.

Serán horas hábiles entre las 9:00 y las 18:00 horas. Las autoridades sustanciadoras o resolución del asunto, podrán habilitar días y horas inhábiles para la práctica de aquellas diligencias que a su juicio lo requieran.

Medios de apremio

En orden al cumplimiento de las disposiciones de las autoridades sustanciadoras, el artículo 120 establece los medios de apremio, siendo los siguientes:

- I. Multa de cien a ciento cincuenta veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización (UMA), la que podrá duplicarse o triplicarse en cada ocasión, hasta alcanzar dos mil veces el valor diario de la UMA, en caso de renuencia al cumplimiento del mandato respectivo;
- II. Arresto hasta por treinta y seis horas, y
- III. Solicitar el auxilio de la fuerza pública de cualquier orden de gobierno, los que deberán de atender de inmediato el requerimiento de la unidad;

En caso extremo, cuando no se acata lo dispuesto por la autoridad sustanciadora el art. 122, señala que, se dará vista a la **autoridad penal** competente para que proceda en los términos de la legislación aplicable.

Medidas cautelares

Establecidas en el artículo 123, con el objeto de que las determinaciones de la autoridad sustanciadora, no se vean afectadas por maniobras anticipadas del presunto responsable, cuyos fines se encuentran previstos de la siguiente manera:

- I. Eviten el ocultamiento o destrucción de pruebas;
- II. Impidan la continuación de los efectos perjudiciales de la presunta falta administrativa;
- III. Eviten la obstaculización del desarrollo adecuado del procedimiento de responsabilidad administrativa;
- IV. Eviten un daño irreparable a la Hacienda Pública, o de las entidades federativas, de los municipios, alcaldías, o al patrimonio de los entes públicos.

Para lo cual y según el artículo 124, se encuentra establecidas las siguientes:

- I. Suspensión temporal del servidor público;
- II. Exhibición de documentos originales relacionados con la presunta Falta administrativa;
- III. Apercibimiento de multa de cien hasta ciento cincuenta UMA, para cominar a los presuntos responsables y testigos a presentarse el día y hora que se señalen para el desahogo de pruebas a su cargo, así como señalar un domicilio para practicar cualquier notificación personal relacionada con la sustanciación y resolución del procedimiento de responsabilidad administrativa;
- IV. Embargo precautorio de bienes; aseguramiento o intervención precautoria de negociaciones. De forma supletoria será aplicable el Código Fiscal de la Federación, o las que en su caso en esta misma materia sean aplicables en el ámbito de las entidades federativas, y
- V. las que sean necesarias para evitar un daño irreparable a la Hacienda Pública Federal , o de las entidades federativas, municipios, alcaldías, o al patrimonio de los entes públicos, para lo cual las autoridades resolutoras del asunto, podrán solicitar el auxilio y colaboración de cualquier autoridad del país.

CONCLUSIONES:

Primera: Uno de los aspectos relevantes del ordenamiento en materia de responsabilidades administrativas es el carácter de ley general, cuyos sujetos de responsabilidades de manera estricta no se circunscribe única y exclusivamente al servidor público, en cuanto se incluye a los particulares.

Segunda: las acciones encaminadas a establecer la responsabilidad del servidor público, no se concentra en el ámbito de la sanción sino resulta significativo el aspecto correspondiente a la prevención, como factor fundamental en el debido ejercicio de la función pública.

Tercera: El sentido tradicional de ver las responsabilidades del servidor público de manera estricta, tiene en el marco objetivo de la disposición jurídica su fuente, no obstante la nueva reglamentación acude además del conocimiento de quien ejerce la función pública, al tratamiento de la ética como factor esencial en la buena marcha de la administración pública.

Cuarto: uno de los grandes cuestionamientos al sistema jurídico en general es su aplicación, en tanto el distanciamiento entre el deber ser y el ser, contraproducente al razonamiento de las sociedades que, demandan la eficacia de la norma. La dirección de la nueva Ley General de Responsabilidades se encuentra orientada a la búsqueda de la verdad materia, vinculado al aspecto objetivo de la norma, al sujeto y condicionamiento ético en su actuación, como al factor preventivo en la actuación de servidores públicos y particulares.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio Derechos de los Servidores Públicos, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1443/4.pdf>, consultada el 12 de abril del 2016.
- UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/9.htm?s=>, consultada el 12 de abril del 2016.
- Código Civil Federal - Cámara de Diputados, www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/2_241213.doc, consultado el 12 de abril del 2016.
- Cámara de diputados, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf, consultada 13 de abril del 2016.
- Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión, https://www.colmex.mx/assets/pdfs/13-LGRA_60.pdf?1493134145, consultada el 5 de junio del 2017.
- Camara de diputados del H. Congreso de la Unión, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf, consultada el 5 de junio del 2017.
- Camara de diputados del H. Congreso de la Unión, https://www.colmex.mx/assets/pdfs/13-LGRA_60.pdf?1493134145, consultada el 7 de junio del 2017.

LOS DERECHOS DEL EMBRIÓN FRENTE A LOS DE LA PERSONA, EN LA PERSPECTIVA COMPARADA DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

ANA LUZ BRUN IÑÁRRITU*

RESUMEN

La ausencia de legislación nacional para proteger los derechos del embrión ha ocasionado que las Cortes Internacionales intervengan en la materia. Así, los derechos del embrión han sido analizados en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos, lo cual se ha traducido en un escenario donde un mayor reconocimiento a los derechos de la persona parece conllevar al detrimento del estatus de protección que se brinda al embrión. Es posible que ese patrón competitivo entre los derechos de la persona humana y los del embrión no sea real, sino un resultado artificial derivado de una omisión legislativa que debe solucionarse desde la perspectiva del Derecho y la Bioética.

Palabras clave: Embrión, bioética, derechos humanos, legislación.

ABSTRACT

The absence of national legislation to protect the rights of the embryo has caused the International Courts to intervene in the matter. Thus, embryo rights have been analysed within the framework of international human rights treaties, which has resulted in a scenario where greater recognition of the rights of the person, leads to the detriment of the protection status offered to the embryo. It is possible that this competitive pattern between the rights of the human person and the rights of the embryo is not real, but an artificial result derived from a legislative omission that must be solved from the perspective of the Law and Bioethics.

Keywords: Embryo, bioethics, human rights, legislation.

Recibido: 30/06/17 Aprobado: 15/07/17

* Magistrada de la Sala Regional Peninsular del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Maestra en Derecho por la Universidad de Columbia, Nueva York, y Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana. Actualmente cursa el Doctorado en Derecho en la Universidad Anahuac-Mayab. Correo electrónico, ana.brun.mx@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de reconocer que la protección a la vida de las personas brindada por los tratados internacionales de derechos humanos, se extiende al embrión humano, es hoy uno los grandes temas de análisis por parte de académicos, legisladores, juzgadores y generadores de política pública.

Temas como el aborto, las técnicas de fecundación asistida y las investigaciones científicas sobre embriones humanos nos presentan grandes interrogantes respecto al estatus del no nacido. ¿El embrión es parte de la mujer embarazada o es un ser que goza de individualidad? ¿Es el embrión simplemente un tejido que sirve como instrumento de investigación o es un ser que merece reconocimiento y protección?

El tratamiento de estos temas ha generado precedentes legales muy importantes. La Suprema Corte de Estados Unidos legalizó el aborto en 1973, sobre la premisa de que el no nacido no tiene personalidad legal reconocida por la ley.¹ Por su parte, la gran mayoría de países de África, Latinoamérica, Medio Oriente y el Sudeste Asiático, prohíben el aborto y penalizan su práctica. Así, tenemos que los temas relativos al estatus jurídico del embrión varían significativamente en cada jurisdicción o contexto nacional o local.

Ante una falta de definición clara, plasmada en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, los tribunales internacionales se han visto obligados a delimitar el estatuto jurídico del embrión humano, así como definir qué tipo de protección debe dársele por parte de los Estados nacionales. Sin embargo, han abordado este tema de una manera cautelosa, sin resolver la gran pregunta respecto de cuándo inicia la vida humana.

Los criterios que se han ido construyendo en el ámbito internacional surgen mayormente de contrastar los derechos de la persona (reproductivos, a formar una familia, a la privacidad, dignidad, autonomía, entre otros) respecto a los del embrión humano, para así ir definiendo ¿qué es el embrión?, precisar si es una cosa u objeto susceptible de apropiación y de libre disposición, o si es un ente con dignidad humana que merece protección.

Sin embargo, en este balance entre los derechos humanos reconocidos a la persona en los tratados internacionales, frente a los derechos del embrión, encontramos que quien lleva la desventaja es, sin lugar a dudas, el embrión. Pareciera que un mayor reconocimiento a los derechos de la persona, conlleva al detrimiento del estatus de protección que se brinda al embrión.

Adicionalmente, los avances médicos y científicos han generado mayor confusión respecto al estatuto del embrión humano; por ejemplo, a definición de viabilidad, es decir, el punto en que un feto puede sobrevivir fuera del vientre materno, ha sido reducido al segundo trimestre del embarazo.²

En ese marco, la hipótesis que guía este texto establece que, ante la falta de una definición y de una postura clara respecto al estatus del embrión humano y

¹ Caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, (1973).

² B. STEINBOCK, *Life before birth: the moral and legal status of embryos and fetuses*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 311.

su régimen de protección, las cortes nacionales e internacionales se han visto obligadas a ir resolviendo los conflictos que se presentan ante ellas, dando prioridad a los derechos humanos de las personas, respecto al embrión.

El presente trabajo no busca respaldar o favorecer una determinada postura sobre la protección que debe dársele al embrión humano, ni dar un juicio de valor sobre las mismas. No obstante, estimamos necesario, desde el punto de vista metodológico, iniciar nuestro análisis delineando brevemente algunas las corrientes predominantes respecto al estatus del embrión humano, un aspecto que será abordado en el apartado 2.

Posteriormente, en los apartados 3 y 4 expondremos algunos casos emblemáticos resueltos en tribunales internacionales de Europa y América, a fin de dar contenido y sustento a nuestra hipótesis en el sentido de que, a mayor reconocimiento de los derechos de la persona en temas de reproducción, menor reconocimiento al estatus del embrión.

De igual manera, destacaremos que interpretaciones restrictivas de los derechos de la persona, dan al embrión una mayor protección y reconocimiento a los principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad del embrión humano, esto como una derivación lógica de la hipótesis que guía este ensayo.

Por último, en el apartado 5 plantearemos la necesidad ética y jurídica de que el tema del estatus del embrión humano sea parte de la agenda legislativa nacional; destacando las implicaciones de la jurisprudencia internacional en México.

2. VISIONES SOBRE EL ESTATUTO DEL EMBRIÓN HUMANO

En principio, se puede hablar de tres niveles de acercamiento al estatuto del embrión. El estatuto ontológico, que indaga qué o quién es el embrión; el estatuto ético, que aborda la cuestión sobre qué deberes se tienen respecto al embrión, y el estatuto jurídico, que discierne cuáles de esos deberes que hay que legislar y reglamentar y si hay que reconocer al embrión ciertos derechos.³

Una opción lógica para acercarnos al análisis de estos tres estatutos, sería la respuesta o posición científica, con su asumida neutralidad fáctica. Sin embargo, en la literatura científica la noción de embrión humano no es entendida de una manera unívoca, dado que es posible encontrar una gran variedad de visiones que hacen referencia a momentos diversos: la activación (esto es el primer contacto del óvulo con el gameto masculino), la fusión de los núcleos (que da vida al cigoto, provocando la unión de dos patrimonios genéticos diversos), el principio de la división celular, el anidamiento en el útero o la formación de la estría primitiva.⁴

A consecuencia de lo anterior, al embrión se le otorga un estatus jurídico desigual según la legislación de cada país. Mientras que en Estados Unidos la

³ FRANCISCO JAVIER DE LA TORRE DÍAZ, *Bioética: vulnerabilidad y responsabilidad en el comienzo de la vida*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 89.

⁴ GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, “Tutela del embrión y prohibición de patentar la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales”, en Andorno, Roberto e Ivone, Vitulia, (coords.) *Casos de bioética y derecho*, Valencia; Torino, Tirant lo Blanch , Giappichelli, 2015, pp. 25-31.

Suprema Corte de Estados Unidos determinó que el feto no era una “persona” que tuviese derechos constitucionales,⁵ conforme al *common law* del Reino Unido, el aborto nunca ha sido considerado homicidio, toda vez que no hay persona humana que sea eliminada.

En países como Rusia, Canadá, China, India y la mayoría de los países de Europa, el aborto es legal a petición o demanda de la mujer durante cierto periodo de gestación. Por otra parte, en la mayoría de los países de África, Latinoamérica, Medio Oriente, Oceanía y del Sudeste Asiático el aborto es ilegal y está penalizado en algunos supuestos.⁶

En otro sentido, según el criterio biológico o natural, para ser persona basta con poseer el genoma humano. Por el contrario, para quienes sostienen el criterio ético o cultural, para ser persona es necesario poseer suficiente conciencia y razón para formar parte de la comunidad de sujetos libres y ejercer autonomía moral.

Ante la amplia pluralidad de posturas, corrientes y criterios, —antes de entrar al análisis de la actuación de los tribunales internacionales que han tenido que resolver casos específicos, a través del examen ontológico, jurídico y moral del estatus del embrión— estimamos prudente abordar algunas de las preguntas formuladas por Francisco Javier de la Torre Díaz, en su obra “Bioética. Vulnerabilidad y Responsabilidad en el Comienzo de la Vida”. ¿Cuándo ha comenzado a existir nueva vida específicamente humana? ¿Es el embrión preimplantatorio un conjunto de células indeterminadas o nos encontramos ya con una organización interna? ¿Cuándo esa vida corresponde a un nuevo individuo humano, llamado a ser persona? ¿Cuándo nos encontramos en el desarrollo embrionario ante un sujeto de derechos que debe protegerse?

Para intentar dar respuesta a estas interrogantes, se habla de tres corrientes basadas en tres tipos de ontologías: la genómica, la nidatoria y la estructural. En la primera, el peso ontológico recae en la estructura del genoma del nuevo ser. La estructural coloca el peso en la existencia de una estructura interna y la determinación biológica que requiere el ser persona, y la nidatoria es una línea intermedia.⁷

El Doctor Torre Díaz aborda lo que él le llama un “diálogo en profundidad” entre las posturas genómica y nidatoria, estableciendo para ello dos decálogos de reflexiones que señala deben entenderse de forma dialogada, una junta a la otra, no en confrontación, sino como mera agregación o suma.⁸

De la misma manera, consideramos útil señalar que, respecto al estatuto jurídico del embrión humano, la doctrina tiende a distinguir tres sistemas:

El sistema anglosajón, que niega la condición de sujeto de derechos al embrión y le considera objeto de experimentación, material biológico disponible, simple objeto y favorable a la clonación sin fines reproductivos.

⁵ Caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁶ UNITED NATIONS, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *Abortion Policies and Reproductive Health around the World*, United Nations, 2014, <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/policy/AbortionPoliciesReproductiveHealth.pdf>

⁷ MANUEL CUYAS, Dignidad de la persona y estatuto del embrión humano”, Labor hospitalaria, núm 218, 1996, pp. 106-112.

⁸ FRANCISCO JAVIER DE LA TORRE DÍAZ, op. cit., pp. 93-115.

El modelo alemán, que ocupa una posición intermedia después de establecer que las técnicas de fecundación asistida únicamente son lícitas si no hay otro modo de combatir la infertilidad, o contra enfermedades hereditarias. Asimismo, prohíbe tales técnicas a efectos de investigación. En la fecundación in vitro sólo se pueden fecundar los embriones que serán implantados.

El modelo iberoamericano, que defiende abiertamente el carácter personal del embrión y por tanto lo considera sujeto de derechos. Siendo el estatuto del embrión humano una de las cuestiones centrales de la Bioética.⁹

Como veremos en los siguientes apartados, las cortes nacionales e internacionales han tenido que analizar y ponderar todos los aspectos relativos al estatuto ontológico y jurídico del embrión, al resolver los conflictos que se han ido planteando ante su jurisdicción. Sin embargo, no es asombroso el constatar que el tratamiento de tales aspectos sea diferente y haya producido resultados variados.

3. JURISPRUDENCIA EUROPEA

3.1. Caso *Parrillo v. Italy*

El 27 de agosto de 2015 la Gran Cámara de la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió una demanda presentada por la señora Adelina Parrillo (la promovente) en contra de la República de Italia, con motivo de la aplicación de la Ley 40/2004 (ley italiana de fecundación artificial), que prohíbe expresamente destinar embriones para que sean destruidos y utilizados con fines de investigación.¹⁰

La promovente alegó ante la Corte Europea que esa prohibición era incompatible y atentaba contra el derecho a la vida privada, así como a disfrutar pacíficamente de sus posesiones, derechos garantizados por el Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convención Europea).

En 2003, ante el fallecimiento de la pareja de la señora Parrillo, ella decidió no continuar con el procedimiento de implantación, y optó por donar los embriones para investigación científica. Sin embargo, la Ley 40/2004, expresamente prohíbe que embriones obtenidos en el marco de la fecundación in vitro sean destinados a investigación científica.

Para la Corte Europea, la litis del asunto radicaba en definir, en primer término, si conforme al concepto de “vida privada” previsto en el Artículo 8 de la Convención, se comprende el derecho a la autodeterminación (analizado en el Caso *Pretty*, sección 61), así como el derecho de las personas a decidir de manera consciente y libre el ser o no ser padres (analizado en el caso *Evans*,¹¹ sección 71).

⁹ JESÚS BALLESTEROS, *El estatuto del embrión*, Fundación interamericana ciencia y vida, en http://www.mercab.org/Filosofia/etica/BIO/estatuto_del_embrión.htm

¹⁰ Caso *Parrillo v. Italy* (Asunto núm. 46470/11) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?=001-157263>

¹¹ Caso 6339/05, Sec. 4a 7.3.2006, conf5. Gran Sala 10.4.2007

En el Caso *Evans*, al ponderar entre los derechos de las partes en conflicto, la Corte no consideró que el derecho del promovente a que se respete su derecho a ser padre deba darse mayor peso al de su expareja de no tener hijos genéticos con ella.

A este respecto, la Corte resolvió que la posibilidad de las personas a ejercer una opción consiente y considerada en relación con el destino de sus embriones sí constituye un aspecto íntimo de su vida privada, de acuerdo con su derecho a la autodeterminación, por lo que en principio el artículo 8 es el aplicable al caso.¹²

Sin embargo, por mayoría de dieciséis votos contra uno, la Corte resolvió que no había violación al artículo 8 de la Convención Europea, toda vez que los embriones humanos no pueden ser reducidos a propiedad en los términos del artículo 1 del Protocolo 1 de la Convención que protege la propiedad privada.¹³

Un punto importante que la Corte consideró fue el hecho que no existe un consenso en Europa, ni a nivel internacional, en la materia. Para ello, analizó materiales relevantes de derecho internacional como el Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* de 2012, así como el reporte del Comité de Bioética de la UNESCO que habla de los aspectos éticos sobre la investigación de células madre en embriones humanos, de abril de 2001.

De igual manera, efectuó un estudio de derecho comparado muy pormenorizado de la legislación relativa al uso de embriones humanos para la investigación científica, en donde observó que sólo tres países —Bélgica, Suecia y Reino Unido—, la permiten completamente; mientras que en Italia, Eslovaquia, Alemania y Austria se prohíbe, en principio, la investigación, y sólo se permite en casos muy limitados en donde el objetivo sea la protección de la salud del embrión. En Andorra, Latvia, Croacia y Malta la ley prohíbe expresamente la investigación sobre células madres embrionarias, y 16 países no regulan el tema.¹⁴ En esa virtud, la Corte Europea aplicó la doctrina del margen nacional de apreciación, que es un criterio hermenéutico utilizado por parte de los tribunales regionales de derechos humanos con el fin de interpretar y aplicar los convenios en materia de derechos humanos. Conforme a esta doctrina, “se otorga un poder de deferencia de los tribunales regionales hacia los Estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal”.¹⁵

Así, la Corte denotó que la legislatura italiana, al redactar la Ley 40/2004, había tomado en consideración el interés del Estado en proteger al embrión humano, así como el interés de las personas para ejercer su derecho a autodeterminarse. Asimismo, determinó que las inconsistencias alegadas por la señora Parrillo respecto al derecho a abortar y el uso por científicos italianos respecto a las células de embriones destruidos en otros países, no le causaban una afectación directa a sus derechos.

Finalmente, la Corte observó que no había evidencia respecto al interés del difunto, en cuanto a que tuviera la misma intención de la promovente de dar los embriones a la investigación. Finalmente, la Corte concluyó que Italia no había

¹² Caso *Parrillo v. Italy*, considerando 159.

¹³ Caso *Parrillo v. Italy*, considerando 215.

¹⁴ Caso *Parrillo v. Italy*, considerando 70.

¹⁵ FRANCISCO BARBOSA DELGADO, “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el estado de derecho y la sociedad democrática”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 51, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3160/7.pdf>

exagerado margen nacional de apreciación del que gozan todos los Estados miembros y, por tanto, la prohibición sujeta a estudio se consideraba “necesaria en una sociedad democrática”.

3.2 Casos *Brüstle e International Stem Cell Corporation*

La Directiva 98/44/CE sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas dispone que las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales no son patentables.

En *Brüstle*,¹⁶ el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) señaló que el concepto de embrión humano comprendía los óvulos humanos no fecundados estimulados para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis,¹⁷ puesto que tales óvulos eran aptos para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano, al igual que los embriones creados mediante fecundación de un óvulo. Esta fue la primera vez que la Gran Sala del Tribunal, se pronunció sobre la cuestión del embrión humano.

El asunto fue presentado ante el TJUE por la Corte Federal de Alemania, con motivo de que el Tribunal Federal alemán de patentes declaró nula, por razón de su objeto, una patente relativa a células madres neuronales y sus métodos de producción, a partir de células estaminales embrionarias, para el tratamiento terapéutico de defectos neurológicos.

La Corte Federal Alemana planteó al TJUE tres cuestiones interpretativas distintas, referidas al artículo 6.2.c de la Directiva 98/44/CE:

1. La definición de “embrión humano” para determinar si esta noción se aplica al ser resultante a partir de la fecundación o, por el contrario, solamente cuando concurren otros requisitos adicionales; asimismo, se busca determinar si la noción también incluye organismos diversos a los óvulos fecundados, como los obtenidos con las técnicas de partenogénesis o clonación terapéutica, y las células estaminales procedentes de embriones.
2. Resolver a qué se refiere la expresión “utilización con fines industriales y comerciales” y si en ella puede incluirse la investigación científica.
3. La posibilidad de patentar una investigación que, aunque no tenga por objeto la utilización de embriones, presuponga su destrucción.

El Tribunal de Justicia adoptó una noción de embrión “en sentido amplio”, al comprender en ella no sólo cualquier óvulo desde el momento de la fecundación, sino también los obtenidos con las técnicas de partenogénesis y de clonación terapéutica, porque lo decisivo para el reconocimiento de la cualidad de ser humano es el inicio del proceso de desarrollo biológico, al cual es inmanente a la exigencia de respeto de la dignidad humana.

¹⁶ Caso *Oliver Brüstle/Greenpeace eV* (asunto C-34/10), véase también el CP no 112/11.

¹⁷ La partenogénesis consiste en la activación de un ovocito, sin espermatozoides, mediante una serie de técnicas químicas y eléctricas, y el organismo así creado se denomina “partenote”.

Sin embargo, en un caso posterior —*International Stem Cell Corporation*—,¹⁸ el Tribunal Superior del Reino Unido, al conocer de un litigio entre la sociedad y la oficina británica de patentes acerca de la posibilidad de patentar procedimientos que incluyen la utilización de óvulos humanos activados mediante partenogénesis, resolvió que el concepto de embrión humano, tal como fue interpretado en la sentencia *Brüstle*, se limita a los organismos aptos para iniciar el proceso de desarrollo que culmina en un ser humano.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que, para poder ser calificado de embrión humano, un óvulo humano no fecundado debe tener necesariamente capacidad intrínseca para convertirse en un ser humano. Por consiguiente, el mero hecho de que un óvulo humano activado mediante partenogénesis inicie un proceso de desarrollo no es suficiente para considerarlo embrión humano.

En tal virtud, determinó que un óvulo humano no fecundado que ha sido estimulado mediante partenogénesis para dividirse y desarrollarse no constituye un embrión humano en el sentido de la Directiva 98/44 si, a la luz de los conocimientos científicos actuales, no dispone, como tal, de la capacidad intrínseca para convertirse en ser humano, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.¹⁹

3.3. Reflexiones en torno a la jurisprudencia europea

Como se puede observar, tanto el Tribunal de Justicia, como la Corte de Derechos Humanos advirtieron que no existe un criterio uniforme en los ordenamientos europeos en relación con la pregunta ¿qué es el embrión humano? De igual manera, coincidieron en la necesidad de contar con una interpretación autónoma y uniforme de la noción de embrión.

Es significativo que tanto el Tribunal de Justicia Europea, como la Corte Europea de Derechos Humanos, justificaron la aplicación de la doctrina del margen nacional de apreciación, ante la ausencia de consenso por parte de los Estados miembros respecto a la noción de embrión humano y su estatus de protección.

Ambas cortes fueron cuidadosas en motivar la imposibilidad de construir una regla de definición en la interpretación y aplicación de algunos de los derechos en conflicto y, por tanto, procedieron al reconocimiento de un principio de deferencia hacia las autoridades nacionales.²⁰ Sin embargo, para muchos autores el cambio de criterio del Tribunal en *ISCO* representa un retroceso en la lucha hacia el reconocimiento de embriones humanos como sujetos de protección.

En *ISCO*, el Tribunal no justifica el cambio de criterio; sin embargo, sí reconoce que en *ISCO* la información científica fue diferente a la información científica que le fue presentada en *Brüstle*, respecto a la posibilidad de que los partenes puedan convertirse posteriormente en seres humanos.

¹⁸ Caso *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents*, 2013, E.W.H.C. 807 (2013).C-364/13

¹⁹ Ibídem, párr. 38.

²⁰ FRANCISCO BARBOSA DELGADO, op. cit, p. 60.

No obstante, conforme al margen nacional de apreciación, estimamos que, aún después de *ISCO*, los Estados miembros de la Unión Europea pueden válidamente prohibir el que se patenten procesos que involucren partenotes, con fundamento en argumentos de orden público e interés social.²¹

4. JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

4.1. Caso *Artavia Murillo v. Costa Rica*

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dictaminó que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica del año 2000, que prohibió la fecundación in vitro (FIV) infringe el derecho humano a la vida privada y la vida familiar, el derecho humano a fundar y criar una familia, y el derecho humano a la no discriminación en base a discapacidad, situación económica, o género.²²

Las conclusiones de Corte Interamericana respecto de las violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, implican que de acuerdo con la Convención los embriones in vitro no son personas, y no tienen derecho a la vida. Consecuentemente, la prohibición de la FIV con el objeto de proteger a dichos embriones constituye una denegación desproporcionada e injustificable de los derechos humanos de las personas infériles.

La Corte distinguió entre fecundación y concepción; donde la concepción, a diferencia de la fecundación, depende de la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer. En este sentido, resolvió que la protección jurídica de un embrión “desde la concepción” es inaplicable en el período que se comprende entre su creación mediante la fecundación y la implantación intrauterina.

4.1.1 Los derechos humanos afectados

El procedimiento ante la Corte fue iniciado en julio de 2011 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en representación de 18 residentes de Costa Rica (nueve parejas), bajo el argumento de que el Estado había vulnerado los derechos humanos consagrados en la Convención mediante la prohibición general de practicar la FIV. La solicitud invocó violaciones a los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana.

Conforme al artículo 11.2 que prevé el derecho a la privacidad, la Comisión argumentó que la prohibición de la FIV negaba a las parejas infériles los medios alternativos para lograr tener los hijos que ellos deseen, y constituye una violación a su derecho a la vida privada y familiar.

La Corte resaltó que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual sólo protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. El artículo 11.2 de la Convención Ame-

²¹ Así lo hizo Polonia, argumentando que debe prohibirse la patente por cuestiones de dignidad humana.

²² Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

ricana está estrechamente relacionado con el artículo 17 de la misma, en donde se reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona.²³

En ese sentido, respecto al artículo 17.2, relativo a los derechos de la familia, los promoventes señalaron que la prohibición de la FIV les negaba el único medio viable para ejercitar su derecho a tratar de concebir hijos genéticos.

Por último, en cuanto al artículo 24 que habla sobre igualdad ante la ley, se presentó evidencia en cuanto a que hubo discriminación basada en la condición económica de las parejas que no eran capaces de asumir los costos pecuniarios de acceder a los servicios médicos de FIV ofrecidos en otros países.

4.1.2 Evidencia científica

En primer término, en el caso bajo análisis, los peritos informaron respecto de las técnicas de reproducción asistida. Un punto fundamental a analizar, a través de la evidencia científica, es la posibilidad de que esta técnica de FIV involucre desechar los embriones excedentes, algo que resultó ser la objeción principal de la Corte de Suprema de Justicia de Costa Rica, con base en la cual sustentó la declaración de inconstitucionalidad de la FIV.

Sobre el particular, sin bien las evidencias científicas no negaron este hecho, demostraron que el desecho era inherente también a la reproducción espontánea. El Estado de Costa Rica argumentó que la decisión de la Corte Suprema a favor de la protección de los embriones mediante la restricción de la FIV, en perjuicio de la protección de la libertad de las personas vivas de disfrutar sus derechos humanos era proporcional, puesto que al sopesar el perjuicio que la medida restrictiva genera en el titular de la libertad, y el beneficio que la colectividad obtiene a partir de ello al protegerse el valor más fundamental de la sociedad que es el derecho a la vida, el Estado debe necesariamente inclinar la balanza a esto último.²⁴

4.1.3 Análisis de la Corte en cuanto al fondo

La decisión de la Corte consistió en determinar si la protección del supuesto derecho a la vida de los embriones justificaba el sacrificio de los derechos humanos de las personas a la vida privada, a la vida en familia, a fundar una familia, a la igualdad y a la no discriminación. De esta manera, la Corte abordó la ponderación de los derechos contendientes afirmando, en primer término, que “la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición [de la Convención Americana] no es absoluta”²⁵

Este pronunciamiento resulta sumamente trascendente, ya que hasta ese momento, la jurisprudencia de la CIDH no se había ocupado de definir lo relativo al derecho a la vida, en circunstancias como ésta.²⁶

²³ *Ibidem*, párrafo. 148.

²⁴ *Ibidem*, párrafo 270.

²⁵ *Ibidem*, párrafo 264.

²⁶ *Ibidem*, párrafo 172.

Asimismo, la Corte había señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción.²⁷ Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna.

Respecto a la definición de cuándo empieza la vida humana, la CIDH observó que se trata de una cuestión que ha sido valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y señaló que coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida.²⁸

El Tribunal señaló que el término “concepción” debe entenderse desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que ante de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, sostuvo que la expresión “en general” que prevé dicho artículo, permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.²⁹

A la luz de sus conclusiones sobre la condición jurídica de los embriones in vitro, la Corte tuvo que decidir si la protección de dichos embriones puede justificar en forma proporcionada aquellas violaciones de los derechos humanos que se sigan de la prohibición absoluta de crear embriones mediante la FIV.

Finalmente, la Corte rechazó la percepción de la Corte Suprema de Costa Rica de que la aplicación de la técnica de fecundación in vitro atenta contra la vida humana, toda vez que de la revisión y análisis de las historias personales de las nueve parejas representadas en el procedimiento, se demostró que la FIV ofrece el único método para superar la infertilidad y crear la vida de sus hijos.³⁰

4.2 Reflexiones sobre el Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica

La Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es reconocida ampliamente por los países latinoamericanos, y los sistemas jurídicos de los Estados parte de la Convención Americana se inclinan a ser deferentes con sus sentencias.³¹ De esta manera, es previsible que los tribunales nacionales susciten sus resoluciones en la materia, en las consideraciones y argumentos planteados en este caso.

Es de resaltar la distinción que realiza la Corte Interamericana entre fecundación y concepción, toda vez que abre ampliamente la puerta para el financia-

²⁷ *Ibidem*, párrafo 262.

²⁸ *Ibidem*, párrafo 184.

²⁹ *Ibidem*, párrafo 189.

³⁰ *Ibidem*, párrafo 311.

³¹ EDUARDO CHÍA Y PABLO CONTRERAS, Análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Estudios constitucionales*, Santiago, vol. 12, num. 1, 2014, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52000201400100015>

miento y la conducción de investigaciones científicas de embriones humanos.³² Lo anterior implica una franca contradicción con la postura que adoptó la Corte Europea de Derechos Humanos en el Caso *Parrillo v. Italy*.

Por otra parte, el hecho que la Corte Interamericana reconozca a la infertilidad como una enfermedad, puede invocarse para exigir a los Estados miembros de la Convención Americana que contemplen la fecundación in vitro, el financiamiento —dentro de los programas y servicios de salud reproductiva públicos y privados— de dichos procedimientos.

De acuerdo con Fernando Zegers Hochschild, con este fallo la CIDH reconoce la diversidad de formas en que las creencias personales afectan la vida de los individuos, y al mismo tiempo entrega titularidad a todas las personas al derecho humano a la privacidad para formar una familia, a la capacidad de fundar una familia de acuerdo a las preferencias familiares, y a la no discriminación con base en la discapacidad. Concluye diciendo que este fallo de derechos humanos de la Corte Interamericana, se estructura en evidencia científica robusta, y dirige a los Estados y a los gobiernos sobre los derechos reproductivos que deben proveer y proteger.³³

5. IMPLICACIONES DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN MÉXICO

Como se observó en apartados previos, el debate sobre la protección de la que goza el no nacido es sumamente complejo y ha sido abordado por numerosas disciplinas, desde la filosofía hasta la medicina o la biología, alcanzando conclusiones divergentes. Ante el desacuerdo que existe sobre esta cuestión, los tribunales internacionales han optado por ser cautelosos, y no resolver de manera contundente la pregunta de ¿cuándo inicia la vida humana?

Vemos sobre todo que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos, no han optado por fijar una postura sobre el estatuto jurídico del embrión, y han utilizado la doctrina del margen nacional de apreciación al analizar los diferentes casos que se han presentado ante ellos.

Es igualmente revelador que el desarrollo de la ciencia haya motivado a los tribunales a cambiar sus criterios, al ser presentados con evidencias más contundentes respecto a los procesos que involucran embriones humanos. Tal es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que modificó la postura adoptada en primer término en el caso *Brüstle* (2011), respecto de la prohibición de patentar embriones humanos, al valorar de nueva cuenta en el caso *ISCO* (2013), datos científicos que confirmaban que esos embriones no podían convertirse en seres humanos.

En este contexto, si bien la jurisprudencia europea no resulta obligatoria para nuestras cortes nacionales, sí constituye un precedente importante que pueden ser

³² BM Y RJ COOK DICKENS, *Acquiring human embryos for stem-cell research*, Int J Gynecol Obstet 2007; 96 (1): 67-71.

³³ FERNANDO ZEGERS HOCHSCHILD, et. al. “El derecho humano a la fecundación in vitro.” *Revista chilena de obstetricia y ginecología* 79.3 (2014): 229-235.

tomado en cuenta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como por los demás tribunales y juzgados nacionales.

En nuestro país, no existe una definición clara respecto a si nuestro marco constitucional y jurídico ha considerado al concebido como una persona en el sentido jurídico, susceptible de ser titular de derechos humanos. Únicamente existe consenso en el sentido de que la Constitución Federal no define cuándo inicia la vida humana, y ante tal dificultad ha conferido la titularidad de los derechos humanos a las personas nacidas.

De hecho, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, al analizar el Proyecto de Decreto que Modifica la Denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución, señalaron en la parte conducente del Dictamen de 14 de diciembre de 2010, que “al referirse al derecho a la vida debe considerarse que su contenido y alcances permanecen tal como se encuentran reconocidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales signados por México con las reservas y declaraciones interpretativas, de ninguna manera puede entenderse que el legislador constitucional está pretendiendo modificar en este precepto estos alcances, por ejemplo, en materia del derecho a la vida desde la concepción o cualquier otro de los temas relacionados”.

Por su parte, nuestro marco legal distingue entre la protección jurídica con la que goza el no nacido y el reconocimiento formal de un individuo como titular de derechos humanos. En este contexto, si bien el artículo 22 del Código Civil Federal reconoce que el concebido “entra bajo la protección de la ley”, dicho precepto también establece que la capacidad jurídica propia de una persona se adquiere exclusivamente por nacimiento.

Conforme al artículo 337 del propio Código, sólo se entenderá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil.

Consecuentemente, si bien no puede afirmarse que el concepto de persona del orden constitucional general haga referencia a que el titular de los derechos fundamentales es el producto de la concepción, lo cierto es que hay las normas constitucionales que le otorgan protección.

Tal es el caso del artículo 123, apartado A, fracción V, así como el apartado B, fracción XI, inciso c), que establece que la mujer embarazada no realizará trabajos que pongan en peligro su salud en relación con la gestación. Por su parte, la fracción XV, del apartado A, de dicho precepto dispone que el patrón está obligado a organizar el trabajo de tal manera que resulte en la mayor garantía para el producto de la concepción.

Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte ha establecido que, si bien tales disposiciones protegen *prima facie* a la mujer embarazada, dada la vinculación que la salud de la madre tiene con el producto de la concepción, en definitiva son normas que también atienden a la protección del no nacido.³⁴

³⁴ Véase la Acción de Inconstitucionalidad 10/2000, resuelta por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación los días 29 y 30 de enero de 2002, pág. 100.

En este contexto, tenemos que la jurisprudencia de la Corte Interamericana sí constituye un precedente de carácter obligatorio para nuestros tribunales, dado su carácter de órgano jurisdiccional autónomo del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos.³⁵

Al ser la Corte Interamericana la intérprete final y suprema de la Convención Americana de Derechos Humanos, sus sentencias resultan de cumplimiento forzoso cuando los Estados le reconocen la competencia para conocer de casos contenciosos relativos a su interpretación y aplicación.³⁶ De esta manera, la interpretación que realiza la Corte en un caso sometido a su conocimiento se convierte en un argumento de autoridad, al sentar las bases normativas generales en materia de derechos humanos a nivel regional, y ello torna obligatoria esa interpretación para los demás Estados que, aun cuando no fueron partes en el proceso, han aceptado la competencia contenciosa de la misma.³⁷

Para Carlos Ayala Corrao, las sentencias de la Corte Interamericana tienen un efecto general o *erga omnes*, para todos los estados partes de la Convención, a la Comisión Interamericana y para las víctimas.³⁸ La Corte ha estimado que la jurisprudencia, aun cuando sirve de orientación para establecer principios en esta materia, no puede invocarse como criterio unívoco a seguir, sino que debe analizarse cada caso particular.³⁹

Por su parte, Salvador Mondragón Reyes sostiene que el principio de obligatoriedad de las sentencias de la Corte, atiende desde luego a la prudente aplicación en cada caso particular, como sucede con la jurisprudencia que emiten los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para emitirla, en cuanto a que debe analizarse cada caso particular para determinar si es posible la aplicación de una determinada jurisprudencial.⁴⁰

Igualmente sostiene que esa orientación acerca de que la jurisprudencia de la Corte es obligatoria, inclusive para los Estados que no fueron parte en el caso contencioso se ve reforzada con la reciente sentencia en el Caso Radilla Pacheco contra México, en la que la Corte estableció como medidas de satisfacción y garantías de no repetición.⁴¹

En ese sentido, la resolución de la CIDH en el caso Artavia Murillo constituye un precedente desfavorable para quienes han luchado por que se reconozca en nuestro país una protección más amplia del embrión humano.⁴²

³⁵ SALVADOR MONDRAGÓN REYES, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm 29, <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/Salvador%20Mondrag%C3%B3n%20Reyes.pdf>

³⁶ Artículo 62.3 de la Convención.

³⁷ SALVADOR MONDRAGÓN REYES, *op. cit.*, p. 146.

³⁸ CARLOS M. AYALA CORRAO, “Las modalidades de las sentencias de la Corte Interamericana y su Ejecución”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (coords.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Tomo IX, México, UNAM, 2008, p. 294.

³⁹ Ver Caso *El Amparo vs. Venezuela*. Sentencia de reparaciones y costas, párr. 34.

⁴⁰ SALVADOR MONDRAGÓN REYES, *op. cit.*, p. 147.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Dicha resolución fue recientemente citada como sustento para declarar la inconstitucionalidad de los artículos 333 y 334 del Código Penal Federal que limitan el derecho de las mujeres a practicarse un aborto por

Sin embargo, conforme a la doctrina del margen nacional de apreciación, misma que también ha utilizado la CIDH en diversos casos para interpretar y aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos, y dado que no existe ningún tipo de consenso interestatal respecto al estatus jurídico del embrión, si en México se lograra construir un marco constitucional y legal adecuado, sería válido afirmar que la Corte podría ejercer un poder de deferencia respecto al mismo.

CONCLUSIONES

La ausencia de un marco jurídico especializado, que defina la frontera entre los derechos del embrión humano y los de la persona o, más aún, que resuelva si el embrión es o no una persona, ha llevado a las cortes internacionales a resolver sobre temas que en realidad deberían corresponder al análisis y definición de los poderes legislativos de cada país, de acuerdo con sus respectivas idiosincrasias morales, sociales y culturales.

La evidencia comparada, muestra —de manera preliminar— que el cauto proceder de las cortes y tribunales internacionales, ha llevado a reflexiones y pronunciamientos subordinados parcialmente a conceptos de respeto a la soberanía de los Estados, conforme la doctrina de margen nacional de apreciación, casi siempre en detrimento del espectro y rango de los derechos que protegen al embrión.

Los derechos del embrión se establecen o limitan por interpretaciones jurídicas que pocas veces entran al fondo del asunto o abordan las preguntas ontológicas centrales. Se trabaja con un marco jurídico que ya no responde, en muchos casos, a los nuevos dilemas morales, sociales y normativos que la ciencia y la tecnología han traído a la mesa.

Sin pretender emitir un juicio de valor sobre cada una de las posturas, sí se puede encontrar un patrón relativamente claro, en el que la expansión de los derechos de la persona humana es excluyente de la expansión de los derechos del embrión. En ese marco, uno no puede dejar de preguntarse si debe o no incluirse al embrión en la categoría de persona humana, a fin de erradicar esa relación competitiva, o si bien, deben establecerse dos esferas de protección que sean complementarias. La respuesta a esas preguntas se traduce una omisión legislativa que complica el actuar de los órganos jurídicos.

Existe, sin duda, un reto moral y jurídico que debe resolverse, y para el cual el marco legislativo en el que las cortes internacionales y nacionales realizan su trabajo parece del todo obsoleto. Estamos tratando de dar respuesta a preguntas para escenarios que no pudieron ser contemplados por el legislador, toda vez que, en muchos casos, eran escenarios del todo inimaginables en ese tiempo.

Creemos, pues, que nos encontramos frente a un tema de parcial obsolescencia del marco jurídico. Analizar el estatuto del embrión conforme a las leyes

motivos de salud, en el proyecto que presentó el Ministro Arturo Zaldivar Lelo de Larrea ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al conocer del Amparo en Revisión 1388/2015. Si bien finalmente el Proyecto del Ministro Zaldivar fue rechazado por cuestiones de procedencia, tres de los cinco ministros se pronunciaron abiertamente por reconocer el derecho de la mujer sobre el derecho del no nacido.

vigentes, equivaldría a tratar de regular el tráfico vehicular de una ciudad moderna, aplicando un código de transporte expedido antes de la invención del motor de combustión interna. Los Estados nacionales, los legisladores y los creadores de política pública tienen un deber por cumplir, a efecto de llenar un vacío en esta área esencial de las leyes y la Bioética, uno que pareciera no puede ser resuelto satisfactoriamente con la simple interpretación del marco jurídico actual o con la evidencia, muchas veces contradictoria y competitiva, que es aportada por peritos expertos.

La evidencia comparada internacional muestra que probablemente —sin que esa sea la intención de los legisladores, cortes y tribunales— empieza a surgir un patrón competitivo entre los derechos de la persona humana y los del embrión. Ante esa evidencia preliminar, no podemos dejar de preguntarnos si ese patrón competitivo y mutuamente excluyente es real, o es un antagonismo artificial derivado de una omisión legislativa que está contaminando y distorsionando el actuar de la esfera jurídica.

En esa virtud, podemos concluir que existe un área que requiere mayor investigación académica. Urge una agenda de investigación más amplia en un tema especialmente relevante para nuestros días. Un tema, como los derechos del embrión humano frente a los derechos de la persona, que exige que el Derecho y la Bioética contribuyan a atender adecuadamente la creciente integración de las decisiones y preferencias personales, con las nuevas posibilidades que la tecnología plantea; decisiones y preferencias que representan profundos dilemas éticos y morales que deben ser resueltos.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDORNO, Roberto e IVONE, Vitulia, (coords.) *Casos de bioética y derecho*, Valencia; Torino, Tirant lo Blanch , Giappichelli, 2015.
- BARBOSA DELGADO, Francisco, “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos; entre el estado de derecho y la sociedad democrática”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3160/7.pdf>
- BALLESTEROS, Jesús, “El estatuto del embrión”, Fundación interamericana ciencia y vida, en http://www.mercaba.org/Filosofia/etica/BIO/estatuto_del_embrion.htm
- CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele, “Tutela del embrión y prohibición de patentar la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales”, en Andorno, Roberto e Ivone, Vitulia, (coords.) *Casos de bioética y derecho*, Valencia; Torino, Tirant lo Blanch , Giappichelli, 2015, pp. 25-31.
- CHÍA, Eduardo y CONTRERAS, Pablo, Análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios constitucionales, Santiago, vol. 12, n.º 1, 2014, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-5200201400100015>
- CUYAS, Manuel, Dignidad de la persona y estatuto del embrión humano”, Labor hospitalaria, núm 218, 1996.

- DICKENS, BM Y COOK, RJ. *Acquiring human embryos for stem-cell research*, Int J Gynecol Obstet, 2007.
- FARNÓS AMORÓS, Esther. “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, núm 36, 2016, pp. 93-111 <http://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.36.15381>
- FAGOT-LARGEAULT, Anne y PARSEVAL, Geneviève Delaisi de, trad. de Jose Luis Solana Ruiz, “¿Qué es un embrión? Panorama de algunas posiciones filosóficas, *Gazeta de Antropología*, 2013, 29 (1), art. 10, <http://www.gazeta-antropologia.es/?p=4332>
- MONDRAGÓN REYES, Salvador, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm 29, <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/Salvador%20Mondrag%C3%B3n%20Reyes.pdf>
- SILVERINO BAVIO, Paula, “El consentimiento informado en los acuerdos de crioconservación de embriones”, en Andorno, Roberto e Ivone, Vitulia, (coords.) *Casos de bioética y derecho*, Valencia; Torino, Tirant lo Blanch , Giappichelli, 2015, pp. 187-196.
- STEINBOCK, Bonnie, *Life before birth: the moral and legal status of embryos and fetuses*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- TORRE DÍAZ, Francisco Javier de la, *Bioética: vulnerabilidad y responsabilidad en el comienzo de la vida*, Madrid, Dykinson, 2016.
- United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *Abortion Policies and Reproductive Health around the World*, United Nations, 2014, <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/policy/AbortionPoliciesReproductiveHealth.pdf>
- ZEGERS HOCHSCHILD, Fernando, *et al.*, “El derecho humano a la fecundación in vitro.” *Revista chilena de obstetricia y ginecología* 79.3 (2014): 229-235.

CASOS Y RESOLUCIONES CONSULTADOS

- Caso 6339/05, Sec. 4a 7.3.2006, conf5. Gran Sala 10.4.2007
- Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- Caso *El Amparo vs. Venezuela*. Sentencia de reparaciones y costas, párr. 34
- Caso *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents*, 2013, E.W.H.C. 807 (2013).C-364/13
- Caso *Parrillo v. Italy* (Asunto núm. 46470/11) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?=001-157263>
- Caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, (1973).

EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO Y LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA EN EL PROCESO PENAL MEXICANO*

RICARDO CAJAL DÍAZ**

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es realizar un análisis crítico del auto de vinculación a proceso y los problemas que éste puede presentar en el sistema penal acusatorio en México, puesto que se incluye forzosamente en un modelo que no está diseñado para ello. En ese sentido, se explica como el legislador confundió las funciones y efectos que le asignó al auto de vinculación con aquellos que son propios de otras instituciones procesales, principalmente con las figuras de la formulación de la imputación y la presentación de la acusación del Ministerio Público.

Palabras Clave: Proceso penal acusatorio, auto de vinculación a proceso, formulación de la imputación, control judicial, acusación.

ABSTRACT

The objective of this paper is to provide a critical analysis on the procedural figure of indictment that was created on the new accusatory criminal procedure in Mexico, because it was included in a model that was not designed for it. Furthermore, I will explain in detail how the Congress designated the wrong functions and effects to the figure of indictment, with ones that are characteristically common in other procedural institutions of the accusatory criminal procedure, particularly, in the filing of charges by the District Attorney against a defendant.

Keywords: Criminal law, accusatory procedure, indictment, filing of charges, judicial control.

Recibido: 14/07/17 Aprobado: 29/08/17

* Este trabajo es una versión reducida del Trabajo Final de Titulación que presentó el autor, para obtener el título de Maestro en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad Diego Portales (Santiago, Chile) en agosto de 2015. Por lo que, por cuestiones de edición para la Revista, se explica de forma tan breve el Proceso Penal Acusatorio y no se discute la relación del auto de vinculación a proceso con las medidas cautelares. En caso de querer consultar el trabajo completo, favor de solicitarlo al autor mediante correo electrónico.

** Maestro en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal por la Universidad Diego Portales (Chile). Licenciado en Derecho por la Universidad Anáhuac México Norte. Actualmente abogado postulante en materia penal en el despacho Bufete Ruiz Durán, S.C. Correo electrónico: rcajal@bufeteruizduran.com.mx

INTRODUCCIÓN

El 18 de junio de 2008 se instauró un nuevo sistema acusatorio en la República Mexicana, mediante la reforma hecha a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123; todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con un *vacatio legis* de ocho años para su implementación. El sistema instaurado tuvo como modelo base el proceso penal instaurado en Chile en el año 2000, pero fue adecuado de forma distinta en la Constitución por el legislador, siguiendo la tradición del proceso penal mexicano tradicional del siglo XX.

En este contexto, el objetivo del presente trabajo es realizar un análisis crítico del auto de vinculación a proceso que se previó en el artículo 19 Constitucional y los problemas que éste puede presentar en el sistema penal acusatorio. Para estos efectos, se explicará de forma breve la etapa de investigación, la formulación de la imputación y el auto de vinculación a proceso.

No obstante lo anterior, la opinión que se expone en el presente trabajo radica en que el auto de vinculación a proceso puede ocasionar problemas prácticos a futuro, puesto que se incluye forzosamente en un modelo acusatorio que no está diseñado para ello. En ese sentido se explica cómo, presenta graves inconsistencias procesales en las etapas de investigación e intermedia, principalmente con las figuras de la formulación de la imputación y la presentación de la acusación del Ministerio Público. Para ello, se toman como punto de partida las legislaciones de derecho comparado y los modelos acusatorios implementados en Latinoamérica, que harán resaltar dichas inconsistencias con la misma estructura y lógica del proceso penal acusatorio.

1. ETAPA DE INVESTIGACIÓN

1.1 *Investigación inicial e investigación complementaria.*

El proceso penal acusatorio comienza con la etapa de investigación inicial, la cual tiene como finalidad de que el Ministerio Público reúna los datos de prueba suficientes para poder establecer que se ha cometido un hecho delictivo y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. Inicia con la presentación de la denuncia, querella u otro requisito equivalente ante el Ministerio Público o con el conocimiento que dicha autoridad tenga de algún delito (flagrancia), y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de Control para que se le formule imputación.¹

Esta etapa de investigación a cargo del Ministerio Público es totalmente desformalizada, es decir, que la actividad de este órgano y de la policía se desarrolla sin sujeción a formalidades preestablecidas o control judicial, y cambia cuando el Ministerio Público requiere realizar actuaciones que afecten derechos

¹ Arts. 211 y 221; *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

del imputado y que por ello tenga que solicitar autorización al Juez de Control, pasando así a la etapa de investigación complementaria.

La investigación complementaria, comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación.² Estará en todo momento bajo la supervisión del Juez de Control, principalmente para vigilar las actuaciones que realiza el Ministerio Público durante la etapa de investigación, en especial aquellas que puedan procurarle una molestia o un perjuicio al imputado.³

1.2 *Formulación de la Imputación*

La formulación de la imputación es la comunicación que el Ministerio Público o fiscal efectúa al imputado, en presencia del Juez de Control, que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.⁴

La finalidad de esta institución procesal es proteger las garantías del imputado para que los actos de investigación del órgano administrativo se efectúen conforme a la Constitución y a las normas secundarias, donde el órgano jurisdiccional solamente está encargado de vigilar que se cumpla con tal situación.

Así las cosas, se debe de establecer que la formalización de la investigación es un acto jurídico procesal que emana únicamente del fiscal y no del órgano jurisdiccional, por lo que se trata de un mero acto de comunicación de parte del órgano de persecución penal y no de una resolución judicial.

Esta comunicación del fiscal se lleva a cabo durante la audiencia inicial, que se lleva a cabo de la siguiente forma:

- Ministerio Público: expone la imputación del delito, fecha, lugar, modo de comisión y grado de intervención que le atribuye al imputado.
- Defensor: solicita al Juez que el Ministerio Público aclare o precise la imputación (si fuere necesario).
- Juez: pregunta al imputado si entendió la imputación y si es su deseo declarar.
- Juez: pregunta al Ministerio Público si tiene alguna otra petición.⁵

1.3 *Auto de Vinculación a Proceso*

Durante la misma audiencia y posterior a la formulación de la imputación, el Ministerio Público podrá solicitar la vinculación del imputado a proceso, la cual puede resolverse en esa misma audiencia o ser determinada dentro del plazo de término constitucional de setenta y dos horas (que pueden duplicarse a solicitud del imputado) en una audiencia de vinculación a proceso.⁶

² *Ibid.*

³ Art. 252, *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

⁴ Art. 309, *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

⁵ CASANUEVA RENUART, Sergio.; *Juicio Oral, Teoría y Práctica*; México; Editorial Porrúa; 7^a Edición; 2011.p.107.

⁶ Art. 313, *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

1.3.1 Requisitos

La solicitud del Ministerio Público debe de ser debidamente fundada y motivada, la cual debe de reunir los siguientes requisitos para que el Juez de Control dicte el auto de vinculación a proceso:

- Se haya formulado la imputación.
- Se le haya otorgado al imputado la oportunidad de declarar.
- Se reúnan los requisitos de acreditación material:
 - a) Datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito.
 - b) Datos de prueba que establezcan como probable la participación del imputado en la comisión de ese hecho.
- Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.⁷

1.3.2 Estándar Probatorio

El auto de vinculación a proceso requiere una exigencia de acreditación material indispensable de estándar probatorio que el artículo 19 constitucional prevé para su dictado, de acuerdo al siguiente tenor literal:

*“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.*⁸

Por lo tanto, para entender de mejor manera el nivel de estándar probatorio que se requiere para el dictado del auto de vinculación a proceso, debemos identificar el significado que se le da al término *datos de prueba*. Así las cosas, en la exposición de motivos de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales, se establece sobre dicho término lo siguiente: “*la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral, que se advierta idóneo, pertinente y suficiente, para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión*”.⁹

En el mismo sentido decidió preverlo el Código Nacional de Procedimientos Penales al integrar textualmente el texto citado de la iniciativa en su artículo 259, en el cual también lo diferencia del término *prueba*, que define de la siguiente

⁷ GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal; *Manual Práctico de Juicio Oral*; México D.F.; Editorial Ubijus; 2011; p. 128;

⁸ Art. 19, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

⁹ Exposición de Motivos, Iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales presentada por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, 21 de septiembre de 2011, p. 29. Disponible en: <http://calderon.presidencia.gob.mx/documentos/iniciativas/Iniciativa-CFP.pdf>

manera: “Se denomina prueba a todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación.”.

Dicho lo anterior, debemos establecer que el término *dato de prueba* se refiere únicamente a la mención que se hace respecto a un medio de prueba que no ha sido desahogado aún y que solamente está referido dentro de los antecedentes que integran la carpeta de investigación, es decir, no es una prueba en estricto sentido sino solamente un dato que se refiere a una prueba que será ofrecida posteriormente en la etapa intermedia para ser admitida por el Juez de Control y así pueda ser introducida y desahogada en la audiencia de juicio oral.

Estos datos de prueba cumplen una doble función:

- Señalar la existencia de un hecho tipificado como delito en el Código Penal, mediante las referencias de medios de prueba que existen dentro de la carpeta de investigación. Esto quiere decir, que solamente se intenta verificar la existencia de un hecho que aconteció en el mundo exterior, no acreditar los elementos de un delito.
- Señalar que la participación del imputado en el hecho fue como mínimo probable, mediante las referencias a los medios de prueba que existen en la carpeta de investigación. Lo que significa que no se debe acreditar la responsabilidad del imputado, sino solamente establecer que fue probable su participación.

En otras palabras, el estándar probatorio de acreditación material que requiere el dictado de un auto de vinculación a proceso, es que obren datos de prueba suficientes para establecer que existió un hecho que la ley considera como delito y que sea probable la participación del imputado en su comisión.

Esto, va de la mano con el término *hecho* que plantea el Constituyente, con la finalidad de alejarse del tradicional concepto de *cuerpo del delito* que empleaba el sistema mixto-inquisitivo.¹⁰ Por lo tanto, se planteó una disminución del nivel probatorio en atención a que “*Bajo este nuevo esquema, no es necesario*

¹⁰ El cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado debían ser acreditados por el Ministerio Público al momento de ejercer la acción penal; la autoridad judicial por otro lado debía verificar esa acreditación para emitir una orden de aprehensión o dictar un auto de plazo constitucional (formal prisión). En ese sentido el Código Federal de Procedimientos Penales del sistema anterior disponía lo siguiente:

“Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera....”

Por lo anterior, el Constituyente en la exposición de motivos de la reforma estableció al respecto que: “*La noción cuerpo del delito parte de una epistemología muy ingenua que asume que es posible acreditar plenamente hechos del pasado. Si para la sentencia definitiva es muy complejo referirse a plenitud probatoria, cuanto más lo es para un momento tan inmediato en el proceso* (refiriéndose al auto de plazo constitucional)

*mantener un nivel probatorio tan alto como el vigente [...] , en razón de que el Ministerio Público no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal del perseguido, ya que en ese caso, no se colmaría el objetivo de reducir la formalidad de la averiguación previa y fortalecer la relevancia del proceso penal y particularmente el juicio”.*¹¹

Así las cosas, podemos ver que el estándar probatorio que requiere el Juez de Control para el dictado del auto de vinculación a proceso ha disminuido notablemente en comparación al estándar probatorio rígido que se requería para el dictado de un auto de término constitucional del sistema inquisitivo anterior.

1.3.3 Naturaleza y efectos

La naturaleza del auto de vinculación a proceso es específicamente la de una resolución judicial, por lo que el mismo Código Nacional de Procedimientos Penales, la regula como tal.¹² Por lo tanto, esta resolución es dictada por el órgano jurisdiccional de control de garantías, denominado Juez de Control.

Entonces, toda vez que el auto de vinculación a proceso es dictado por este órgano jurisdiccional de control judicial, es preciso establecer que esta figura procesal es puramente una decisión judicial autónoma del Juez de Control. Si bien es cierto que dicha decisión del juez está precedida por una solicitud del Ministerio Público, esto no quiere decir que el auto de vinculación a proceso provenga de la Fiscalía, sino que es una decisión que le compete única y exclusivamente al Juez de Control, quien atendiendo la solicitud del órgano acusador puede decidir si dicta el auto de vinculación a proceso solicitado o bien negarle la solicitud al Ministerio Público en caso de que no se cumplan los requisitos legales que se mencionaron en los párrafos anteriores.

Esto es contrario a lo que sucede con la formulación de la imputación, la cual si le compete únicamente al Ministerio Público; al ser ésta únicamente la comunicación que efectúa al imputado, en presencia del Juez de Control, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito. La diferencia entre ambas instituciones será tratada a fondo en el siguiente capítulo.

En ese sentido, podemos concluir que el auto de vinculación a proceso es una decisión de carácter judicial que tiene como función principal de someter a un individuo a un proceso penal por los hechos que fueron motivo de la formu-

[...] la prueba de los hechos en el derecho, igual que lo que ocurre en otras materias como la historia, no puede aspirar a la certidumbre plena.”

¹¹ Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso Legislativo), Cuaderno de Apoyo, p.270, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

¹² *Artículo 67. Resoluciones Judiciales. La autoridad judicial pronunciará sus resoluciones en forma de sentencias y autos. Dictará sentencia para decidir en definitiva y poner término al procedimiento y autos en todos los demás casos. Las resoluciones judiciales deberán mencionar a la autoridad que resuelve, el lugar y la fecha en que se dictaron y demás requisitos que este Código prevea para cada caso.*

Los autos y resoluciones del Órgano jurisdiccional serán emitidos oralmente y surtirán sus efectos a más tardar al día siguiente. Deberán constar por escrito, después de su emisión oral, los siguientes:....

...IV. La de vinculación a proceso...”

lación de la imputación, es decir, que será juzgado por los hechos que se le imputan en un juicio oral por un Tribunal.

Esto significa que después de dictado el auto de vinculación a proceso, el imputado se encuentra formalmente sometido a un proceso penal, el cual tiene que llegar a su conclusión mediante una sentencia definitiva emitida por un Tribunal de Juicio Oral. Lo anterior, sin perjuicio de que el proceso pueda terminar de forma anticipada sin tener que llegar forzosamente al juicio oral, en el caso que las partes soliciten autorización para poner fin al conflicto penal, a través de una salida alterna.¹³

En ese sentido, el auto de vinculación a proceso deberá dictarse únicamente por el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación, pero el Juez de Control (al dictar dicho auto) podrá otorgarles una calificación jurídica distinta a la asignada por el Ministerio Público. Por lo tanto, el proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso, y si posteriormente se descubre que se ha cometido un hecho delictivo distinto del que se persigue, éste debe ser investigado separadamente, sin perjuicio de que después puedan acumularse las causas.¹⁴

Así las cosas, el efecto principal del auto de vinculación a proceso el Código es establecer el hecho o los hechos delictivos sobre los que se continuará el proceso o se determinarán las formas anticipadas de terminación del proceso, la apertura a juicio o el sobreseimiento.¹⁵

En otras palabras, el auto de vinculación a proceso tiene el efecto de fijar la *litis*. Esto presenta a su vez un doble efecto, por un lado vincula desde ese momento al Ministerio Público a acusar solamente por los hechos que se fijaron en dicho auto; y, por otro lado obliga al Tribunal de Juicio Oral de resolver únicamente sobre el hecho o hechos por los cuales el imputado fue vinculado a proceso y posteriormente acusado.

Ahora bien, hemos podido apreciar que la figura del auto de vinculación a proceso es exclusiva y única del proceso penal mexicano, sin que haya una figura similar en los demás procesos latinoamericanos.

Cabe mencionar, que por conflictivo que resulte, este tema casi no ha sido discutido en México toda vez que el auto de plazo constitucional ha estado arraigado dentro del proceso penal mexicano por décadas y, por consiguiente, la inclusión del auto de vinculación en el sistema acusatorio no resultó extraña y no fue debatida mayormente en el Congreso.¹⁶ Por lo tanto, este tema no ha sido abordado de gran forma por la doctrina.

En ese sentido, debemos remontarnos al origen y motivo del auto de vinculación a proceso. Dicha figura proviene de la reforma realizada en el sistema pro-

¹³ Cfr. Título I, Libro Segundo, *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

¹⁴ Cfr. Art. 316, *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

¹⁵ “**Artículo 318. Efectos del auto de vinculación a proceso.** El auto de vinculación a proceso establecerá el hecho o los hechos delictivos sobre los que se continuará el proceso o se determinarán las formas anticipadas de terminación del proceso, la apertura a juicio o el sobreseimiento.”

¹⁶ Cfr. *Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública* (Proceso Legislativo),

cesal penal en el estado de Chihuahua con anterioridad a la adopción del modelo acusatorio en el ámbito constitucional en 2008. El legislador de Chihuahua al incorporar por primera vez en México el sistema acusatorio en el ámbito local (2007), se vio obligado a respetar el rígido concepto de un plazo constitucional.¹⁷

Al respecto, Carlos Natarén establece lo siguiente:

*“Debe señalarse que el establecimiento de la vinculación a proceso se debe a la necesidad de los códigos acusatorios de Oaxaca y Chihuahua de cumplir con los requerimientos constitucionales de establecer un auto de plazo constitucional de acuerdo al texto vigente de la Carta de 1917 vigente en 2006. Esto puede apreciarse en dos hechos: el primero es que el código oaxaqueño se mantiene el nombre de sujeción a proceso para el mismo acto que Chihuahua se denomina vinculación, el segundo hecho, es que en los códigos latinoamericanos no existe una vinculación formal, diferente a la formalización de la imputación —o de la investigación—”.*¹⁸

Lo extraño del caso es que cuando se aprobó la reforma constitucional, en vez de superarse el “escalón” de los autos de plazo constitucional que ya no tendrían razón de ser en el modelo acusatorio, se constitucionalizó en el ámbito nacional el diseño procesal de la reforma de Chihuahua para establecer la figura de la vinculación a proceso.¹⁹

2. CONFLICTOS QUE PRESENTA EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO CON OTRAS INSTITUCIONES PROCESALES.

En el presente capítulo expondré los principales problemas, que a mi criterio, hacen que la inclusión del auto de vinculación a proceso en el nuevo sistema acusatorio sea innecesaria e incluso inconsistente con la dinámica del mismo proceso.

Estas inconsistencias generan serios problemas interpretativos de dos instituciones procesales distintas, debido a las confusiones complejas que el legislador hizo sobre las funciones del auto de vinculación a proceso con la formulación de la imputación.

Dicho lo anterior, se corre el riesgo de que se generen serios conflictos en la práctica a la hora de que se implemente el proceso penal que prevé el Código Nacional de Procedimientos Penales. Estos conflictos pueden implicar que no se logre dejar atrás los problemas que acarreaba el sistema inquisitivo y así conseguir el avance buscado por la reforma procesal, toda vez que el auto de vinculación a proceso hace que se vuelva a enfocar el proceso en la etapa de investigación tal y como se explicará a continuación.

¹⁷ LUNA, Tania; SARRE, Miguel; *“Lo que usted siempre quiso saber de... La Etapa de Investigación.”*; México D.F., 2011, p. 11. Disponible en http://www.juiciosorales.org.mx/m4rks_cms/4cms/doc/content/files/ETAPA%20DE%20INVESTIGACION.pdf

¹⁸ NATAREN NANDAYAPA, Carlos F.; *La Vinculación a Proceso en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*, Documento de Trabajo N° 2, Universidad Autónoma de Chiapas (CEDEM), Chiapas, México, 2009, p. 12. Disponible en, http://cedem.unach.mx/doctos/CEDEM-La_vinculacion_a_proceso_en_el_nuevo_proceso_penal_acusatorio.pdf

¹⁹ *Ibid.*

2.1 Inconsistencias del Auto de Vinculación a Proceso con la Formulación de la Imputación

Como ya fue explicado en el primer capítulo, el Código Nacional define a la formulación de la imputación como la comunicación que el Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del Juez de Control, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito.²⁰

De forma casi idéntica, el Código Procesal Penal chileno define a la formalización de la investigación como “*la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados*”.²¹

Así las cosas, podemos ver como el modelo del proceso penal mexicano tiene como principal fundamento el sistema acusatorio implementado en Chile. En ese sentido, podemos establecer que la formulación de la imputación del sistema mexicano equivale a la formalización de la investigación del proceso penal chileno y que, por lo tanto, su naturaleza, motivos y funciones son similares; por lo que analizaremos dicha figura en la doctrina de ambos sistemas legales para tener una mejor comprensión sobre sus alcances.

En Chile, la doctrina define en pocas palabras lo que es la formalización de la investigación. Esto es, la comunicación o manifestación unilateral que hace el Ministerio Público acerca de haber iniciado la persecución penal en contra de un imputado por determinado(s) delito(s).²²

Primeramente, se debe de establecer que la formalización de la investigación es un acto jurídico procesal que emana únicamente del fiscal y no del órgano jurisdiccional, por lo que se trata de un mero acto de comunicación de parte del órgano de persecución penal y no de una resolución judicial.²³ Se trata, entonces, (para Duce y Riego) “*de una mera manifestación unilateral de parte del fiscal que da comienzo a un proceso formal, con pleno ejercicio de la defensa y con intervención judicial, que busca por una parte, dar conocimiento cierto de la imputación antes de la discusión de medidas que afectan derechos individuales, y, por la otra, evitar acusaciones sorpresivas.*”²⁴

Así las cosas, el juez no se pronuncia sobre la imputación ni la califica en cuanto a su procedencia, sino que solamente cuenta con una facultad de control limitada respecto a la formalización de la investigación.²⁵

La formalización de la investigación es una atribución exclusiva del Ministerio Público, por lo que el Fiscal no está obligado a formalizar si no lo

²⁰ Art. 309, *Código Nacional de Procedimientos Penales de la República Mexicana*

²¹ Art. 229, *Código Procesal Penal de Chile*.

²² Así la opinión dominante en Chile, véase Duce y Riego, p. 220; Horvitz, p. 540; Maturana y Montero, p. 637; Chahuán Sarrás, pp. 197-198.

²³ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl; *Derecho Procesal Penal*; Santiago de Chile; Editorial Abeledo Perrot Chile; 2012, p. 128.

²⁴ DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO Cristián R. *Proceso Penal*, Editorial Jurídica, 1a. ed., Santiago, 2007, p. 220.

²⁵ En ese sentido véase, Duce y Riego, p. 220; Horvitz, p. 541; Maturana y Montero, p. 637; Chahuán Sarrás, pp. 197-198.

desea.²⁶ Esto significa que es una facultad discrecional única del órgano de persecución penal que le permite decidir si quiere someter su investigación a controles formales para que se inicie un proceso penal.

Esta comunicación del Fiscal, al realizarse en presencia del juez de garantía, del imputado y su defensor, cumple con una función de carácter garantista; ya que informa de manera específica y clara los hechos, calificación jurídica y grado de participación que se le atribuyen al imputado, es decir, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra.²⁷

Lo anterior le permite al imputado, por una parte, tener un conocimiento cierto y preciso de la investigación que se sigue en su contra y, por otra, empezar a ejercer su derecho de defensa (con independencia de que lo haya hecho también en la etapa desformalizada) y preparar las pruebas que presentará durante la investigación y demás etapas del procedimiento. En ese sentido, esta institución procesal cumple fundamentalmente propósitos de garantía en favor del imputado.

La formalización de la investigación se plantea entonces, como un requisito previo y necesario a la realización de ciertas actuaciones que exigen que el imputado conozca de forma precisa el contenido de la imputación para ejercer su derecho de defensa. Así cuando el fiscal deba requerir la intervención judicial para solicitar medidas cautelares personales, estará obligado a formalizar la investigación.²⁸

Finalmente, la formalización de la investigación tiene también el efecto de fijar los hechos que posteriormente formarán parte de la acusación, es decir, sólo los hechos y personas que forman parte de la formalización de la investigación podrán ser incluidos en la acusación.²⁹ Con esto, se evitan acusaciones sorpresivas por parte del Ministerio Público, de las cuales no se pudo preparar adecuadamente el imputado para su defensa.

Como vimos en párrafos anteriores, la redacción de la institución procesal de la formulación de la imputación en el Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano es casi idéntica al de la figura de la formalización de la investigación chilena, por lo que en principio se deduce por lógica que fue tomada para que cumpla con los mismos fines y funciones que cumple en dicho modelo sudamericano.

No obstante lo anterior, debe establecerse que la figura de la formulación de la imputación no fue discutida dentro de la reforma constitucional y, por lo tanto, dicha figura no se encuentra prevista en la Constitución. Esta figura es recién recogida de los modelos latinoamericanos (Chile en especial) en el proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales realizado por la SETEC³⁰ y posterior-

²⁶ CHAHUAN SARRAS, Sabas; *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, Santiago de Chile; Editorial Jurídica ConoSur Ltda.; 7^a Edición; 2012, p. 198.

²⁷ HORVITZ LENON, María Inés, *Derecho procesal chileno*, Tomo I, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2002, pp. 540-541.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Art. 259, Código Procesal Penal de Chile.

³⁰ El Código Nacional tuvo como modelo base el Código elaborado por la *Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal del Gobierno Federal* mediante la iniciativa para un nuevo *Código Federal de Procedimientos Penales* que formuló el Presidente de la República

mente en el Código Nacional Único; es por estas razones que no existe mucho debate sobre sus funciones y alcances.

Partiendo de este punto, es que empiezan los conflictos y confusiones entre la institución de la formulación de la imputación y la del auto de vinculación a proceso. La imputación, al no estar prevista expresamente en la Constitución, se agrega al ordenamiento legal como una condición lógica para la vinculación a proceso, que sí está prevista, pues de lo contrario el juez estaría actuando sin petición de parte, en contravención al principio acusatorio.³¹

Por lo tanto, para identificar los conflictos que se presentan entre ambas instituciones, es necesario remitirnos a la discusión del proceso legislativo constitucional relativa a la figura del auto de vinculación a proceso. Se estima, que de acuerdo a la exposición de motivos que realiza el legislador y, basándonos en el análisis de la formulación de la imputación hecho al principio del presente capítulo, se deben aclarar dos claras confusiones de lo que es el auto de vinculación a proceso y de las funciones que éste cumple.

2.1.1 El auto de vinculación a proceso es una resolución judicial de acreditación material y no la comunicación que el fiscal hace al imputado, de que sigue una investigación en su contra.

Existe una confusión sobre estas dos instituciones procesales, toda vez que, el legislador claramente confunde lo que es la vinculación al proceso con el modelo de la formalización de la investigación tomado de la legislación chilena. Así las cosas, debemos distinguir que la formalización de la investigación es un acto jurídico procesal que emana únicamente del fiscal y no del órgano jurisdiccional, por lo que se trata de un mero acto de comunicación de parte del órgano de persecución penal y no de una resolución judicial.

Por su parte, el auto de vinculación a proceso no es una comunicación de la investigación penal al imputado por parte del fiscal, sino que es puramente una decisión de un órgano jurisdiccional (después de haber hecho una valoración de los datos de prueba que obran en la carpeta de investigación), de sujetar a un proceso penal a un indiciado por haber considerado que existen datos de que se cometió un hecho señalado como delito y de que es probable su participación en el mismo.

En ese sentido la exposición de motivos de la misma reforma constitucional, hecha por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, en el Dictamen de Proyecto de Decreto que Reforma Adiciona y Deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; establece lo siguiente:

“En esta reforma se modifica el nombre del tradicional auto de sujeción a proceso para sustituirlo por el auto de vinculación a proceso. La idea de sujeción denota

el 21 de septiembre de 2011. Esta propuesta de Código fue producto de la labor conjunta de diversas instancias del Gobierno Federal y que consideró “las buenas prácticas y resultados” de las legislaciones de diversos Estados y de países latinoamericanos existentes en la materia, el cual podría emplearse como modelo a seguir para la legislación local.

³¹ Luna y Sarre, *Op Cit.* p. 8.

*justamente una coacción que por lo general lleva aparejada alguna afectación a derechos, en cambio, vinculación únicamente se refiere a la información formal que el Ministerio Público realiza al indiciado para los efectos de que conozca puntualmente los motivos por los que se sigue una investigación y para que el juez intervenga para controlar las actuaciones que pudieran derivar en la afectación de un derecho fundamental. Se continuará exigiendo, no obstante, acreditar el supuesto material”.*³²

Estas son las inconsistencias que surge de tomar el modelo procesal de un país y querer copiarlo íntegramente pero sumándole instituciones jurídicas adicionales; se produce la confusión entre las dos figuras al querer otorgarle las mismas funciones a dos instituciones jurídicas de naturaleza distinta, puesto que la formulación de la imputación es solamente la comunicación que hace el fiscal al imputado de que existe una investigación en su contra y el auto de vinculación a proceso es en cambio la decisión judicial que valida la acreditación del supuesto material que presenta la formulación de la imputación.

Por lo tanto, surge una gran problemática que no se puede tomar a la ligera. Se incluye la vinculación a proceso, como la validación que hace el órgano jurisdiccional sobre la imputación que realiza el Ministerio Público al considerar que se encuentra acreditado el supuesto material, en el contexto de un modelo acusatorio que no está pensado para ello.

Este efecto puede acarrear problemas severos en la práctica. Uno de dichos problemas, es que se refuerza la lógica de que la etapa de investigación pase a ser la fase central del proceso penal, siendo que esta etapa es únicamente la primera fase del proceso y tiene como finalidad que el Ministerio Público reúna los datos de prueba suficientes para poder establecer que se ha cometido un hecho delictivo y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

En ese sentido, se corre el riesgo de que se ponga el énfasis del proceso penal en la etapa de investigación con la inclusión del auto de vinculación a proceso como decisión judicial, lo que nos puede llevar a pensar en su similitud con el auto de plazo constitucional del sistema inquisitivo mixto anterior y que por lo tanto el cambio realizado en la legislación fue un simbólico cambio de nombre a la institución.

Esto se puede afirmar, porque, en las dos instituciones la resolución que contiene ambas decisiones judiciales se basa, fundamentalmente, en la valoración que haga el juez de la suficiencia de la prueba para abrir o no un proceso en contra del presunto responsable. Por lo que en ese sentido, la persistencia del auto de vinculación a proceso en el sistema procesal mexicano, puede producir efectos similares al auto de plazo constitucional del sistema mixto inquisitivo, toda vez que la vinculación a proceso implica el desahogo prematuro de medios de prueba³³ y una valoración *a priori* sobre los datos de prueba que se advierten idóneos, pertinentes y razonables para establecer que se ha cometido un hecho que la ley

³² Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso Legislativo), p.134.

³³ “Artículo 314.- El imputado o su Defensor podrán, en el plazo constitucional o su ampliación, solicitar el desahogo de medios de prueba que consideren necesarios ante el Juez de control.”

señala como delito, y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

Respecto al tema, en el contexto chileno, establecen Duce y Riego que “*al juez no le corresponde calificar o evaluar la corrección de la información de la formalización entregada por el Ministerio Público, ya que son los fiscales los encargados de la persecución penal y ellos responderán de los errores y aciertos que tengan las formalizaciones de la investigación y las persecuciones penales que lleven adelante. En ese sentido, entonces, el juez no podría decir algo así como ‘muy bien, me parece que usted ha formalizado correctamente pero yo creo que no tiene antecedentes en este caso y, por tanto, no vamos a tener por formalizada la investigación’*.”³⁴

Entonces, si en la formulación de la imputación se judicializa el proceso y nos encontramos en la etapa preliminar, no tiene razón jurídica de ser un auto que haga valoración sobre los datos de prueba y que declare la vinculación a proceso del imputado, ya que la etapa de desahogo probatorio no lo es ante el Juez de Control (a excepción de la prueba anticipada) sino ante los jueces que integran el tribunal de juicio oral, es decir, se corre el riesgo de adelantar una discusión sobre la prueba a una etapa en que no corresponde esa función.

Así las cosas, al existir una valoración de pruebas por parte del Juez de Control en una etapa del procedimiento que no corresponde, hace que el proceso se vea afectado con un prejuzgamiento rígido por parte de una decisión judicial. Esto debilita el juicio y fortalece indebidamente la decisión unilateral del Ministerio Público de la formulación de la imputación y de sus actos de investigación, que se ven convalidados por el visto bueno que hace el Juez sobre la acreditación material del hecho y la participación del imputado.

Es más problemático aún, este efecto del auto de vinculación a proceso en los delitos sobre los cuales procede la prisión preventiva de manera oficiosa, ya que si no existe discusión de la prisión preventiva en este tipo de delitos, lo único que se discute es la acreditación material del delito para el dictado del auto de vinculación a proceso; por lo que en el caso de que se someta al imputado a un proceso penal, acarrea consigo la medida cautelar de prisión preventiva, produciendo efectos similares al auto de formal prisión del sistema mixto anterior.

Entonces, este efecto del auto de formal prisión que se buscó eliminar mediante un sistema acusatorio oral, no se produce con la inclusión del auto de vinculación a proceso en los delitos mencionados; por el contrario, se mantiene un efecto muy similar en que la decisión de someter a un individuo a proceso penal, también proscribe a la persona.

Para fundamentar lo anterior, debemos atender a los motivos expuestos por la Comisión de la Cámara de Diputados, sobre la eliminación del auto de procesamiento en la implementación del sistema acusatorio oral en Chile. Al respecto se discutió lo siguiente:

“*El auto de procesamiento es una decisión judicial, lo cual compromete la imparcialidad judicial y proscribe a la persona. La formulación de cargos (formalización*

³⁴ Duce M. y Riego C.; *Op. Cit.* p. 224.

de la instrucción), en cambio es una declaración unilateral del fiscal del ministerio público y no compromete al juez ni proscribe a la persona. ”³⁵

Asimismo, continúa estableciendo:

*“Se persigue que la formalización de la instrucción constituya un sustitutivo del sometimiento a proceso, que proviene del fiscal, no del juez, que evita el prejuicio que implica una resolución judicial basada en presunciones fundadas de participación e impide los efectos de interdicción del imputado que hoy surgen del auto de procesamiento... ”.*³⁶

El auto de procesamiento, al igual que el auto de plazo constitucional del sistema inquisitivo mixto mexicano, era una decisión jurisdiccional anticipada y que alteraba el peso de la prueba.³⁷ Por lo tanto, al implementar la reforma constitucional, el legislador chileno optó por remover esa decisión judicial y sustituir la únicamente con la manifestación unilateral del Ministerio Público de informarle la existencia de la investigación al imputado.

En ese sentido se pronuncia Julio Maier al establecer: “*La imputación, por lo demás, no debe comprometer al tribunal que juzga, esto es, no debe partir de él; para conservar su imparcialidad y evitar toda sospecha de parcialidad, todo compromiso con la hipótesis acusatoria que conforma el objeto del procedimiento. Esta es la máxima fundamental del principio acusatorio...* ”³⁸

Dicho lo anterior, se puede razonar que resulta innecesaria la inclusión del auto de vinculación a proceso en el sistema procesal penal, puesto que los objetivos y funciones que dicha institución pretende cumplir (de acuerdo a la misma exposición de motivos) se encuentran ya debidamente cumplidos por figura de la formulación de la imputación que prevé el Código; de forma contraria, dicho auto de vinculación a proceso, no parece superar la problemática abordada que presentaba el auto de plazo constitucional del sistema inquisitivo mixto anterior.

2.1.2 La formalización de la investigación cumple con la función de fijar la *litis* de los hechos.

Este efecto que se le atribuye al auto de vinculación a proceso en el artículo 318 del Código Nacional también lo cumple la formalización de la investigación del modelo chileno y, por lo tanto, lo puede cumplir la formulación de la imputación del modelo mexicano.

En ese sentido, el modelo mexicano no prevé una situación en que el Ministerio Público pueda modificar los hechos sobre los cuales formuló la imputación a un sujeto, sino que solamente prevé la posibilidad de que se formule de forma

³⁵ LONDONO MARTÍNEZ, Fernando [et al.]. *Reforma procesal penal: génesis, historia sistematizada y concordancias*; Coordinación Cristián Maturana Miquel; Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1a Edición; 2003, p. 245.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ CHAHUÁN SARRÁS, Sabas, Óp Cit. p.197.

³⁸ MAIER, Julio; *Derecho Procesal Penal: Tomo I*; Editores del Puerto, 2^a Edición, Buenos Aires , p.554.

separada, en otra investigación, una nueva imputación.³⁹ En ese sentido, los hechos que van a formar parte del proceso penal, son fijados mediante el auto de vinculación a proceso al inicio de la etapa de investigación judicializada, sin que éstos puedan modificarse o ampliarse.

Esta situación, obliga al Ministerio Público a casarse con una línea de investigación en una etapa muy temprana del proceso penal, sin que haya conocido los hechos y los medios de prueba en su totalidad, lo que genera, desde mi perspectiva, un grave problema práctico para el Ministerio Público en la etapa de investigación, de acuerdo a los siguientes argumentos.

Durante la etapa de investigación, la idea que se tenga acerca del hecho punible y la persona que lo realizó, puede variar. Esto, naturalmente, se explica por los descubrimientos que se vayan sucediendo, como resultado de las diligencias practicadas y de la actividad de los demás intervenientes en el procedimiento. Por lo tanto, el Ministerio Público, en su función investigativa, no se debe encontrar limitado por las características del hecho punible conocido originalmente y que dio inicio al proceso; sino que por el contrario tiene la obligación de agotar todas las diligencias y líneas de investigación para poder lograr el correcto esclarecimiento de la verdad, o por lo menos, el más acertado.⁴⁰

En ese sentido, es acertado establecer que “durante la etapa de investigación, el objeto se construye paulatinamente”,⁴¹ ya que durante su transcurso puede ir adquiriéndose información nueva, que dé cuenta de que el hecho punible y/o la participación del imputado, consisten en algo diverso de lo que la información señalaba inicialmente.

Dicho lo anterior, resulta problemático en el modelo procesal mexicano, querer fijar los hechos del proceso penal con el auto de vinculación a proceso en la etapa inicial del procedimiento, ya que no puede fijarse claramente la *litis* del proceso si el Ministerio Público no cuenta con toda la información necesaria, al encontrarse todavía en la etapa que justamente tiene como finalidad investigar para reunir dicha información.

Esto se traduce en que el Ministerio Público se ve obligado a seguir adelante con una versión de los hechos de forma apresurada y sin haber agotado todas las líneas de investigación; lo que en la práctica tiene efectos problemáticos como: formular imputaciones poco claras, confusas o incompletas, no poder proseguir con la acusación por que los hechos o datos de prueba están incompletos, y por lo tanto tener que ordenar el sobreseimiento o archivo de dichos asuntos.

No obstante lo anterior, cabe mencionar que en el modelo chileno prevé la figura conocida como la *reformalización de la investigación*,⁴² que es un acto por

³⁹ Cfr. Art. 316, *Código Nacional de Procedimientos Penales de la República Mexicana*.

⁴⁰ FALCONE SALAS, Diego; “Apuntes sobre la Formalización de la Investigación desde la Perspectiva del Objeto del Proceso Penal”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 21 N°2 (2014). pp.191-192.

⁴¹ J. Maier; Óp. Cit. Tomo II, pp. 35-36.

⁴² Esta figura no se encuentra expresamente prevista por el Código Procesal Penal, pero es ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia. En ese sentido, véanse los Considerandos Noveno y Décimo del fallo de 23 de mayo de 2006 de la Corte de Apelaciones de Santiago, *Rol 738-2006-REF*.

el cual se modifica (aumento o variación) la comunicación del contenido de la imputación, realizada en virtud de una formalización de la investigación anterior. Entonces, si la imputación sufre variaciones, explicables por los descubrimientos que aparecen, producto del resultado de la actividad de averiguación oficial y la de los demás intervenientes, parece lógico que la información respectiva, que haya de transmitirse al imputado, se vaya actualizando.⁴³

En ese sentido, dicha reformalización debe realizarse forzosamente durante la etapa de investigación, ya que de lo contrario, los hechos que la integran no podrán ser incluidos en la relación fáctica de la acusación que el fiscal presenta en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral en la etapa intermedia.

Por lo tanto, podemos ver de forma clara que en el modelo procesal chileno, la fijación de la litis se puede realizar durante toda la etapa de investigación, mientras vayan surgiendo datos y hechos nuevos en las diligencias de averiguación que realiza el fiscal, aunado a los hechos por los cuales se formalizó al imputado al principio de la etapa de investigación judicializada.

Este conflicto puede generar problemas prácticos de rigidez en la etapa de investigación, tal y como sucedía en el proceso penal inquisitivo-mixto, en donde en la práctica la consignación de la averiguación previa y el auto de plazo constitucional fijaban los hechos, siendo casi imposibles de desvirtuar durante el desarrollo del proceso penal.

Así las cosas, el auto de vinculación a proceso presenta de nueva cuenta problemas prácticos que se ocasionan por querer copiar un modelo latinoamericano de forma parcial, adicionándole una institución procesal con efectos que no están diseñados para ello y suprimiendo otras figuras como la reformalización, que suprime los posibles problemas prácticos que pudiera tener la formalización de la investigación en el modelo chileno.

2.1.3 La función de garantía está cumplida por la formulación de la imputación y no por el auto de vinculación a proceso.

De acuerdo al legislador, uno de los objetivos del auto de vinculación a proceso es que el imputado pueda conocer los hechos por los cuales es investigado y los medios de prueba que tiene el Ministerio Público en su contra. Lo anterior, con una función de garantía que le permite construir adecuadamente su defensa y debatir la imputación ante el Juez de Control.

La garantía del imputado que se busca proteger es la del adecuado derecho de defensa que se encuentra consagrada en la fracción III del inciso B del artículo 20 Constitucional y la fracción V del artículo 113 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que establecen como derecho fundamental del imputado lo siguiente: “*Que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten.*”

⁴³ D. Falcone; Óp. Cit. pp. 210-212.

En ese sentido, la exposición de motivos de la reforma procesal establece lo siguiente:

“De acuerdo con la propuesta aquí formulada, la persona que es vinculada a un proceso puede conocer los medios probatorios que Ministerio Público considera que le incriminan para preparar adecuadamente su defensa ante un juez y, al mismo tiempo, tiene la garantía que toda medida cautelar será decretada y controlada también por un juez.

[...]

La razón de ello es que la vinculación a proceso es precisamente una garantía. Lo es en tanto que constituye la comunicación formal que hace el Ministerio Público a una persona, ante un tercero imparcial, de que su conducta está siendo investigada. En esta tesitura debe entenderse que el proceso de investigación ya ha comenzado sólo que —por emplear una metáfora— a espaldas del imputado, sin que éste conozca los avatares de la investigación. Al quedar vinculado al proceso el imputado, el Ministerio Público está obligado a mostrar sus pruebas y pierde la posibilidad de mantener bajo reserva los elementos de convicción que, en su momento y de considerarlo así, se desahogarán en juicio. En este sentido, el imputado activa su derecho a la jurisdicción en materia penal y puede desde el momento de la vinculación a proceso empezar a planear su estrategia defensiva. Es además una garantía porque la vinculación fija la materia de la investigación y del eventual juicio.”⁴⁴

Se considera, de acuerdo a lo anteriormente transcritto, que el legislador vuelve a confundir el auto de vinculación a proceso con la figura de la formalización de la investigación (tomada de Chile) y le atribuye las funciones de garantía que son propias de ésta última. Así las cosas, es la comunicación del fiscal que se realiza en presencia del Juez de Control, del imputado y su defensor, la que cumple con una función de carácter garantista; ya que informa de manera específica y clara los hechos, calificación jurídica y grado de participación que se le atribuyen al imputado.

Entonces, esta garantía se ve protegida precisamente con la comunicación del Ministerio Público, que es la que le permite al imputado, por una parte tener un conocimiento cierto y preciso de la investigación que se sigue en su contra, y por otra empezar a ejercer su derecho de defensa y preparar las pruebas que presentará durante la investigación y demás etapas del procedimiento. De esa forma, es como la formulación de la imputación del proceso mexicano cumple fundamentalmente con propósitos de garantía en favor del imputado y no los cumple el auto de vinculación a proceso.

Esta confusión que se tiene del auto de vinculación a proceso con la formulación de la imputación nos vuelve a señalar que más que cumplir una función garantista a favor del imputado, es una institución que lo perjudica mucho más de lo que lo beneficia, tal y como se ha explicado a lo largo del presente capítulo.⁴⁵

⁴⁴ Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso Legislativo), p.134.

⁴⁵ Véase supra. 2.1.1 para ver los problemas que dicha institución le presenta al imputado.

2.2 Inconsistencias del Auto de Vinculación a Proceso con la Etapa Intermedia

Como ya vimos anteriormente, el legislador pretendió asignarle al auto de vinculación a proceso con funciones que son propias de la formalización de la investigación, pero también veremos que presenta conflictos con los modelos de la etapa intermedia que existen en el propio modelo regulado en el Código Nacional, así como con los modelos que se tomaron como modelo del derecho comparado.

En primera instancia, la etapa intermedia en el proceso penal mexicano, tiene como finalidad preparar la etapa de juicio oral, es decir, fijar los hechos sobre los que versará el juicio, así como presentar y depurar todos los medios probatorios que las partes van a desahogar durante el juicio oral.⁴⁶

No obstante lo anterior, el artículo 347 del Código Nacional de Procedimientos Penales, prevé la posibilidad de que el Juez de Control haga correcciones formales a las acusaciones del Ministerio Público al dictar el auto de apertura a juicio oral.⁴⁷

Entonces, en México, al igual que en Chile, no se da un estricto rigor en el control de la acusación, ya que el Juez de Control no puede rechazar la decisión del Ministerio Público de llevar el caso a juicio oral, puesto que no tiene la facultad de analizar el fundamento de la acusación, sino que se limita a examinar el cumplimiento de sus requisitos de tipo formal.⁴⁸

Dicho lo anterior, parece en primera instancia que el legislador mexicano optó por un modelo sin intervención judicial en la decisión del Ministerio Público de acusar a una persona por la comisión de un delito. Esto es así puesto que, como se ha visto a lo largo del presente trabajo, el modelo mexicano fue inspirado en el proceso penal chileno, y en ese sentido la reforma procesal penal buscó tener un modelo sin control de la acusación, como podemos ver de acuerdo a los siguientes argumentos que planteó el legislador en la exposición de motivos de la reforma:

“... refieren (los diputados César Camacho Quiroz, Felipe Borrego Estrada, Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González) que la propuesta que hacen es acorde con las reformas consolidadas en países como Costa Rica (sic.) y Chile, en los que ya no existe un auto formal de procesamiento.”⁴⁹ (El énfasis es del que suscribe).

Entonces, aun habiéndose tomado como base el modelo procesal chileno, en México se da una situación mucho más particular y problemática, esto es que, el control de la acusación se da al inicio de la investigación formalizada y no al final de la etapa intermedia como sucede en todos los demás países que optaron por este modelo.

⁴⁶ Art. 334 Código Nacional de Procedimientos Penales de la República Mexicana.

⁴⁷ Cfr. Art. 347 Fracción III del Código Nacional de Procedimientos Penales de la República Mexicana. Sigue de lo mismo en el caso chileno, por lo que dicho artículo se basa en el artículo 270 del Código Procesal Penal chileno.

⁴⁸ D. GONZÁLEZ OBREGÓN; Óp. Cit. p. 163.

⁴⁹ Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso Legislativo), p.107.

El control judicial en el modelo mexicano se establece mediante el auto de vinculación a proceso, que como vimos en el análisis hecho en la primera parte del presente capítulo, es la decisión judicial que recae sobre la formulación de la imputación del Ministerio Público.

No obstante lo anterior, en el derecho comparado, la etapa intermedia tiene y ha tenido como función primordial controlar el requerimiento acusatorio del fiscal, precisamente, evitar que cualquiera pueda ser acusado sin fundamento suficiente.⁵⁰

En ese sentido, se ha hablado en el derecho comparado principalmente dos tipos de modelos que regulan la etapa intermedia, por una parte un modelo que contempla un período de control sustancial de la acusación durante ésta y por otra parte un modelo en el que no existe un control propio de la acusación del fiscal, sino que solamente existe un control formal sobre la misma.

Por lo tanto, pasaremos a explicar los dos tipos de control de la acusación mencionados, para poder analizar en la última parte de este capítulo el conflicto que se genera en México respecto a esta situación.

2.2.1 Modelo con control sustancial de la acusación

Existe por un lado, un modelo procesal en donde la formulación de la acusación siempre debe ser revisada por el Juez, siendo entonces este control, en realidad, un control de legalidad sobre el ejercicio de la acusación al efectuarse una verificación de concurrencia de los presupuestos legales que autorizan tal ejercicio de la acción acusadora.⁵¹

Como ejemplo, en Perú, con el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, el Juez de la investigación preparatoria podrá rechazar una acusación que carezca de sustento o no tenga base para el juicio, disponiendo el sobreseimiento de la causa.⁵² Esto sucede cuando los hechos objeto de la causa no sucedieron, no pueden atribuirse al imputado, no son típicos, o **no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado**.⁵³ Dicho en otras palabras, la desestimación de la acusación procederá cuando no haya causa probable o base para el juicio o cuando no se ofrezcan medios de prueba para su actuación en el juicio.⁵⁴

El modelo de control de la acusación del fiscal tiene como fin principal, según Julio Maier, “*el control de los requerimientos conclusivos del Ministerio Público que hacen mérito del procedimiento preliminar. Allí se examina el fundamento de la acusación o del requerimiento de cierre del procedimiento y liberación de persecución al imputado o cierre provisional del procedimiento si debe abrirse o no el procedimiento principal...*”⁵⁵

⁵⁰ VARELA CASTRO, L., en ANDRES IBÁÑEZ y otros, *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 157.

⁵¹ HORVITZ LENON, María Inés, *Derecho procesal chileno*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2002, p. 10.

⁵² TALAVERA ELGUERA, Pablo; “*El Nuevo Código procesal penal*”, Grijley, Lima, p. 66.

⁵³ Cf: Artículo 352 párrafo 4º en relación con el art. 344 párrafo 2º del Código Procesal Penal de Perú.

⁵⁴ P. Talavera, Óp cit. p.66.

⁵⁵ J. Maier, Óp cit. Tomo II, p. 478.

Este modelo de control, se asienta en la idea que el Estado de Derecho no puede permitir la realización de un juicio público sin comprobar, preliminarmente, si la imputación está provista de fundamento serio como para, eventualmente, provocar una condena.⁵⁶

Por lo tanto, podemos observar que en dicho modelo, existe un control para que la actuación del fiscal de someter a una persona a juicio no sea abusiva o sin fundamento, por lo que existe un debate o discusión preliminar sobre el fundamento de la acusación; éste puede resultar coherente con la función de esta etapa procesal puesto que en ella el Juez de Control sí puede realizar un análisis en la prueba, tal y como lo realiza en la depuración y selección de los medios de prueba que serán introducidos a juicio oral.

Así las cosas, el auto de apertura a juicio oral funciona como la decisión judicial que controla la acusación y por consiguiente le da el visto bueno al admitirla. En ese sentido, explica Alberto Binder que “*El auto de apertura a juicio es la decisión judicial por medio de la cual se admite la acusación: se acepta el pedido fiscal de que el acusado sea sometido a un juicio público. Como decisión judicial, el auto de apertura a juicio cumple una función de gran importancia...*”⁵⁷

Por consiguiente, el control judicial de la acusación se presenta como un medio para evitar la arbitrariedad, parcialidad o ausencia de sustento de la misma, y así evitar abusos principalmente del órgano que tiene el monopolio de la acción penal pública en el Estado de Derecho, es decir, el Ministerio Público.

2.2.2 Modelo con control formal de la acusación

Existe un diverso modelo que no tiene un control de fondo o sustancial sobre la acusación del fiscal. Este es el caso de las legislaciones de Chile y Colombia.⁵⁸

Principalmente, en el proceso penal chileno (que es el que más nos interesa al ser el modelo seguido por la legislación mexicana), la etapa intermedia tiene como finalidad primordial la de preparar adecuadamente el juicio, depurando y acotando la discusión, así como los elementos de prueba que se rendirán en la audiencia.⁵⁹

Entonces, a diferencia de varios de los sistemas del mismo ámbito jurídico-cultural, la etapa intermedia en la legislación chilena no cumple con una función de control sustancial de la acusación. En efecto, el control de la acusación es meramente formal y no sobre el fondo de la misma, por lo que el Juez de Control sólo puede intervenir en la corrección de vicios formales que ésta pudiera presentar.⁶⁰

⁵⁶ ALVAREZ, A., “El control de la acusación”, en *Revista Pena y Estado N°2*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 15-16.

⁵⁷ BINDER, Alberto; *La Fase Intermedia, Control de la Investigación*, Instituto de Ciencia Procesal Penal, p. 5. Disponible en: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/faseintermedia.pdf>

⁵⁸ Respecto a la situación colombiana, Cfr. ALMÉCIGA GÓMEZ, Manuel F. y GUTIÉRREZ ROJAS, Carlos J.; “*Control Judicial de la Acusación en Colombia: ¿Intromisión Indebida o Límite Necesario?*”, pp. 3-6. Disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11717/1/control%20judicial%20de%20la%20acusacion%20en%20colombia.pdf>

⁵⁹ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo; *Manual del Sistema de Justicia Penal*; Santiago de Chile; Librotecnia; 2009, pp. 430-431.

⁶⁰ M. Horvitz; Óp Cit. p. 15.

El fundamento del apartamiento del Código chileno de sus modelos de derecho comparado aparece explicitado en el Mensaje Presidencial que le dio origen, al establecer que:

*“Las razones para proponer esta forma limitada de control de la acusación, que se aleja de la mayoría de los modelos extranjeros, dicen relación con, por una parte, evitar la anticipación del juicio admitiendo prueba sobre el fondo del debate, y con cautelar la independencia judicial, por la otra, reafirmando el principio de que la promoción de la persecución penal corresponde a los fiscales y no a los jueces. La entrega a los jueces de amplias facultades para rechazar la acusación por insuficiencia de prueba u otros motivos similares con fines de garantía para el acusado importaría una aprobación de aquellas acusaciones que pasen a la etapa del juicio...”*⁶¹

En ese sentido, establece también Alex Carocca que: “*el control de la acusación en estricto rigor no se produce ni en ésta ni en ningún otro momento, porque el Juez de garantías no puede rechazar la decisión del Fiscal de llevar el caso a juicio oral, ya que no se encuentra facultado para analizar el fundamento de la acusación, sino que debe limitarse a examinar el cumplimiento de sus requisitos formales. Tampoco al acusado se le otorga la facultad de oponerse a su realización...*”⁶²

Por lo tanto, podemos establecer que la finalidad de la etapa intermedia en el proceso penal chileno no tiene como finalidad controlar judicialmente la acusación autónoma del fiscal, sino que principalmente se enfoca en depurar los hechos que van a ser controvertidos, así como en ofrecer, admitir y preparar los medios de prueba que van a ser desahogados durante el transcurso del juicio oral ante el Tribunal.

En la misma línea, continúa explicando Carocca al respecto: “*La razón (de no controlar la acusación) es que si se hubiera contenido esta finalidad en la etapa intermedia, se corría el riesgo de que el momento central del proceso se trasladase a esta fase –como ha sucedido en otros casos- en desmedro del juicio oral que es lo que interesa instalar en Chile. En efecto, en otro países es en este momento que se suele producir el gran debate en cuanto al mérito del material probatorio acumulado por el Fiscal...*”⁶³

Entonces, entendemos que una discusión sobre el fondo de la acusación del Ministerio Público, presupone una discusión preliminar sobre la materia y los medios de prueba que son funciones exclusivas del juicio oral; es decir, se trasladaría la discusión del fondo de la prueba a una etapa anterior a la del juicio oral.

El riesgo que presenta esta situación, como lo estableció el mensaje presidencial, es el de fortalecer la acusación del Ministerio Público mediante la aprobación de la misma por parte de un órgano jurisdiccional, es decir, mediante la decisión

⁶¹ Cfr: Mensaje N° 110-331, de 9 de junio de 1995.

⁶² CAROCCA PÉREZ, Alex; “Etapa intermedia o de preparación del juicio oral” en *Nuevo Proceso Penal: Incluye texto completo del Nuevo Código Procesal Penal*; Santiago de Chile; Editorial Jurídica ConoSur Ltda.; 2000; p. 179.

⁶³ *Ibid.*

de un juez que establece que existen elementos de prueba suficientes sobre la acreditación material del hecho y de la participación del imputado en el mismo.

Lo cual, puede conllevar que el proceso se vea afectado con un prejuicamiento rígido por parte de una decisión judicial, debilitando el juicio y fortaleciendo indebidamente la decisión unilateral del Ministerio Público de la formulación de la imputación y de sus actos de investigación, en detrimento del imputado.

2.3 *El conflicto en México*

Así las cosas, es claro que el modelo mexicano pretende hacer una mezcla entre el modelo chileno que no prevé control de la acusación, con uno que si prevé control sustancial de la acusación, y además, con el modelo inquisitivo-mixto derogado; esto sucede al incluir la figura del auto de vinculación a proceso en un proceso penal acusatorio que nunca lo previó.

Este control judicial se da sobre la formulación de la imputación y que por consiguiente es una decisión del órgano jurisdiccional que tiene por acreditado la suficiencia de datos de prueba sobre el supuesto material del hecho que se imputa y la probable participación del indiciado en el mismo.

Ahora bien, es necesario aclarar que la crítica que se hace en el presente trabajo no se realiza en sí sobre la inclusión de un medio de control judicial a la persecución penal del Ministerio Público, sino que ese control judicial se realice mediante el auto de vinculación a proceso. No obstante lo anterior, debemos establecer que de acuerdo al modelo establecido por el legislador y a su exposición de motivos, éste prefirió un modelo que solamente prevé un control formal de la acusación pero decidió ejecutarlo de forma diversa al incluir forzosamente un control sustancial de la acusación en el auto de vinculación a proceso.

Lo anterior, resulta contradictorio con los objetivos que busca el modelo adoptado, así que este medio de control sustancial de la acusación resulta gravemente problemático para el debido funcionamiento de un sistema penal predominantemente acusatorio.

En ese sentido, debemos partir del punto de que la etapa de investigación no es la etapa adecuada para incluir un control judicial. Esto es así puesto que el propósito de esta etapa es principalmente que el Ministerio Público reúna indicios orientados al esclarecimiento los hechos y, en su caso, ejercer la acción penal; y, en la fase de investigación formalizada, que las partes recaben todos aquellos elementos probatorios para efecto de formular o no la acusación, o desvirtuarla, según sea el caso.⁶⁴

La etapa de investigación en ningún momento está contemplada en nuestra legislación ni en las de derecho comparado como el momento oportuno para hacer una valoración sobre la suficiencia de datos de prueba para la acreditación material del hecho o de la participación del imputado porque las partes aún no cuentan con dichos datos, ya que recién están reuniéndolos.

⁶⁴ Exposición de Motivos de la Iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales, Óp Cit., pp. 29, 58.

Entonces, es problemático establecer un control judicial al Ministerio Público al inicio de la etapa de investigación porque no se cuentan aún con todos los datos de prueba que van a formar parte del juicio oral. Así las cosas, como se vio anteriormente, esto puede afectar en la práctica a que el fiscal se case con una línea de investigación en una etapa muy temprana y esto cause a que haya un alto índice de investigaciones archivadas o sobreseídas por que faltaron elementos en el auto de vinculación a proceso, que surgieron posteriormente en la misma etapa de investigación.⁶⁵

Además, puede afectar en la práctica a que la decisión del juez en el auto de vinculación a proceso no sea un control judicial adecuado a la decisión de perseverar del Ministerio Público, porque éste no tiene todos los datos de prueba necesarios para tomar esa decisión tan importante en una etapa tan temprana del procedimiento, como lo es la de investigación.

Aunado a lo anterior, el auto de vinculación a proceso como medio de control judicial de la acusación en la etapa de investigación puede presentar un problema en un doble sentido:

- Primero, si el control judicial del auto de vinculación a proceso es estricto en esta etapa del proceso, se impiden que hayan investigaciones judicializadas tempranas puesto que en esta etapa el Ministerio Público recién está comenzando a investigar y hasta ese momento puede no tener claros los hechos que perseguirá ni los medios de prueba necesarios para sustentarlos.

De esa forma, el legislador ubicó este problema que rigió en el sistema mixto-inquisitivo al establecer lo siguiente: “*La exigencia de un estándar probatorio tan alto como se exige actualmente para apenas dar inicio al proceso, ha sido, paradójicamente, tanto fuente de impunidad como de abusos.*”⁶⁶

- Si por el contrario, el control judicial del auto de vinculación a proceso es en base a un estándar bajo (como sucede actualmente con el estándar probatorio de *datos de prueba*⁶⁷), se corre el riesgo de que un control judicial tan laxo no cumpla propiamente su función y por lo tanto el órgano jurisdiccional autorice las decisiones del fiscal de perseverar en la persecución penal en la mayoría de las ocasiones.

Entonces, bajo esta lógica se pierde todo el sentido de un control judicial a las actuaciones del Ministerio Público, si se realizan al amparo de un estándar probatorio tan bajo que no permita al Juez realizar un verdadero control a la persecución penal. Esto puede ocasionar que se validen investigaciones de baja calidad y se llegue a una deferencia extrema que ocasione lo que se denomina en Estados Unidos como “*rubber stamping*”.

⁶⁵ Véase supra , 1.2 del Capítulo III

⁶⁶ Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso Legislativo), p.107

⁶⁷ Véase supra . 1.3.2, sobre el estándar probatorio que se requiere para el dictado del auto de vinculación a proceso.

Por otro lado, si nos enfocamos de nuevo en la etapa intermedia y en las experiencias que presenta ésta en el derecho comparado; el control judicial puede resultar coherente con la función de esta etapa procesal puesto que en ella, el Juez de Control sí puede realizar un análisis en la prueba, tal y como lo realiza en la depuración, selección, valoración de la licitud de los medios de prueba que serán introducidos a juicio oral y en el desahogo de la prueba anticipada.⁶⁸

Este control judicial que se realiza al final de la etapa intermedia, recae sobre la acusación definitiva que presenta el Ministerio Público, sobre la cual ya no puede haber cambios en los hechos que se debaten, su calificación jurídica y los medios de prueba que la sustentan; es decir, no se realiza sobre la mera comunicación de la investigación al imputado que se sustenta solo en los datos de prueba con los que el Ministerio Público cuenta al inicio de la investigación.

Entonces, es más claro que se realice un control judicial sobre la suficiencia de datos de prueba sobre el supuesto material del hecho que se imputa y la probable participación del indiciado, al final de una etapa que reúne la totalidad de los elementos que las partes reunieron durante la etapa de investigación, ofrecieron y prepararon en la etapa intermedia, y que van a ser valorados por el Juez de Control.

Lo anterior, se encarga del problema y otorga certeza procesal y seguridad jurídica a las partes de que los hechos, su calificación jurídica y las pruebas no van a variar antes del juicio oral, y que van a ser solamente lo establecido en el auto de apertura de juicio oral que dicta el Juez de Control, lo que va a formar parte del juicio.

No obstante lo anterior, si se prefiere un modelo con control sustancial de la acusación, significa que se debe realizar un cambio de modelo al actualmente adoptado. Esta situación parece mucho más difícil, puesto que se deben realizar variaciones sustanciales al modelo actual y se debiera enfocar en un modelo similar al Argentino o Peruano para que sea más consistente con los objetivos que busca.

Por lo tanto, si se pretende poner un control a las decisiones del Ministerio Público, se considera que el auto de vinculación a proceso no es el medio ideal para lograrlo, ya que crea inconsistencias prácticas en la etapa intermedia, al anticiparse a resolver cuestiones del proceso que le son ajenas. Esto es, hace que el juez fije la *litis* y adelante una discusión que contempla valoración de la prueba, a una etapa muy temprana del procedimiento, que como ya vimos no es su finalidad.

Este problema ha sido abordado desde la perspectiva contraria, por el profesor Marco Antonio Díaz de León, al establecer que el problema radica en la formulación de la acusación del Ministerio Público que es posterior al auto de vinculación a proceso. Al respecto menciona lo siguiente: “*Esta situación (la de la formulación de la acusación del MP por escrito) es contraria al sistema del proceso oral y acusatorio, porque se pasa por alto que con anterioridad se dictó,*

⁶⁸ Cfr. Arts. 346 y 347 Fracciones V y VI del *Código Nacional de Procedimientos Penales de la República Mexicana*.

por la autoridad judicial indicada, el auto de vinculación que es el antecedente constitucional para la etapa intermedia, esto es, en la ‘acusación’ el Ministerio Público puede efectuar una calificación jurídica distinta a la hecha por el juez de control en el mencionado auto de vinculación [...] Esta discrepancia procesal entre el auto de vinculación y la inentendible nueva ‘acusación del Ministerio Público’ ponen en entredicho las aparentes bonanzas atribuidas al proceso oral, así como a las actuaciones de investigación realizadas por el representante social y a las juzgadas por el juez de control en el auto de vinculación.”⁶⁹

Asimismo, dicho autor plantea que debido a la contradicción entre ambas instituciones procesales se genera una falta de certeza procesal e inseguridad de justicia adversarial entre las partes y hace perder el fundamento constitucional del proceso oral acusatorio en su etapa intermedia; es decir: “*al reabrirse la acusación sobre algo ya juzgado y resuelto sobre el juez de control en el auto de vinculación, se viola el párrafo primero del artículo constitucional...*”⁷⁰

No se comparte el punto de vista sobre el problema entre estas dos instituciones que plantea dicho autor, ya que como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, el problema se ocasiona por la inclusión forzosa del auto de vinculación a proceso en el marco de un proceso acusatorio oral que no estaba pensado para ello. Su regulación a nivel constitucional, obliga a pensar en dicho auto como algo central y buscar soluciones complejas en torno a dicha figura, criticando otras etapas del procedimiento que tienen claras sus funciones (como lo son la formulación de la imputación y la posterior presentación de la acusación por parte del fiscal).

CONCLUSIONES

Como se explicó a lo largo del presente trabajo, la figura del auto de vinculación a proceso en el sistema acusatorio mexicano es inconsistente con sus mismas etapas y otras instituciones procesales. Esto sucede porque desde un principio el legislador decidió no sobrepasar el escalón tradicional del auto de plazo constitucional e insistió en adecuar el auto de vinculación a proceso en un sistema que no estaba pensado para ello; ocasionando así, que se le asignaran funciones y efectos que son exclusivos de la formulación de la imputación.

Lo anterior puede tener como consecuencias prácticas investigaciones archivadas o sobreseídas por haberse hecho el control judicial de la investigación en una etapa muy temprana del procedimiento, o incluso a que el mismo control judicial sobre las decisiones del Ministerio Público pierda todo sentido al basarse en un estándar probatorio muy laxo y permisivo que autorice la persecución penal en la mayoría de los casos.

Entonces, dada la naturaleza de esta conflictiva institución procesal, al ser una decisión judicial firme que decide sobre si se cumplen los requisitos de acre-

⁶⁹ DÍAZ DE LÉÓN, Marco Antonio; “*Las denominadas etapas intermedia y de juicio en el proceso penal oral acusatorio*”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 240-241 disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/>

⁷⁰ *Ibid.* p. 242

ditación material de los hechos y de la probable responsabilidad del imputado, puede traer también problemas en los casos de delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa; lo anterior, toda vez que en dichos casos no se discute la necesidad de la prisión preventiva, sino que solamente se requiere que se vincule a proceso al imputado para que ésta proceda de oficio.

Esto nos puede llevar a no superar en la práctica los mismos conflictos que se ocasionaban en el proceso inquisitivo mixto con el auto de formal prisión, al adelantar la discusión central del problema a una etapa preliminar, discusión que es propia del juicio oral.

El auto de vinculación a proceso se encuentra previsto explícitamente en el artículo 19 constitucional, lo que hace que la discusión de los conflictos procesales que presenta esta institución se planteen en torno a ella como punto de partida, intentando encontrar soluciones complejas alrededor de ella, criticando a las demás figuras procesales.

Para el suscripto es obvio que el conflicto se centra en el auto de vinculación a proceso y que la solución al problema (de *lege ferenda*) radica entonces, en que el Constituyente tenga clara la decisión sobre el modelo que pretende implementar en toda la República, es decir, debe de decidir si quiere tener un modelo que contemple un control judicial meramente formal sobre la acusación, como en primera instancia intenta hacerlo al copiar el modelo chileno. O, por otro lado, quiere tener un modelo que prevea un control judicial sobre la sustancia y fondo de la acusación formulada por el fiscal.

Sin importar cuál sea la decisión que tome, ambas formulaciones apuntan únicamente a una reforma urgente que modifique el artículo 19 constitucional y derogue la figura del auto de vinculación a proceso e imponga cualquiera de los dos modelos mencionados en el presente capítulo o deje al arbitrio del legislador federal definir la estructura clara de las etapas de investigación e intermedia en el Código Nacional, de acuerdo con alguno de los modelos ya expuestos. Ambos resultan más coherentes con la estructura del proceso penal acusatorio y se alejan de los posibles problemas mencionados que puede acarrear en la práctica el auto de vinculación a proceso.

La solución mencionada parece la única vía de solución disponible, toda vez que no es posible realizar una interpretación distinta del auto de vinculación a proceso, puesto que su inclusión expresa en la Constitución, como figura fundamental del proceso penal mexicano, no da lugar a modificar la legislación secundaria o dejarlo de lado en la práctica vía alguna interpretación constitucional; aún y cuando el legislador le asignó todas las funciones que son propias de la formulación de la imputación.

De acuerdo a lo expuesto, la reforma constitucional que parece más adecuada para el suscripto, iniciaría con derogar la figura del auto de vinculación a proceso del artículo 19 constitucional para que quede redactado de la siguiente forma:

“Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique debidamente con la medida cautelar correspondiente.”

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio....”

Asimismo, se deberá de modificar la primera parte del artículo 20 Constitucional para quedar de la siguiente manera:

“Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral; se compondrá por las etapas de investigación, intermedia y de juicio oral de la forma que el legislador lo determine en la legislación secundaria. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.
...”

Así las cosas, el Código Nacional deberá definir de forma específica cada una de las etapas del proceso, derogando de la etapa de la investigación el auto de vinculación a proceso y especificando de forma concreta las funciones y efectos de la formulación de la imputación y la etapa de investigación judicializada.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- BINDER, Alberto M.; *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*; Buenos Aires; Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales; 2000.
- CASANUEVA Renuart, Sergio.; *Juicio Oral, Teoría y Práctica*; México; Editorial Porrúa; 7^a Edición; 2011
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo; *Manual del Sistema de Justicia Penal*; Santiago de Chile; Librotecnia; 2009
- CHAHUAN SARRAS, Sabas; *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, Santiago de Chile; Editorial Jurídica ConoSur Ltda.; 7^a Edición; 2012.
- DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO Cristián R. *Proceso Penal*, Santiago de Chile; Editorial Jurídica, 1a. ed., 2007.
- GONZALEZ OBREGÓN, Diana Cristal; *Manual Práctico de Juicio Oral*; México D.F.; Editorial Ubijus; 2011.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián; *Derecho Procesal Penal Chileno: Tomos I y II*; Santiago de Chile; Editorial Jurídica de Chile, 1a Edición; 2004.
- LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando [et al.]. *Reforma procesal penal: génesis, historia sistematizada y concordancias*; Coordinación Cristián Maturana Miquel; Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1a Edición; 2003.
- MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl; *Derecho Procesal Penal*; Santiago de Chile; Editorial Abeledo Perrot Chile; 2012.
- Talavera Elguera, Pablo; “*El Nuevo Código procesal penal*”, Grijley, Lima.
- VARELA CASTRO, L., en ANDRES IBÁÑEZ y otros, *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990

REVISTAS Y PUBLICACIONES

- ALMÉCIGA GÓMEZ, Manuel F. y GUTIÉRREZ ROJAS, Carlos J; “*Control Judicial de la Acusación en Colombia: ¿Intromisión Indebida o Límite Necesario?*”, Disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11717/1/control%20judicial%20de%20la%20acusacion%20en%20colombia.pdf>
- ÁLVAREZ, A., “El control de la acusación”, en *Revista Pena y Estado N°2*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- BINDER, Alberto; *La Fase Intermedia, Control de la Investigación*, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Disponible en <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/faseintermedia.pdf>
- CAROCCA PÉREZ, Alex; *Etapa Intermedia de Preparación del Juicio Oral en el Nuevo Proceso Penal Chileno; Ius et praxis*; Talca Chile; vol. 5, número 002
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio; “*Las denominadas etapas intermedia y de juicio en el proceso penal oral acusatorio*”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/>
- FALCONE SALAS, Diego; “Apuntes sobre la Formalización de la Investigación desde la Perspectiva del Objeto del Proceso Penal”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 21 N°2 (2014).
- LUNA, Tania; SARRE, Miguel; “Lo que usted siempre quiso saber de... La Etapa de Investigación.”; México D.F., 2011, Disponible en http://www.juiciosorales.org.mx/m4rks_cms/4cms/doc/content/files/ETAPA%20DE%20INVESTIGACION.pdf
- NATAREN NANDAYAPA, Carlos F.; La Vinculación a Proceso en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio, Documento de Trabajo N° 2, Universidad Autónoma de Chiapas (CEDEM), Chiapas, México, 2009, Disponible en http://cedem.unach.mx/doctos/CEDEM_La_vinculacion_a_proceso_en_el_nuevo_proceso_penal_acusatorio.pdf

LA EDAD DE LAS NIÑAS PARA CONTRAER MATRIMONIO EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS CON BASE EN DERECHO MEXICANO E INTERNACIONAL

JULIO DANIEL CARBAJAL SMITH*

El UNICEF ha adquirido el compromiso de equilibrar el ámbito de actuación de las niñas y las mujeres asegurándose de que todos, niños y niñas, tengan las mismas oportunidades para desarrollar sus talentos. Trabajamos para garantizar que todos los recién nacidos inicien su vida del mejor modo posible mediante una atención integrada y que tenga en cuenta las cuestiones de género.

Si reconocemos y abordamos la discriminación contra las niñas y las mujeres, el éxito contra cualquier forma de discriminación —de clase, raza, etnia o edad— será más factible y más duradero.

Hemos aprendido que la sociedad entera se desarrolla cuando las niñas y mujeres están en condiciones de ser miembros plenamente activos de una comunidad.

RESUMEN

En el artículo el lector encontrará un análisis legal relativo al matrimonio de niñas en territorio mexicano sustentado en legislación del mismo país, regulación internacional; también podrá leer que no coincido con la posibilidad de que las niñas puedan celebrar dicho acto jurídico debido, por ejemplo, a afectaciones en su vida diaria e incluso, considero que puede existir discriminación a ellas.

Palabras clave: Matrimonio, niñas, discriminación, entidades federativas, tratados.

ABSTRACT:

In this article the reader will find a legal analysis concerning female children marriage in mexican territory, based on mexican and international law; it can also be read that I do not agree with the possibility of being married since childhood due to, for instance, problems in their life and maybe, there could be discrimination to them.

Keywords: Marriage, female children, discrimination, states, treaties.

Recibido: 13/01/17 Aprobado: 20/02/17

* Profesor y practicante de Derecho Internacional.

I. INTRODUCCIÓN

Al recibir la invitación para redactar un artículo debido a la celebración de veinte años de conclusión de nuestra licenciatura en Derecho mi primera, irreversible, irrenunciable e inmediata respuesta fue aceptar; esa escuela me permitió aprender Derecho, ser abogado, conocer amigos, escuchar palabras de profesores reconocidos a nivel internacional.

Durante el primer semestre llegar a clase de 7 am en el salón 308 con el profesor Francisco Bravo fue buena experiencia y estupendo ejercicio; inolvidable escuchar la claridad, precisión y profundo conocimiento del Derecho Internacional por el Dr. García Moreno; con agrado aprender de sus explicaciones Derecho Administrativo con el profesor Acosta Romero; conocer Sucesiones y Familia con la Dra. Leoba Castañeda; cómo no tener en la mente lo aprendido del Dr. Rangel Medina relativo a Propiedad Intelectual y muchos Maestros más. Sólo recordar sus nombres dibuja una sonrisa en mi rostro.

Al decidir elaborar este artículo pensé en un tema que comprende Derecho mexicano e internacional. Escogí una situación legal que no considero adecuada pero que existe en documentos jurídicos mexicanos y realice breves comentarios al respecto con base en regulación interna e internacional, me refiero a la diferencia de edad entre hombres y mujeres para contraer matrimonio en algunas entidades federativas mexicanas, que posiblemente, en mi opinión, pueda ser considerada discriminatoria; quien lea este artículo encontrará legislación diversa de nuestro país y tratados de los que el Estado Mexicano es parte.

Opino que contribuye a precisar, que no escribiré si es adecuado o no utilizar las ideas, conceptos niñez, niños y niñas, infancia, adolescencia; ni con referencia al porqué de la diferencia de edad; para efectos de este artículo me interesa realizar un rápido análisis de la situación de las personas menores de dieciocho años de edad respecto al matrimonio vinculado a la discriminación en determinados espacios del territorio mexicano.

Primero incluyo legislación de entidades federativas, después del ámbito general y federal; y para finalizar la regulación internacional.

Es mi intención que este artículo en su medida contribuya a mejorar nuestro país y que agrade, sea útil, a quien dedique tiempo para saber qué escribí.

II. LEGISLACIÓN MEXICANA

En este número romano se incluyen las estipulaciones que generan este artículo, cuyo tema es la edad para contraer matrimonio; y legislación relativa no sólo de ámbito local.

Opino que no es demasía comentar la decisión de legisladores federales de modificar el Código Civil Federal con la intención de evitar el matrimonio de menores.¹ Me parece plausible su intención, en el artículo 73 constitucional, que pre-

¹ Escuché la noticia en televisión y al buscarla encontré en internet la liga <http://mexico.cnn.com/nacional/2015/05/05/menores-de-edad-ya-no-podran-casarse-ni-con-el-permiso-de-sus-padres>.

cisa las facultades congresionales, fracción XXIX-P, se establece literalmente *Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte*; que me provoca desafiar la voluntad del legislador debido a que por un lado establece la fracción transcrita, en mi opinión, la coordinación² de diversos niveles del sector público para los niños y adolescentes y, por la otra parte, en el artículo 73 de nuestra Constitución no hay disposición que permita al Congreso Federal legislar en materia civil y el matrimonio se comprende en el Derecho Civil, particularmente en el Derecho de Familia, que está regulado por las entidades federativas y el Distrito Federal; en adición, el artículo 124, también constitucional, estipula *Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados*; así esta disposición tampoco consolida la facultad de los legisladores federales para tomar decisiones relativas al acto matrimonial en México pues en el ya mencionado artículo 73 se incluye a niños pero no se expresa que puedan legislar respecto al matrimonio. Estas reflexiones me generan dudas referentes al Código Civil Federal, creo que sería acertado debatir con seriedad si es correcta su existencia, o, si quizás el debate deba ser la viabilidad de tener sólo un código civil.³

En mi lectura de legislación civil mexicana encontré varias entidades federativas que permiten que personas menores de dieciocho años de edad contraigan matrimonio.

Entidad federativa	Texto de legislación civil
Baja California:	Artículo 145.- Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. Artículo 146.- El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre, aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella.
Baja California Sur:	Artículo 157.- Para contraer matrimonio el hombre debe haber cumplido 18 años y la mujer 16.
Chihuahua:	Artículo 136.- Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce.
Durango:	Artículo 143.- Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce.
Nayarit:	Artículo 144.- Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce.
Oaxaca:	Artículo 147.- Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce.

² Ver la fracción VIII del Artículo 40 de la Ley general para la igualdad entre mujeres y hombres.

³ Las consecuencias serían interesantes y trascendentales, sólo doy un ejemplo, la posible pérdida de facultades de los congresos locales.

Sinaloa:	Artículo 148.- Para contraer matrimonio el hombre necesita haber cumplido diecisés años y la mujer catorce.
Tamaulipas:	Artículo 132.- Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido diecisés años y la mujer catorce.
Veracruz:	Artículo 86.- No pueden contraer matrimonio el hombre antes de cumplir diecisés años y la mujer antes de cumplir catorce con el sólo consentimiento de sus padres.

Las nueve entidades permiten una diferencia de al menos un año de edad entre la mujer y el hombre para celebrar el acto jurídico ya mencionado, esto me genera inquietud, desazón, debido a que no tengo claridad respecto a los motivos para esa aquiescencia.

En la página de internet del Consejo nacional para prevenir la discriminación (CONAPRED), respecto a la Discriminación e igualdad se encuentra lo siguiente:

La discriminación es una práctica cotidiana que consiste en dar un trato desfavorable o de desprecio inmerecido a determinada persona o grupo, que a veces no percibimos, pero que en algún momento la hemos causado o recibido.

Hay grupos humanos que son víctimas de la discriminación todos los días por alguna de sus características físicas o su forma de vida. El origen étnico o nacional, el sexo, la edad, la discapacidad, la condición social o económica, la condición de salud, el embarazo, la lengua, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil y otras diferencias pueden ser motivo de distinción, exclusión o restricción de derechos.

Para efectos de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, se entenderá por esta situación que niegue o impida el acceso en igualdad a cualquier derecho, pero no siempre un trato diferenciado será considerado discriminación.

Por ello, debe quedar claro que para efectos jurídicos, la discriminación ocurre solamente cuando hay una conducta que demuestre distinción, exclusión o restricción, a causa de alguna característica propia de la persona que tenga como consecuencia anular o impedir el ejercicio de un derecho.

Es fundamental precisar que en el Derecho Internacional, al menos una convención, se establece que una persona menor de dieciocho años de edad se considera niño; por lo que según este criterio lo estipulado en legislación local arriba incluida permite contraer matrimonio a niños con diferentes edades entre ellos.

La investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas Rosa María Álvarez de Lara dice en su contribución *El concepto de niñez en la Convención sobre los derechos del niño y en la legislación mexicana* al libro *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, que dicha convención establece la ejecución de derechos de niños y niñas en cuatro principios, dos son el de No-discriminación y el Interés superior de la infancia.

Álvarez de Lara también dice que es importante el principio del interés superior de la infancia en vinculación al matrimonio.

La Real Academia Española con referencia a lo estatuido por el Consejo nacional para prevenir la discriminación establece que la palabra Desfavorable significa perjudicial, contrario, adverso; respecto a la equidad dice que es Dispo-

sición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece. Ésto me lleva a reflexionar si las estipulaciones mexicanas relativas al matrimonio analizadas en este artículo son favorables y equitativas para las mujeres, como ya se redactó previamente con base en Derecho Internacional dicha legislación local permite que niños en México contraigan matrimonio y además a las mujeres con edad menor a la de los varones. Mi práctica profesional y la naturaleza humana me permiten ver más de una implicación del matrimonio, obligaciones y derechos para ambos cónyuges, momentos agradables y tristes para ambas partes; lo que presupondría madurez de quien realiza dicho acto legal y quizás los niños no tengan la necesaria para el matrimonio.

Para efecto de claridad tomo de la Real Academia varias definiciones vinculadas e inicio con madurez, la primera consiste en Buen juicio o prudencia, sensatez; la segunda es Edad de la persona que ha alcanzado su plenitud vital y aún no ha llegado a la vejez.

Para la Academia Prudencia es, primera opción, Una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello; también dice que es Templanza, cautela, moderación y como opción final tenemos Sensatez, buen juicio.

Cualidad de sensato, para la Real Academia, es Sensatez; y Sensato es Prudente, cuerdo, de buen juicio.

Define o precisa Templanza como Moderación, sobriedad y continencia; Cautela como Precaución y reserva con que se procede. Con referencia a Moderación establece la Academia que es Cordura, sensatez, templanza en las palabras o acciones.

Por Cuerdo considera la Real Academia Española Que está en su juicio; y Prudente, que reflexiona antes de determinar.

Para la Academia Juicio es Facultad del alma, por la que el hombre puede distinguir el bien del mal y lo verdadero de lo falso.

Como consecuencia de estas definiciones, explicaciones considero que los niños no deberían ser sujetos de la posibilidad de contraer matrimonio, vehemente creí que su acceso y derechos, entre otros, a la escuela, a jugar, divertirse, disfrutar a sus padres y familias en general deben ser asegurados; y no estoy diciendo que no tengan capacidades, simplemente opino que las edades criticadas en este documento deben ser utilizadas, aprovechadas no para el matrimonio, sino para muchas otras actividades adecuadas para esos años.

Como otra muestra, en mi opinión legal, de discriminación en la legislación previamente incluida el artículo 146 de la civil de Baja California dispone que la madre consentirá el matrimonio de su hijo/a y tiene derecho a ello aún cuando tenga segundo matrimonio si el hijo vive con ella; considero que el texto es notoria, evidentemente discriminatorio debido a que se podría entender un sentido de animadversión hacia el segundo matrimonio y que sólo comprende a la mujer, no al varón; en adición, precisa que el hijo viva con la madre, por lo que asumo que la hija que no viva con ésta en segundo matrimonio no tiene esa dependencia, subordinación quizás, de su madre; quiero pensar que la intención del legislador

bajacaliforniano fue proteger a la descendencia pero no veo claridad, posiblemente pensó en lograr más independencia de las mujeres pero, al contrario, percibo discriminación, al menos, hacia la madre y exceso de protección al hijo.

Por otra parte, en la Ley general para la igualdad entre mujeres y hombres se estipula en el artículo 14 lo siguiente:

Los Congresos de los Estados, con base en sus respectivas Constituciones, y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, con arreglo a su Estatuto de Gobierno, expedirán las disposiciones legales necesarias para promover los principios, políticas y objetivos que sobre la igualdad entre mujeres y hombres prevén la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta Ley.

La Real Academia de la Lengua establece que igualdad es el Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos; por lo que basado en la interpretación literal de los textos de la Academia y de la legislación de las entidades federativas arriba citadas existe incumplimiento del artículo 14 de esta ley general debido a que los congresos locales correspondientes diferencian entre las mujeres y varones en el matrimonio.

Con referencia a la legislación federal existe la Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación, en su texto se lee:

ARTÍCULO 1. Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de interés social. El objeto de la misma es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato.

Para los efectos de esta ley se entenderá por:

III. Discriminación: Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo;

Artículo 2. Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de Gobierno y de los particulares en la eliminación de dichos obstáculos.

Artículo 9. Con base en lo establecido en el artículo primero constitucional y el artículo 1, párrafo segundo, fracción III de esta Ley se consideran como discriminación, entre otras:

XIX. Obstaculizar las condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo integral, especialmente de las niñas y los niños, con base al interés superior de la niñez;

De la lectura de los artículos arriba redactados y la precisión que elabora la Real Academia de la Lengua de la palabra igualdad creo que también se puede considerar que los poderes públicos federales no han realizado lo necesario para que legislación civil local no diferencie a niños y niñas al contraer matrimonio, en adición y para mayor precisión, para evitar que personas de esas edades sean sujetos de dicho acto jurídico.

III. TRATADOS INTERNACIONALES

Por su parte el Derecho Internacional⁴ no permite que la mujer no tenga protección jurídica, algunos ejemplos son la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la Declaración universal de derechos humanos. El primero de estos instrumentos en su primer artículo estipula lo siguiente:

- 1) No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley.

La Convención interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer determina en su artículo 1 que *Los Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre*.

Por su lado, en la Convención americana sobre derechos humanos se leen varios artículos que, considero, se vinculan al análisis realizado en este documento.

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados

⁴ En este artículo se incluyen la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la Declaración universal de derechos humanos; la Convención americana sobre derechos humanos; la Convención interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer; Convención sobre los derechos del niño y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 17. Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Artículo 19. Derechos del niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Estos artículos prueban la trascendente protección que el Derecho Internacional reconoce con toda claridad a los seres humanos, en este particular caso a los niños y la familia; *verbi gratia*, establece la no discriminación, la adecuada legislación que tendrá como resultado el respeto y cumplimiento de derechos, que implica la correcta labor de las instituciones legislativas.

En la Convención sobre los derechos del niño también encontré varios artículos de interés para nuestro tema:

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 6

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;

Esta regulación convencional se refiere particularmente a los niños, sujetos de este escrito, y dispone específicamente protección, seguridad para dicho grupo humano; que en mi opinión no se cumple en algunas partes del territorio mexicano con base en la legislación civil ya citada.

En el artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se lee que *discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil cualquier otra*

Este artículo es claro, incluye la idea distinción, y no dudo que alguien argumente que la intención del legislador no fue, *verbi gratia*, menoscabar el goce o ejercicio de la mujer pero en la realidad posiblemente sea diferente pues si personas mayores de edad al contraer matrimonio obtienen obligaciones que presumiblemente pueden cumplir de mejor manera tienen complicaciones para lograr dicho cumplimiento, imaginemos a niños con la obligación jurídica de lograr el mismo objetivo y, en adición y en perjuicio de las niñas, aún con menor edad.

Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

En mi opinión la legislación civil mexicana incumple con el artículo 2 arriba redactado, estipula que debe evitarse la discriminación a la mujer y debe asegurarse la igualdad entre la mujer y el hombre; que no sucede debido a que la legislación civil en análisis permite diferenciar la edad entre mujeres y varones para contraer matrimonio.

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

a) El mismo derecho para contraer matrimonio;

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo para fijar una edad mínima para la celebración de matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

Este acuerdo internacional y mi opinión coinciden respecto a la edad para contraer matrimonio, no se acepta en la convención el matrimonio de niños; por consecuencia las entidades federativas en análisis están incumpliendo Derecho Internacional.

Por su parte, en el artículo 2 de Pacto internacional de derechos civiles y políticos se lee:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De los artículos del Pacto podemos ver con claridad la protección a mujeres y hombres, especialmente el 23 numerales 2 y 3; y el 24, que estipulan el matrimonio y la creación de una familia al tener los contrayentes la edad adecuada, agregaría yo en lo posible, y su pleno consentimiento, de lo que me surge cuestionar si los niños tendrían la madurez y quizás con más trascendencia, el interés por generar a esas edades vida matrimonial, que implica actividad sexual, trabajo remunerado, obligaciones como la alimentación, vivienda; que me lleva a reflexionar en el ámbito laboral;⁵ la Ley Federal del Trabajo⁶ en el artículo 177 dispone en cuanto a las labores de personas menores de dieciocho años de edad que *la jornada de trabajo de los menores de dieciséis años no podrá exceder de seis horas diarias y deberán dividirse en períodos máximos de tres horas. Entre los distintos períodos de la jornada, disfrutarán de reposos de una hora por lo menos.*

En adición, en el ámbito laboral el artículo 178, también de la Ley Federal del Trabajo, establece para los menores de dieciséis años la prohibición de las labores en horas extraordinarias.

Y para consolidar legalmente la protección a personas que tienen menos de dieciocho años de edad, nuestra Constitución Política en el artículo 123 estipula:

⁵ De acuerdo con el Módulo de Trabajo Infantil (INEGI, STPS, 2013), la tasa de trabajo infantil en México es de 8,6%, es decir, 2.5 millones de niñas, niños y adolescentes entre 5 y 17 años están ocupados.

En 2011, de acuerdo con la misma fuente, se contabilizaban 3 millones de niños, niñas y adolescentes en esta situación (10,5%).

Del total de niños, niñas y adolescentes ocupados, 29% tiene menos de 14 años.

El 36% de niños, niñas y adolescentes ocupados, no asisten a la escuela, frente al 7.2% de inasistencia en el caso de aquellos que no trabajan.

Más de 700 mil trabajan más de 35 horas a la semana y 1.1 millón no recibe remuneración.

50% desarrolla actividades laborales en el sector del comercio y los servicios, 30% en las actividades agropecuarias y 17% en la industria y la construcción.

⁶ Para otra opinión relativa a la situación laboral, que no es nueva, considero buena sugerencia leer el trabajo del Dr. José Dávalos de nombre Un problema de conciencia nacional: el trabajo de los menores de 14 años.

A.

III. Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de quince años. Los mayores de esta edad y menores de diecisésis tendrán como jornada máxima la de seis horas.

Que significa que la legislación civil en crítica y la laboral mexicanas no generan condiciones adecuadas para el desarrollo de los niños debido a que les permiten contraer obligaciones delicadas, tanto en lo civil, como en lo laboral; que, por ejemplo, puede forzarlos a detener sus actividades escolares para trabajar con el objetivo de sostener una familia y además, con la dificultad de tener ingresos bajos; aseveración más notoria, evidentemente confirmada por el salario mínimo actual y; para más errores graves jurídicos mexicanos, las regulaciones de Baja California, Chihuahua, Durango, Nayarit, Oaxaca, Sinaloa, Tamaulipas, Veracruz,⁷ permiten que las mujeres celebren el acto matrimonial con al menos catorce años de edad, si alguna cónyuge quisiera, tuviera, necesitara laborar para mantener, ayudar a su familia y consiguiera trabajo habría violación constitucional, independientemente del ámbito internacional,⁸ mientras obtiene la edad mínima para legalmente poder trabajar.

Pero, las situaciones jurídicas inadecuadas establecidas en el párrafo previo no sólo existen a nivel interno, también afectan el cumplimiento de Derecho Internacional,⁹ *verbi gratia*, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

La Declaración universal de derechos humanos también regula respecto a la discriminación, en su Artículo 1 se lee *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*

En el numeral 1 del artículo siguiente encontramos que *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo,...*

Por su parte en el Artículo 7 se estipula que *Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.*

⁷ Ver tabla al inicio del artículo.

⁸ En territorio mexicano no debe descuidarse el cumplimiento del Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)

⁹ Independientemente de que el Estado Mexicano sea parte o no del instrumento, el Convenio relativo a la Celebración y al Reconocimiento del Matrimonio estatuye en el Artículo 3 lo siguiente:

El matrimonio se celebrará:

1. cuando los futuros cónyuges reúnan las condiciones de fondo previstas por la ley interna del Estado de la celebración y uno de ellos tenga la nacionalidad de dicho Estado o resida habitualmente en él; o

Con base en este Artículo simplemente cuestiono y pido que los lectores reflexionen si son condiciones de fondo que los niños por contraer matrimonio deban generar una relación laboral, ya no puedan realizar actividades que corresponden a esos años, como jugar y asistir a la escuela; y aceptar diferencias en la edad para celebrar el acto matrimonial.

Respecto al matrimonio en el numeral 1 del Artículo 16 se dispone que *Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio,...*

En el numeral 2 del Artículo previo se lee *Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.*

Con esta regulación internacional también se quiere evitar la discriminación y los numerales 1 y 2 logran una reflexión más, me pregunto qué edad es la adecuada, si se puede llamar adecuada, para que sea considerada núbil, que opino significa que los contrayentes tienen la capacidad para decantarse si quieren casarse, con conciencia de lo que comprende un matrimonio.

Para finalizar la parte de tratados se lee en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales lo siguiente:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos

fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Este conjunto de disposiciones, en mi consideración, consolida la intención de negociadores de diversas convenciones internacionales respecto a la familia, los niños, que es buscar su seguridad, mejor calidad de vida, y ello debe comprender la situación económica.

IV. CONCLUSIONES

Considero que parte de la legislación mexicana incumple respecto a la protección de la familia, de los niños; incluso, opino que puede ser retrógrada.

La legislación mexicana mencionada no cumple el Derecho Internacional.

Un objetivo a lograr es el cumplimiento del artículo 40 fracción VIII de la Ley general para la igualdad entre mujeres y hombres¹⁰y textos legales, incluidos o no en este artículo, tampoco cumplidos por el correspondiente sector público mexicano.

Sería acertado debatir qué debe existir, si el Código Civil Federal o la regulación civil local.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN

Artículos

CARBAJAL SMITH, Julio Daniel, México y las convenciones internacionales de sucesiones, Iuris Tantum, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Anáhuac, México, Año XXVIII, Tercera Época, Número 24-2013.

Bibliográficas

LÓPEZ-BASSOLS, Hermilo, Derecho Internacional Público Contemporáneo e Instrumentos Básicos, Editorial Porrúa, 2001, México.

¹⁰ Con la intención de que haya más claridad redacto el texto de los artículos 39 y 40 fracción VIII de la Ley general para la igualdad entre mujeres y hombres:

Artículo 39.- Con el fin de promover y procurar la igualdad en la vida civil de mujeres y hombres, será objetivo de la Política Nacional:

Artículo 40.- Para los efectos de lo previsto en el artículo anterior, las autoridades correspondientes desarrollarán las siguientes acciones:

VIII. Impulsar las reformas legislativas y políticas públicas para prevenir, atender, sancionar y erradicar en los ámbitos público y privado;

Electrónicas (por orden de fecha de lectura)

- <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/> (vista en Enero 14 de 2015)
<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/174.htm?s=> (vista en Enero 20 de 2015)
<http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/DERECHOS%20CIVILES%20A%20LA%20MUJER.pdf> (vista en Enero 27 de 2015)
<http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/DERECHOS%20CIVILES%20Y%20POLITICOS.pdf> (vista en Enero 27 de 2015)
<http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/DERECHOS%20ECONOMICOS,%20SOCIALES%20Y%20CULTURALES.pdf> (vista en Enero 27 de 2015)
http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=84&id_opcion=142&op=142 (vista en Febrero 06 de 2015)
http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=88 (vista en Febrero 06 de 2015)
<http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/CONVENCION-MATRIMONIO.pdf> (vista en Febrero 06 de 2015)
<http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/DISCRIMINACION%20CONTRA%20LA%20MUJER.pdf> (vista en Febrero 06 de 2015)
<http://www.transparencia.df.gob.mx/work/sites/vut/resources/LocalContent/4282/1/LGIHyM.pdf> (vista en Febrero 06 de 2015)
<http://www.unicef.org/spanish/gender/3984.html> (vista en Febrero 06 de 2015)
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=434> (vista en Febrero 13 de 2015)
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3011> (vista en Febrero 13 de 2015)
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3011/4.pdf> (vista en Febrero 13 de 2015)
<http://lema.rae.es/drae/?val=desprecio> (vista en Febrero 13 de 2015)
<http://lema.rae.es/drae/?val=contrario> (vista en Febrero 17 de 2015)
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3011/9.pdf> (vista en Febrero 20 de 2015)
<http://lema.rae.es/drae/?val=igualdad> (vista en Febrero 20 de 2015)
<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/165/default.htm?s=> (vista en Febrero 27 de 2015)
<http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/CONV.%20AMERICANA%20SOBRE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf> (vista en Abril 04 de 2015)
<http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/DERECHOS%20CIVILES%20A%20LA%20MUJER.pdf> (vista en Abril 04 de 2015)
<http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/CONV.%20DERECHOS%20DEL%20NINO.pdf> (vista en Abril 04 de 2015)
<http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/DERECHOS%20ECONOMICOS,%20SOCIALES%20Y%20CULTURALES.pdf> (vista en Abril 04 de 2015)
<http://mexico.cnn.com/nacional/2015/05/05/menores-de-edad-ya-no-podran-casarse-ni-con-el-permiso-de-sus-padres> (vista en Mayo 24 de 2015)

<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/79.htm?s=> (vista en Mayo 24 de 2015)
<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/143.htm?s=> (vista en Mayo 24 de 2015)
http://www.ilo.org/mexico/noticias/WCMS_365747/lang--es/index.htm (vista en Mayo 24 de 2015)
<http://www.informador.com.mx/mexico/2015/589706/6/pena-nieto-firma-el-convenio-138-de-la-oit.htm> (vista en Mayo 25 de 2015)
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/434/4.pdf> (vista en Junio 28 de 2015)
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312283:NO (vista en Junio 28 de 2015)

LA UNIÓN EUROPEA: A 60 AÑOS DE LOS TRATADOS DE ROMA

ALICIA GUTIÉRREZ GONZÁLEZ*

RESUMEN

El objeto del presente artículo es dar una visión general de la integración europea a lo largo de 60 años, i.e. desde la firma de los Tratados de Roma en 1957 hasta el 2017. El artículo se divide en dos partes. La primera parte abarca la evolución de los Tratados Constitutivos de la Unión Europea (UE) hasta el Tratado de Lisboa de 2007 y menciona las instituciones supranacionales, las ocho ampliaciones y el Brexit (la salida del Reino Unido de la UE). La segunda parte analiza la protección de los derechos fundamentales en la UE y explica brevemente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE).

Palabras claves: Integración europea, los Tratados de Roma, Unión Europea, derechos fundamentales, Brexit.

ABSTRACT

The main objective of this article is to give an overview of the european integration, over the last 60 years i.e. from the signing of the Treaties of Rome in 1957 to 2017. The article is divided into two parts. The first part focuses on the evolution of the Constitutive Treaties of the European Union (EU) up to the Treaty of Lisbon of 2007 and mentions the supranational institutions, the EU enlargement and Brexit (the United Kingdom leaves the EU). The second part analyzes the protection of fundamental rights in the EU and briefly explains the Charter of Fundamental Rights, and some sentences of the Court of Justice of the European Union (CJEU).

Keywords: European integration, the Treaties of Rome, European Union, fundamental rights, Brexit.

* Doctora en Derecho Internacional, Europeo, Ambiental y Económico por la Universidad George-August Universität, Gotinga, Alemania. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt, Nivel I. Profesor Investigador en la Facultad de Derecho y en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Anáhuac México, alicia.gutierrez@anahuac.mx

I. LA INTEGRACIÓN EUROPEA DE 1957 AL 2017

Antes de la firma de los Tratados de Roma el 25 de marzo de 1957 existió una Comunidad Europea del Carbón y del Acero (en adelante CECA)¹ conformado por seis países: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, y Países Bajos. Este Tratado fue creado con base en el principio de igualdad entre Estados, con objetivos e instituciones comunes, cuya misión era contribuir a la armonización de la economía general de los Estados miembros y mediante el establecimiento de un mercado común, a la expansión económica, al desarrollo del empleo y a la elevación del nivel de vida de los Estados miembros.² Este Tratado nace con 4 instituciones supranacionales:³

- (i) Una alta autoridad; lo que se conoce hoy como la Comisión de la Unión Europea (en adelante UE)
- (ii) Una asamblea común; el actual Parlamento Europeo
- (iii) Un Consejo Especial de Ministros y; el Consejo de la UE
- (iv) Un Tribunal de Justicia. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE)

La integración europea ha sido un caso exitoso a nivel internacional. De 1957 a la fecha se han llevado a cabo ocho ampliaciones y el número de países miembros aumento de seis a 28.

1. *Las ampliaciones*⁴

- A. La primera ampliación se llevó a cabo en 1973 con la adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido.
- B. En la segunda y tercera ampliación se adhirieron Grecia en 1981 y España y Portugal en 1986.
- C. La cuarta ampliación tuvo lugar al caer el muro de Berlín y en 1990 se adhiere la República Democrática Alemana a la República Federal Alemana.
- D. La quinta ampliación tuvo lugar en 1995 con la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia.
- E. La sexta ampliación ha sido de las más controvertidas a la fecha, en razón de que diez países del este se adhieren a la UE: Chipre; Eslovaquia;

¹ La Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) 11951K/TXT entró en vigor el 23 de julio de 1952 y tuvo una vigencia de 50 años. Esta Comunidad se integró en la Comunidad Europea el 23 de julio de 2002 al expirar su Tratado Constitutivo.

² Ibídem, artículos 1-3.

³ El actual Tratado de Lisboa de 2007 cuenta con tres instituciones adicionales: el Consejo Europeo; el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas.

⁴ UNIÓN EUROPEA, “La cuarta ampliación no se encuentra prevista dentro de la UE sin embargo, considero que si fue una ampliación la adhesión de la República Democrática Alemana a la República Federal Alemana”http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_6.5.1.html

Eslovenia; Estonia; Hungría; la República Checa; Letonia; Lituania; Malta y Polonia.

F. Las últimas ampliaciones fueron en el 2007 con la adhesión de Bulgaria y Rumania y en el 2013 con la adhesión de Croacia.

El proceso de adhesión y por ende de ampliación, se lleva a cabo de conformidad a lo dispuesto por el artículo 49 del Tratado de la Unión Europea (TUE) que a la letra dice: “Cualquier Estado europeo que respete los valores mencionados en el artículo 2 del TUE y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión...”. El artículo 2 del TUE señala que los valores en los que se fundamenta la Unión son: “el respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a las minorías.” Estos artículos son la base jurídica para la adhesión a la Unión Europea de un país europeo. Cualquier país que no respete los valores de la Unión Europea no podrá ingresar a formar parte de la Unión.

Hay que recordar que para poder lograr la adhesión a la UE hay que cumplir con los requisitos previstos por los Criterios de Copenhague. Estos criterios consisten en:

- (i) Tener una democracia estable;
- (ii) Contar con un Estado de Derecho;
- (iii) Aceptar la legislación de la UE, incluyendo el Euro; y
- (iv) Tener una buena economía de mercado.

Estos criterios no son fáciles de acreditar para algunos Estados. Ahora bien, las adhesiones a la UE traen aparejadas las ampliaciones y por ende la integración europea. Así las cosas, la teoría de la integración en Europa ha centrado su interés en el progreso del proceso de integración, es decir en la profundización, y ha hecho caso omiso de los efectos de las ampliaciones.⁵

Así como el TUE tiene prevista la adhesión a la UE de los países europeos, también tiene prevista la retirada de la UE de conformidad a lo dispuesto por el artículo 50 del TUE que a la letra reza:

Artículo 50. 1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión.

2. El estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del TFUE. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo.

⁵ P. BALÁZS, “Nuevos retos para la teoría de la integración: Efectos de las ampliaciones de la Unión Europea sobre la integración” en: José María Beneyto et al., (coords.) *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Desarrollo Histórico y caracteres básicos de la Unión Europea. Naturaleza, Valores, Principios y Competencias*, ed. Aranzadi, tomo I, España, 2009, p. 304

3. Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo.

4. A efectos de los apartados 2 y 3, el miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afecten.

La mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b del apartado 3 del artículo 238 del TFUE.

5. Si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido por el artículo 49.

En este orden de ideas, el 29 de marzo del 2017, el Reino Unido después de 44 años dentro de la UE presentó ante el Presidente del Consejo Europeo Donald Tusk la notificación de retirada de la UE de conformidad a lo dispuesto por el artículo 50 del TUE.⁶ Este es el primer país miembro en retirarse de la UE. Tal y como lo comentó la Primera Ministra Theresa May, el Brexit ha sido activado y por lo tanto han comenzado las negociaciones de dos años para que el Reino Unido salga de la Unión Europea en el 2019.⁷ Aunque se dice que podría iniciar la desintegración europea, considero que no es posible, ya que el Reino Unido nunca estuvo comprometido con la integración europea y disfrutó durante 44 años (1973-2017) de un status especial, ya que no era parte de la Eurozona, no pagaba todo el presupuesto que le correspondía, no estaba dentro del acervo y espacio Schengen e hizo reservas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En mérito de lo anterior, a partir de marzo del 2019 la UE estará conformada por 27 países.

Ahora bien, los Tratados de Roma firmados el 25 de marzo de 1957 se componen por la Comunidad Económica Europea (CEE) que establece un mercado común e incluye la cooperación económica en general; por la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA/EUROATOM) y; por la hoy extinta Comunidad Europea del Carbón y del Acero.⁸ El éxito de estas Comunidades Europeas ha sido la cesión de parte de la soberanía nacional a las instituciones supranacionales creadas por los mismos países miembros.⁹ Al adherirse un Estado a la Unión Europea, los países candidatos deben transponer el Acervo Comunitario (*Aquis Communautaire*) en sus legislaciones nacionales y aplicarlo desde el momento de

⁶ BBC MUNDO, 29 de marzo de 2017, “Después de 44 años en la Unión Europea, Reino Unido invoca el artículo 50 del Tratado de Lisboa que da inicio al Brexit: ¿qué sucederá ahora?”, <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39257715>

⁷ BBC MUNDO, 28 de marzo de 2017, “Brexit: Theresa May firma la carta que dará inicio a la salida de Reino Unido de la Unión Europea”, <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39426347>

⁸ El 25 de marzo de 2017 se reunieron los jefes de Estado o de Gobierno para visualizar el futuro de la Integración Europea con motivo de los 60 años de los Tratados de Roma.

⁹ JULIO MACLENNAN CRESPO, “*Del ocaso de las potencias europeas al auge de la Europa global: el proceso de integración europea: 1950-2007*” en: José María Beneyto et al., (coord.) *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Desarrollo Histórico y caracteres básicos de la Unión Europea. Naturaleza, valores, principios y competencias, ed. Aranzadi, tomo I, España, 2009, p. 101

su adhesión efectiva. El glosario de la Unión Europea, define que el *Aquis Communautaire*¹⁰ comprende la base común de derechos y obligaciones que vincula al conjunto de Estados miembros de la Unión Europea, está en evolución constante y engloba:

- (i) El contenido, los principios y los objetivos políticos de los tratados;
- (ii) La legislación adoptada en aplicación de los Tratados y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea;
- (iii) Las declaraciones y resoluciones adoptadas en el marco de la Unión Europea;
- (iv) Los actos en materia de Política Exterior y de Seguridad Común;
- (v) Los actos acordados en materia de Justicia y Asuntos de Interior; y
- (vi) Los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad y los celebrados por los Estados miembros entre sí en el ámbito de las actividades de la Unión.

Hay que recordar que las Comunidades Europeas surgen como organizaciones internacionales clásicas pero con un marco institucional muy característico y que poco a poco se fue estableciendo un Derecho de rasgos muy especiales que se asemeja e inspira, en gran medida, en los Derechos estatales, y más en particular, en los Derechos federales.¹¹Después de los Tratados de Roma, se firmó el 8 de abril de 1965 el Tratado de Fusión o Tratado de Bruselas¹² con el fin de crear una única Comisión y un único Consejo al servicio de las que, por aquél entonces, eran las tres Comunidades Europeas (CEE, EUROATOM y CECA). El 17 y 28 de febrero de 1986 se firmó el Acta Única Europea(AUE)¹³ y define el mercado interior en su artículo 8A como: “un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado.” El objetivo principal del AUE fue el establecimiento progresivo del mercado interior en el transcurso de un periodo que concluyera el 31 de diciembre de 1992.¹⁴ Como se puede apreciar, los objetivos fundamentales de la integración europea fueron desde sus inicios objetivos políticos que habrían de ser atendidos a través de instrumentos económicos.¹⁵

¹⁰ Acervo Comunitario, <http://eurlex.europa.eu/summary/glossary/acquis.html>

¹¹ ALBERTO J. GIL IBAÑEZ y DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS, “*Introducción al sistema de fuentes del derecho de la Unión Europea. Especial referencia a los tipos de actos y su orden jerárquico*” en: José María Beneyto Pérez et al., (coord.), *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea, Las fuentes y principios del derecho de la Unión Europea*,ed. Aranzadi, Tomo IV, España, 2009, p. 112.

¹² El Tratado de Fusión 11965F/TXT entró en vigor el 1 de julio de 1967.

¹³ El Acta Única Europea DO L 169, 29.6.1987entró en vigor el 1 de julio de 1987.

¹⁴ ALICIA GUTIERREZ, GONZALEZ, “*La Integración Regional y los Derechos Individuales a la Luz del Derecho Internacional y de Integración*”, en Mario I. Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani (coords.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, Italia, ed. ISEG, 2013, p. 77

¹⁵ WEILER J.H.H., “*Nous ne coalisons pas des etats – nous unissons des hommes: objetivos, valores y principios políticos de la Unión Europea*” en, *Tratados de Derecho y Políticas de la Unión Europea, desarrollo histórico*

Uno de los tratados más significativos, lo ha sido el Tratado de Maastricht¹⁶ y el Tratado de Lisboa.¹⁷ El primero firmado el 7 de febrero de 1992 establece la Unión Europea¹⁸ *per se*. Gracias a este Tratado se inicia el proceso de la integración política y económica, y se crea una UE formada por tres pilares:

- (i) Las Comunidades Europeas (la CEE, el CECA y el EUROATOM);
- (ii) La Política Exterior y de Seguridad Común (en adelante PESC); y
- (iii) La Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (en adelante JAI).

El primer pilar seguía el procedimiento comunitario y el segundo y tercer pilar seguían el procedimiento intergubernamental. En este Tratado se introdujo la Unión Económica y Monetaria (en adelante UEM), y en ese año termina el mercado único donde se eliminan las restricciones al comercio e inicia la libre competencia entre Estados.¹⁹ Se establece también la ciudadanía europea.²⁰ En el Tratado de Lisboa, específicamente el artículo 20.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) establece que: “se crea una ciudadanía de la unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”.

El Tratado de Ámsterdam se firmó el 2 de octubre de 1997.²¹ Con este Tratado se consagraron formalmente los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos, y se da más importancia al Parlamento Europeo. Este Tratado también integró en el marco institucional y jurídico de la UE el Acervo Schengen con el Protocolo nº 19 por el que se integra el Acervo Schengen en el marco de la UE.²² Este Acervo Schengen se compone por:

- (i) El Acuerdo firmado en Schengen el 14 de junio de 1985;
- (ii) El Convenio Schengen firmado el 19 de junio de 1990;²³
- (iii) Los Protocolos y Acuerdos de Adhesión al Acuerdo y Convenio Schengen;
- (iv) Las Decisiones y Declaraciones adoptadas por el Comité ejecutivo.

El objetivo principal del Acervo Schengen es la supresión gradual de los controles de las fronteras comunes y su finalidad es potenciar la integración eu-

rico y caracteres básicos de la Unión Europea. Naturaleza, Valores, Principios y Competencias, España, ed. Aranzadi, tomo I, 2009, p. 405.

¹⁶ El Tratado de Maastricht DO C 191, 29.7.1992 entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

¹⁷ El Tratado de Lisboa DO C 326, 26.10.2012 entró en vigor el 1 de diciembre de 2009

¹⁸ Con el Tratado de Maastricht el término de Comunidad Económica Europea (CEE) se sustituyó por el término de Comunidad Europea (CE).

¹⁹ ALICIA GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, op. cit., nota 15, p. 78

²⁰ La ciudadanía europea fue instituida por el Tratado de Maastricht de 1992 y los derechos de la ciudadanía de la UE fueron reafirmados por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2007.

²¹ El Tratado de Ámsterdam DO C 340, 10.11.1997 entró en vigor el 1 de mayo de 1999

²² El Protocolo nº 19 sobre el Acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea.

²³ El Acuerdo Schengen recibe ese nombre por haber sido firmado en Schengen, una comuna situada en el suroeste de Luxemburgo.

ropea y hacer posible, que la Unión Europea se convierta de manera expedita en un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.²⁴

Por su parte, el Tratado de Niza se firmó el 26 de febrero de 2001²⁵ y su principal función fue reformar las instituciones para que la UE pudiera funcionar con la gran ampliación de los países del este de Europa en 2004. Finalmente el 13 de diciembre de 2007 se firmó el Tratado de Lisboa por los Jefes de Estado o de Gobierno de los hasta ese entonces 27 Estados miembros de la UE en Lisboa. Este Tratado se integra por el TUE y por el TFUE, los cuales tienen el mismo valor jurídico y no tienen carácter constitucional como muchas personas lo consideran. El TUE y el TFUE junto con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y con los Tratados relativos a la adhesión de los países y Tratados modificativos vienen a conformar el derecho primario u originario de la UE.

El Tratado de Lisboa se firma con la intención de que la UE se vuelva más democrática ya que se aumentan las competencias del Parlamento Europeo, el procedimiento de voto en el Consejo cambió, se creó la iniciativa ciudadana, ahora el puesto de Presidente del Consejo Europeo tiene carácter permanente y existe un nuevo puesto de Alto Representante para Asuntos Exteriores, así como un nuevo servicio diplomático de la UE. Otra dato importante es la personalidad jurídica con la que cuenta la Unión Europea.²⁶

II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA

La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea no ha sido una tarea fácil y ha evolucionado paulatinamente a golpe de sentencias del TJUE y reconoce el derecho a: la propiedad; la libertad profesional; la inviolabilidad del domicilio; la libertad de opinión; el derecho general a la personalidad; la protección de la familia; la libertad económica; la libertad de religión; y la confesión entre otras.²⁷ También los derechos fundamentales procesales han sido reconocidos por el TJUE. Al respecto se pueden mencionar:²⁸ el derecho de audiencia judicial; el principio derivado del derecho consuetudinario en relación al mantenimiento de la confidencialidad de la correspondencia con el abogado (*legal privilege*); y la prohibición de sancionar dos veces el mismo hecho o la obligación de motivar los actos jurídicos de la UE.

Al respecto, Jacqueline Dutheil de la Rochere señala que: “La expectativa de la ciudadanía de la UE en términos de claridad y la seguridad de la protección de los derechos se alcanzará solo parcialmente”.²⁹ El actual Tratado

²⁴ Preámbulo del Protocolo nº 19 por el que se integra el Acervo Schengen en el marco de la Unión Europea.

²⁵ El Tratado de Niza DO C 80, 10.03.2001 entró en vigor el 1 de febrero de 2003.

²⁶ TUE, artículo 47

²⁷ BORCHARD KLAUS, Dieter, *El Abc del Derecho de la Unión Europea*, Luxemburgo, Unión Europea, 2011.p. 104

²⁸ *Ídem*

²⁹ JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHERE, , “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en: José María Beneyto Pérez et al., (coord.), *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea, Derechos Fundamentales*, ed. Aranzadi, Tomo II, España, 2009, p. 214.

de Funcionamiento de la UE se contemplan algunos derechos fundamentales tales como: la prohibición de discriminación por razón de sexo; raza u origen étnico; por religión o convicciones; por discapacidad; por edad u orientación sexual; por motivos de nacionalidad.

En virtud de que la UE se basa en el principio de igualdad desde sus inicios, el artículo 157 de TFUE establece el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor y que a la fecha no se ha llevado a cabo. Al respecto, el comunicado de la Comisión del 8 de marzo de 2017 en el día internacional de la mujer señala:

Hace sesenta años, la igualdad entre mujeres y hombres se integró en el Tratado de Roma como uno de los valores fundamentales de la Unión Europea. A día de hoy, la tasa de empleo de las mujeres ha llegado a un máximo histórico. Sin embargo, la brecha salarial de género sigue presente: las mujeres ganan un 16,3 % menos que los hombres en toda Europa. Asimismo, las mujeres siguen topándose con un techo de cristal a la hora de alcanzar puestos de gestión y liderazgo, aun cuando la Comisión va por buen camino para alcanzar su propio objetivo de un 40 % de representación femenina en los cargos intermedios y superiores de aquí a 2019. Hoy, la Comisión hace un nuevo llamamiento a que se garantice la igualdad para las mujeres en cada país y en todo el mundo.³⁰

Hay que recordar que el objetivo de los padres fundadores de la UE y de los países miembros ha sido desde sus inicios el “crear una unión más estrecha entre los pueblos europeos”. Es por ello que los Tratados de Roma en su preámbulo señalan: “Resueltos a sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos”. Y el Tratado de Lisboa de 2007, en el TFUE establece también en su preámbulo y en su artículo 1:

“Preámbulo: Resueltos a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad.” “Artículo 1: El presente tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible”.

A su vez, el Tratado de la Unión Europea establece en su artículo 6 que:

La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se

³⁰ COMUNICADO DE PRENSA DE LA COMISIÓN EUROPEA http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-489_es.htm

rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

Rosario Silva de Lapuerta explica que de este artículo se desprenden dos situaciones relevantes en materia de derechos fundamentales. La primera es el reconocimiento del valor jurídico vinculante de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al mismo nivel de los tratados constitutivos de la UE. Y la segunda es la atribución de competencia a la UE para permitir su adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.³¹

Cabe hacer mención que desde los inicios el TJUE se refería al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) al dictar sentencia.³² Con el transcurso del tiempo la protección de los derechos humanos fueron formando parte del Derecho Comunitario. Gracias al Tratado de Ámsterdam y al Tratado de Niza los derechos fundamentales se fueron consolidando.³³ Estos dos Tratados confirmaron el régimen de protección de los derechos fundamentales en la UE, *i.e.*, su protección por el TJUE a partir de la aplicación del principio general del derecho comunitario de protección de los derechos fundamentales, que concretaría para un asunto y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, sin que la CEDH fuera el único criterio de interpretación a su alcance.³⁴

Con la firma del Tratado de Lisboa se hace vinculante la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelanta la Carta) de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo y reconoce en su artículo 6 apartado 1 del TUE que tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Esta Carta de los Derechos Fundamentales de la UE es vinculante para todos los Estados miembros y reconoce los derechos y libertades fundamentales que

³¹ ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, “*La protección jurisprudencial de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*”: nacimiento y evolución, en: José María Beneyto Pérez et al., (coord.), *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea, Derechos Fundamentales*, España, ed. Aranzadi, 2009, Tomo II, p. 21

³² TJUE, C-36/75, sentencia Rutili de 28 de octubre de 1975, C- 44/79 sentencia Hauer de 13 de diciembre de 1979, C-136/79 sentencia de National Parasonic de 26 de junio de 1980, C-222/84 Johnston sentencia de 15 de mayo de 1986, C-222/86 sentencia Heylens de 15 de octubre de 1987.

³³ NIKLAS BRUUN et al., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oregón, ed. Oxford, 2012, p. 6.

³⁴ SANTIAGO RIPOLL CARULLA, “*Las Interacciones entre el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos y el Sistema Comunitario de Protección de los Derechos Fundamentales*”, en: José María Beneyto Pérez et al., (coord.), *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea, Derechos Fundamentales*, España, ed. Aranzadi, 2009, Tomo II, p. 80

deben ser respetados por las instituciones, órganos y organismos de la UE, así como por los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión Europea.³⁵ Sin embargo, existe una excepción de conformidad a lo dispuesto por el Protocolo Número 30³⁶ para el Reino Unido y Polonia y otra según lo dispone la Declaración número 53³⁷ para la República Checa. No hay que olvidar que aunque existan excepciones por parte del Reino Unido, Polonia y la República Checa, para estos países el carácter vinculante de los derechos fundamentales deriva de la jurisprudencia del TJUE; del CEDH.

En lo que se refiere a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE,³⁸ esta carta enuncia los derechos y libertades protegidos por la UE y se encuentran divididas en 6 títulos:

- (i) El título primero³⁹ se encarga de la dignidad.
- (ii) El título segundo⁴⁰ abarca las libertades.
- (iii) El Título Tercero:⁴¹ se avoca a la igualdad.
- (iv) El Título cuarto:⁴² se encarga de la solidaridad.
- (v) El título quinto⁴³ se dedica a la ciudadanía.
- (vi) El título sexto⁴⁴ menciona lo referente a la Justicia.

El título séptimo se encarga de las disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta y su artículo. Así las cosas, los derechos fundamentales están garantizados por los sistemas constitucionales de los Estados miembros, por el TJUE así como por el CEDH y de las libertades Fundamentales, y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Ahora bien, para aplicar la Carta, la regla es la siguiente: si el asunto tiene relación con la aplicación de la legislación de la Unión Europea, la Carta se aplica (con excepción de Polonia y el Reino Unido, mediante el Protocolo Número 30 y por la República Checa, la Declaración Número 53) y entonces se turna el caso en primera instancia al Tribunal nacional y este a su vez lo remite al TJUE para que conozca del caso. En el caso de que violen los derechos fundamentales por un Estado

³⁵ ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, op. cit. nota 32, p. 56.

³⁶ Protocolo nº 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido. El Reino Unido presentó su solicitud de retirada el 29 de marzo de 2017.

³⁷ Declaración nº 53 de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³⁸ DO C83, de 30.3.2010, y del 12.12.2007 en Estrasburgo, DO C 303, 14.12.2007. El presente texto recoge, adaptándolo, el de la Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000 y lo sustituye desde el 1 de diciembre de 2009 (entrada en vigor del Tratado de Lisboa). De conformidad a lo dispuesto por el artículo 6 párrafo 1 del Tratado de la Unión Europea. La Carta proclamada en 2007 tiene el mismo valor jurídico que los Tratados.

³⁹ CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, artículos 1-5

⁴⁰ Ibídem, artículos 6-19

⁴¹ CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, op. cit. nota 40, artículos 20-26

⁴² Ibídem, artículos 27-38

⁴³ Ibídem, artículos 39-46

⁴⁴ Ibídem, artículos 47-50

miembro y el caso no tiene relación con la aplicación de la legislación de UE, entonces se turna el caso al Tribunal nacional y este a su vez lo turna al TEDH.

III. CONCLUSIONES

De lo vertido a lo largo del presente artículo se puede apreciar que la Unión Europea ha evolucionado desde la firma de los Tratados de Roma de 1957 hasta el 2017 de una manera extraordinaria pese a todos los problemas a los que se ha enfrentado a lo largo de estos 60 años. La integración europea es uno de los casos más exitosos a nivel mundial ya que ha logrado: una integración política; un mercado interior (donde existe la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales); tiene instituciones supranacionales; cuenta con 28 miembros y pasó a ser de una asociación política y económica basada en el estado de Derecho a una Unión Europea social donde se respetan y se protegen los Derechos Fundamentales de los ciudadanos. La salida del Reino Unido en el 2019 no desintegrará la UE, en virtud de que el Reino Unido ha estado dentro de la UE durante 44 años, pero no se encuentra dentro de la integración europea, toda vez que ha presentado reservas en temas que son medulares para una integración.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ACERVO COMUNITARIO, <http://eurlex.europa.eu/summary/glossary/acquis.html>
- ACTA ÚNICA EUROPEA DO L 169, 29.6.1987
- BALÁZS P., “Nuevos retos para la teoría de la integración: Efectos de las ampliaciones de la Unión Europea sobre la integración” en: José María Beneyto et al., (coords.) *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Desarrollo Histórico y caracteres básicos de la Unión Europea. Naturaleza, Valores, Principios y Competencias*, España, ed. Aranzadi, tomo I.
- BBC MUNDO, 29 de marzo de 2017, “Después de 44 años en la Unión Europea, Reino Unido invoca el artículo 50 del Tratado de Lisboa que da inicio al Brexit: ¿qué sucederá ahora?”, <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39257715>
- _____, 28 de marzo de 2017, “Brexit: Theresa May firma la carta que dará inicio a la salida de Reino Unido de la Unión Europea”, <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39426347>
- BORCHARD KLAUS, Dieter, *El Abc del Derecho de la Unión Europea*, Luxemburgo, Unión Europea, 2011.
- BRUUN, Niklas et al., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oregón, ed. Oxford, 2012.
- CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. DO C83, de 30.3.2010, y del 12.12.2007 en Estrasburgo, DO C 303, 14.12.2007.
- COMUNICADO DE PRENSA DE LA COMISIÓN EUROPEA http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-489_es.htm
- DECLARACIÓN N° 53 de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en: José María Beneyto Pérez et al., (coord.), *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea, Derechos Fundamentales*, España, ed. Aranzadi, 2009, Tomo II, p. 214.

GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Alicia, “La Integración Regional y los Derechos Individuales a la Luz del Derecho Internacional y de Integración”, en Mario I. Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani (coords.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, Italia, ed. ISEG, 2013

GIL IBÁÑEZ, Alberto J. y ORDÓÑEZ, SOLÍS, David, “Introducción al sistema de fuentes del derecho de la Unión Europea. Especial referencia a los tipos de actos y su orden jerárquico” en: José María Beneyto Pérez et al., (coord.), *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea, Las fuentes y principios del derecho de la Unión Europea*, España, ed. Aranzadi, 2009, Tomo IV

MACLENNAN CRESPO, Julio., “Del ocaso de las potencias europeas al auge de la Europa global: el proceso de integración europea: 1950-2007” en: José María Beneyto et al., (coord.) *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Desarrollo Histórico y caracteres básicos de la Unión Europea*. Nauraleza, valores, principios y competencias, España, ed. Aranzadi, tomo I, 2009

PROTOCOLO N°19 sobre el Acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea.

PROTOCOLO N° 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido.

RIPOLL CARULLA, Santiago, “Las Interacciones entre el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos y el Sistema Comunitario de Protección de los Derechos Fundamentales“, en: José María Beneyto Pérez et al., (coord.), *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea, Derechos Fundamentales*, España, ed. Aranzadi, 2009, Tomo II.

SILVA DE LAPUERTA, Rosario, “La protección jurisprudencial de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: nacimiento y evolución, en: José María Beneyto Pérez et al., (coord.), *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea, Derechos Fundamentales*, España, ed. Aranzadi, 2009, Tomo II.

TRATADO DE ÁMSTERDAM DO C 340

TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DEL CARBÓN Y DEL ACERO 11951K/ TXT

TRATADO DE FUSIÓN 11965F/TXT

TRATADO DE LISBOA (TUE y TFUE) DO C 326, 26.10.2012.

TRATADO DE MAASTRICHT DO C 191.

TRATADO DE NIZA DO C 80, 10.03.2001.

TJUE, C-36/75, sentencia Rutili de 28 de octubre de 1975

TJUE, C- 44/79 sentencia Hauer de 13 de diciembre de 1979

TJUE, C-136/79 sentencia de National Parasonic de 26 de junio de 1980

TJUE, C-222/84 Johnston sentencia de 15 de mayo de 1986

TJUE, C-222/86 sentencia Heylens de 15 de octubre de 1987.

WEILER J.H.H., “Nous ne coalison pas des etats – nous unissons des hommes: objetivos, valores y principios políticos de la Unión Europea” en, *Tratados de Derecho y Políticas de la Unión Europea, desarrollo histórico y caracteres básicos de la Unión Europea. Naturaleza, Valores, Principios y Competencias*, España, ed. Aranzadi, tomo I, 2009.

UNIÓN EUROPEA, https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_es y
http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_6.5.1.html

ESPECIALIZACIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA: LAS CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

WAEL HIKAL*

RESUMEN

La Criminología en México se ha mantenido estática, se tiene una General, con apenas algunas especializadas, a saber: Clínica, Crítica, Académica, Analítica, Científica y Aplicativa. En otros países, se ha diversificado en: Ambiental, Femenil, Biológica, Informática, Azul, De La Paz, entre otras. Para atender el fenómeno criminal, es necesario que la Criminología nacional desarrolle conocimientos nuevos y adaptados a los a la criminalidad contemporánea, una General ya no es capaz de atender este problema, provocando que esta sea una disciplina débil en resultados, a lo que comúnmente se le delega la responsabilidad a los gobiernos y a figuras académicas clásicas.

Palabras clave: Áreas de oportunidad, Criminólogos especializados, Especialización del conocimiento, Futuro de la Criminología, Necesidad de especialización.

ABSTRACT

The Criminology in Mexico has remained at a static tendency, is a General Criminology, with just four or five specialized, namely: clinic, criticism, academic, analytical, scientific, and applicative. In other countries, in contrast, has diversified into: environmental, women's, biological, computer, blue, peace, among others. Addressing the criminal phenomenon, it is necessary to the national Criminology to develop new and knowledge adapted to the phenomena of the contemporary crime, a General Criminology is not able to address this problem, causing it to be weak in discipline and in results, to what commonly is delegated responsibility to governments and classical academic figures.

Keywords: Future of Criminology, Necessity of specialization, Opportunity areas, Specialized criminologists, Specialization of knowledge.

Recibido: 25/01/17 Aprobado: 15/07/17

* Director de proyectos de la Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León. Correo: wshc1983.2013@gmail.com.

1. ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA

Indudable que el más comercial investigador en Criminología (a continuación de ALFONSO QUIROZ CUARÓN) de los 70's, 80's, 90's y primer década del 2000 (40 años...), ha sido LUIS RODRÍGUEZ MANZANERA, siendo él, formador de muchos ahora ya criminólogos y criminalistas de licenciatura y maestría, él mismo motivó la creación de este artículo de Criminologías Especializadas.¹ En su libro *Criminología*,² trata de la síntesis criminológica, haciendo referencia a la Criminología Antropológica, Criminología Psicológica, Criminología Sociológica, entre otras, y destaca que en ciertos países la tendencia es variada, en algunos biológica como en Italia y en otros sociológica como en Estados Unidos de América, de ello, se hace notar que en México, la tendencia es sintética-estática (no ha habido novedad editorial ni especialización).

No se podía delegar a un solo autor como el caso del antes mencionado a que desarrollara dicha especialización científica, sin embargo, los primeros estudiantes de la licenciatura en Criminología-Criminalística depositaron en éste todo el trabajo (y en homólogos (respectivamente en su área): MARÍA DE LA LUZ LIMA MALVIDO, RUTH VILLANUEVA CASTILLEJA, JUVENTINO MONTIEL SOSA, SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, RAFAEL MORENO GONZÁLEZ, ANTONIO SÁNCHEZ GALINDO y algunos ya fallecidos como ROBERTO GARCÍA TOCAVÉN, HÉCTOR SOLÍS QUIROGA, RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO, QUIROZ CUARÓN, entre otros). Así al paso de los años no ha habido gran evolución de la ciencia, sí la proliferación de escuelas,³ pero sin más investigadores académicos, solo quedando a la expectativa de lo que otros ajenos o clásicos aportaran.

La criminalidad que actualmente tiene el mundo entero, exige nuevos conocimientos, la ciencia ha demostrado ser la mejor solución para las necesidades y problemas de la humanidad; en consecuencia, la ciencia criminológica debería ser la mejor solución para resolver el problema de la criminalidad, que den forma a las leyes y políticas públicas para tratar y prevenir el delito, además de reformar los sistemas académicos en las escuelas. De lo anterior, es la necesidad del análisis y desarrollo del presente y las Criminologías propuestas, para que se desplieguen, modifiquen y mejoren a través del ejercicio filosófico, académico y científico.

Las **Criminologías Especializadas** están compuestas por el cuerpo de conocimientos especializados en algún área “específica” de la criminalidad, pretende trascender de la generalidad y amontonamiento de objetos-sujetos de estudio

¹ Cuyo nacimiento en México se puede considerar el 13 de abril del 2009 cuando se publica la obra: *Introducción al estudio de la Criminología y a su Metodología* de WAEL HIKAL, posteriormente se publican obras derivadas de esta como: *Criminología Sociológica*, *Criminología de los Derechos Humanos*, *Criminología Etiológica-Multifactorial* y *Criminología Psicológica*.

² V. LUIS RODRÍGUEZ MANZANERA, *Criminología*, 18^a ed. Porrúa, México, 2003, pp. 59 y 60.

³ V. WAEL HIKAL, JORGE ALBERTO PÉREZ TOLENTINO y ROGELIO ROMERO MUÑOZ, “Censo de escuelas de Criminología, Criminalística, Victimología y afines en materia criminal en México”, dirección en Internet: https://drive.google.com/file/d/0B_cni943DKuqNVJSNVZFeXBQMFE/view, Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León, México, 2016.

de una sola Criminología General (y sus operadores) y busca la creación de monografías sobre temas de interés, pero también incluyendo el qué hacer del criminólogo en esa área especializada, a fin de crecer académicamente y superar la teoría del caos criminológico. No se trata de creaciones impulsivas y sin orden, sino bajo un régimen analítico y progresista.

Logrado lo anterior, podrá tratarse de una **Criminología Sistemática** y no la común Criminología General, que en realidad, es el producto derivado y sintetizado de muchas otras ciencias más. Si bien, es claro, que muchas profesiones y ciencias o disciplinas nacen de la síntesis de otras, hay algunas que tienen la capacidad de independizarse y comenzar a crear conocimientos propios y cimientos que dan lugar a algo innovador, así ha ocurrido con otras y tal vez ese sería el triunfo de la Filosofía: crear más conocimiento, aplicable y comprobable, además de creciente.

Todo ello, corresponde a una nueva serie de criminólogos, neocriminólogos que den nacimiento a la especialización y las áreas por aplicar el ejercicio profesional.

2. CRIMINÓLOGOS ESPECIALIZADOS: UN FUTURO POR DESARROLLAR

A la Criminología General se le atribuyen los siguientes objetivos: Personalidad antisocial, control social, prevención, desarrollo científico, criminogénesis, criminodinámica, etiología biopsicosocial, prevención del delito y tratamiento del delincuente. Y en sí, la mayoría de los conceptos (por muy sintético que sea en las palabras) de Criminología suelen ser de amplia visión.

Nótese lo anterior que apunta hacia diversos sujetos-objetos de estudio, lo cual si se contextualiza como ciencia en general, permite lograr visualizar dichos, pero a nivel operativo o el que ejerce dicha ciencia, no podría ejecutar todas estas labores, aunado a ello, el criminólogo-criminalista no se ocupa del área académica, es decir, no hay desarrollo científico, la concentración es de la acción hacia el ejercicio profesional fuera de la escuela.

De lo anterior: El criminólogo no puede más ser el “todólogo” como hasta la fecha ocurre (de ningún nivel: Pregrado o posgrado), por muy capacitado que se esté o por muchas buenas calificaciones que cargue en su currículo de materias, no puede existir el criminólogo que se desempeñe como preventólogo, clínico, diagnosticador, rehabilitador, político, de menores, de crimen organizado, de seguridad pública, de inteligencia, polígrafo, de derechos humanos, ambientalista, escolar, académico. Considerando que ya de por sí es lamentable el bajo nivel profesional que presentan algunos criminólogos, incapaces de sustentar teorías frente a otros profesionales.

Véase en otras profesiones como el Derecho, no hay juristas penalistas, ambientalistas, fiscalistas, mercantilistas, laboristas, militares, aduaneros, electorales, constitucionalista, familiar, entre otros, sino que cada uno se va especializando en el área de interés. La Medicina, no hay médicos “todólogos” ginecólogos, pediatras,

cardiólogos, psiquiatras, urólogo, anestesiólogo, de urgencias, internista, patólogo, etcétera. Y finalmente, tampoco hay psicólogos de acción múltiple en el área educativa, social, laboral, infantil, psicoanalítica, conductual, entre otros. De existir así, sería un “súper profesional” (comúnmente aquellos que llevan largos años en el estudio y de edad avanzada).

3. FILOSOFÍA CRIMINOLÓGICA

La Filosofía proporciona los cimientos lógicos de la ciencia, o las ideas referentes a las maneras en que podemos adquirir conocimiento, todo progreso requiere un proceso filosófico. La Filosofía de la ciencia se refiere al examen filosófico de la ciencia; es decir, de sus problemas, métodos, técnicas, estructura lógica, resultados generales, etcétera y también si la ciencia es capaz de revelar la verdad, a esto también se le puede llamar como examen epistemológico; es decir, cuestionar hasta sus últimas consecuencias el conocimiento a fin de hallar su origen y realidad.

La Filosofía Criminológica es la parte de la Filosofía General que se refiere al proceso de pensar en todo lo relacionado con la Criminología, acumula todo el conocimiento útil para el entendimiento del fenómeno antisocial, es un acumulamiento que nunca termina. Filosofía significa amor por la sabiduría. Esta definición convierte a la Filosofía Criminológica en una tendencia que nunca finaliza, en una búsqueda sin fin del verdadero conocimiento de la realidad.

4. CRIMINOLOGÍA VICTIMOLÓGICA

La Victimología Criminal o Criminología Victimológica trata de curar las lesiones de las víctimas del delito o del crimen; restituirles la paz y la serenidad que nunca debieron haber perdido; reparar el daño moral y la dignidad por las humillaciones que recibieron en el alma; compensarles por las pérdidas sufridas en un camino que nunca eligieron como propio, y evitarles una futura victimización como consecuencia de la dejadez de los hombres deshumanizados y de las legislaciones incapaces de proteger lo que destruyen. Es volver a construir a las personas destrozadas por la barbarie en lo que realmente son: Seres humanos dotados de razón y conciencia. Esta se vislumbra como una determinante herramienta científica para disminuir los daños que el proceso de victimización acarrea en las víctimas.

Para consultar casos de campo y revisiones teóricas, véase la obra: *Victimología Criminal*.⁴

5. CRIMINOLOGÍA DE LA PERSONALIDAD

La Criminología de la Personalidad estudia los cambios en el comportamiento de una persona, sus características individuales y su manera de interactuar

⁴ V. WAEL HIKAL (dir.) y EMILIO JOSÉ GARCÍA MERCADER (coord.), *Victimología Criminal*, Flores editor y distribuidor, México, 2017.

de ésta con su medio, así como la influencia que ejerce el ambiente sobre los individuos en su -claro es- conducta antisocial.

A esta, le antecede o le engloba la Criminología del Desarrollo que estudia la evolución de los seres humanos desde el nacimiento hasta la ancianidad. Está relacionada con los factores endógenos y exógenos; es decir, cuáles son las influencias sociales e individuales que llevan a la antisocialidad, la dificultad reside cuando se concibe a un organismo que se desarrolla en el contexto de un ambiente, y que dicho ambiente tendrá exigencias sociales que cambian al individuo. Los elementos que influyen en la antisocialidad son elementos biológicos, psicológicos y sociológicos. También se puede centrar al estudio de los problemas que se dan en cada etapa de la vida y las conductas antisociales que se dan en cada una de éstas, lo cual serviría para explicar e incluso predecir dichos problemas con el fin de abordarlos en cada periodo de la vida. Se encuentra estrechamente relacionada con la Criminología etiológica-multifactorial.

La Criminología del Desarrollo estudia la evolución de los seres humanos desde el nacimiento hasta la ancianidad. Por tratarse de Criminología, esta estudiará además los problemas que se presentan en cada etapa del desarrollo para poder determinar qué dificultades fueron las que influyeron en el sujeto como factores criminógenos para que su conducta se tornara antisocial, y del conocimiento de éstos, realizar la prevención.⁵

Para revisar teorías, casos de estudio y campo, consultense las obras: *Criminología de la Personalidad Antisocial*, *Criminología de la Violencia* y *Criminología psicológica*⁶

6. CRIMINOLOGÍA CONDUCTUAL (O REFLEXOLOGÍA CRIMINAL)

Esta se puede definir como: El estudio de la conducta, de cómo los seres humanos aprenden a adaptarse o desadaptarse al medio que les rodea. Observará su conducta y la describirá, elaborando teorías para comprender y predecir la conducta humana y lograr prevenir ciertos comportamientos. La Criminología Conductual viene siendo la ciencia del control social el cual se logra por medio de estímulos y refuerzos.

El antecedente de esta “Criminología Conductual” es la Reflexología Criminal de OSVALDO TIEGHI (1974), quien explica que:

La teoría supone que la conducta criminal es una resultante condicionada por los estímulos del medio ambiente físico-social y, particularmente, por el que circunda al delincuente (subcultura delincuente). En esta dinámica de interacción entre el organismo y sus medios se genera una serie de conexiones temporales asociadas a conexiones permanentes (sexo, alimentación, defensa, etc.). Ya en ese plano se

⁵ V. ELAINE CASSEL & DOUGLAS A. BERNSTEIN, *Criminal Behavior*, 2nd ed., Routledge Taylor & Francis, UK, 2008.

⁶ V. WAEL HIKAL (dir.) y JACOBO HERRERA RODRÍGUEZ (coord.), *Criminología de la Personalidad Antisocial*, Flores editor y distribuidor, México, 2017, WAEL HIKAL (dir.) y JORGE ALBERTO PÉREZ TOLENTINO (coord.), *Criminología de la Violencia*, Flores editor y distribuidor, México, 2017, y WAEL HIKAL, *Criminología psicológica*, 2^a ed., 1^a reimp., Porrúa, México, 2016.

introduce la noción de reflexología criminal y con ella la probabilidad de un nuevo rumbo.⁷

Casos de estudio, campo y teorías se encuentran en las obras: *Criminología Conductual* y *Reflexología Criminal*.⁸

7. CRIMINOLOGÍA DE LAS CONDUCTAS ADICTIVAS

Si la Criminología tiene por objeto de estudio no sólo el delito, sino lo anterior al delito (las causas que llevan a él), entonces se estudian las drogas como causas criminógenas. La drogadicción no es algo nuevo, el ser humano ha experimentado con drogas desde hace miles de años con el fin de escapar de la realidad o de divertirse. En la actualidad se hace lo mismo, pero la droga se ha convertido en un producto de abuso y a la vez, que genera mucho dinero; y también muertes, ejecuciones por venganza, crímenes, años de cárcel, accidentes de tránsito, pérdidas económicas, inválidos, desórdenes mentales, entre otros. Con esto se puede ver que la drogadicción ha sido un tipo de cultura y que en el tiempo actual ha venido a ser una transmisión de costumbres fuerte y duradera.

La Criminología de las Conductas Adictivas tendrá por estudio el uso repetido y abusivo de sustancias, así como los comportamientos que se derivan de este consumo, refiriéndose a la relación de droga-delito, además estudiará las causas que llevaron al sujeto al consumo de dicha sustancia. También estudiará el reforzamiento que el sujeto tiene en la realización de determinada conducta debida al consumo de alguna droga.⁹

8. CRIMINOLOGÍA INFANTO-JUVENIL

Algunas cuestiones críticas son: Determinar cómo las variables ambientales (el comportamiento de los padres, por ejemplo) y las características biológicas (como las predisposiciones genéticas) interactúan e influyen en el comportamiento; y entender cómo los distintos cambios en el comportamiento se interrelacionan.

La Criminología infanto-juvenil es el estudio del comportamiento de los menores desde el nacimiento hasta la adolescencia. Pero sobre todo se interesa en el momento y orden de aparición de problemas que dan lugar a las conductas antisociales. De esta manera, los criminólogos intentarán explicar las semejanzas y las diferencias entre los niños, así como su comportamiento y desarrollo, tanto normal como anormal.

⁷ Apud. RONALD LIN CHING CÉSPEDES, *Psicología Forense*, Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica, 2005, pp. 116 y 117.

⁸ V. WAEL HIKAL (dir.) y OSVALDO TIEGHI (coord.), *Criminología Conductual*, Flores editor y distribuidor, México, 2017, y OSVALDO TIEGHI, *Reflexología Criminal*, Astrea, Argentina, 1974.

⁹ V. WAEL HIKAL, *Introducción al estudio de la Criminología*, 3^a ed., 1^a reimpr., Porrúa, México, 2016.

Casos de estudio se pueden consultar en la obra: *Criminología Infanto-Juvenil*.¹⁰

9. CRIMINOLOGÍA COMPARADA

Se refiere al estudio de la Criminología en dos o más naciones con el propósito de desarrollar teorías del crimen y de la justicia criminal que son transnacionales. Una definición más general es el estudio de la Criminología en dos o más culturas con el propósito de desarrollar generalizaciones universales acerca del crimen y de la justicia criminal.¹¹

La Criminología Comparada es instrumento de cambio y mejora pues permite la adopción e implementación de políticas criminológicas exitosas, tomadas de otras latitudes u otras culturas. Sin embargo, esta implementación será realizada considerando las variaciones culturales, geográficas y sociales necesarias para no aplicarse como una simple copia de otras políticas como comúnmente ocurre.

10. CRIMINOLOGÍA ETIOLÓGICA-MULTIFACTORIAL

Estudia los factores endógenos y exógenos que producen el delito; es decir, una ciencia que nos explica las causas o factores que originan la criminalidad.

La Criminopatología estudia las conductas desadaptadas, antisociales y delictuosas en sus causas, consiste en proporcionar una descripción ordenada de todas las irregularidades de la conducta, cualquiera que pueda ser su grado de severidad, clasificándolas y tratando explicar cómo aparecieron. También se le podrá encontrar con el nombre de Criminología Etiológica-Multifactorial.¹²

Casos clínicos y etiológicos, se pueden revisar en las obras: *Criminología Clínica* y *Criminología Etiológica Multifactorial* y *Criminología Experimental*.¹³

11. CRIMINOLOGÍA DE LA REACCIÓN SOCIAL

Es el conjunto de teorías que hacen énfasis en el estudio de actuación de la audiencia social, mediante tres procesos diversos de la criminalización: 1) Cómo se manifiesta la reacción social criminalizando conductas anteriormente consideradas lícitas, a través de la creación de normas penales (criminalización de conductas lícitas). 2) Cómo esta reacción, operándose en el terreno represivo institucional concreto, es una variable interviniente en la criminalización de individuos. 3) Cómo esta reacción contribuye a la criminalización de la conducta desviada y

¹⁰ V. WAEL HIKAL (dir.) y GLORIAM ZAID MERCADO-JUSTINIANO (coord.), *Criminología Infanto-Juvenil*, Flores editor y distribuidor, México, 2016.

¹¹ V. WAEL HIKAL, *Glosario de Criminología, Criminalística y Victimología Criminal*, 2^a ed., Flores editor y distribuidor, 2015, México.

¹² V. _____, *Criminología Etiológica-Multifactorial*, 2^a ed., Flores editor y distribuidor, 2015, México.

¹³ V. WAEL HIKAL (dir.) y OSVALDO TIEGHI (coord.), *Criminología Clínica y Criminología Etiológica Multifactorial*, Flores editor y distribuidor, México, 2017, y WAEL HIKAL (dir.) y JACOBO HERRERA RODRÍGUEZ (coord.), *Criminología Experimental*, Flores editor y distribuidor, México, 2016.

a la perpetuación del rol delictivo, mediante la colocación de etiquetas y la amplificación de la desviación. Esta criminología abarca las orientaciones del etiquetamiento, el estereotipo y la estigmatización.

12. CRIMINOLOGÍA DE LA PAZ

Los criminólogos de la paz, tales como HAL PEPINSKY y RICHARD QUINNEY, argumentan que el crimen es una forma de violencia y sufrimiento, pero para atender al crimen como forma de violencia en la manera de castigo es contraproducente, como la violencia produce violencia. En lugar de esto, ellos abogan por el mantenimiento de la paz dándole a los ofensores y las víctimas mediación, resolución de conflictos y reconciliación. Además favorecen las formas no punitivas, así como el ofrecimiento de disculpas del ofensor a la víctima, pagando el daño a la víctima o a la comunidad.

13. CRIMINOLOGÍA FORENSE

Es útil para determinar, a través del análisis del caso y a la síntesis criminológica, las causas por las que un sujeto llega a delinquir; también determina el índice de peligrosidad y perfil criminológico de una persona o, en su caso, los rasgos criminológicos.

14. CRIMINOLOGÍA RADICAL

Tendencia fundamentada en la que ha sido bautizada como filosofía crítica del derecho penal, expuesta por QUINNEY, y en la naturaleza problemática de la ley y de las instituciones. Debido a que es por excelencia política, se le denomina también politología del delito o criminología crítica. Agrupa las ideas de SCHWENDINGER, COHEN, PALT, VERSELE, KAUFFMAN y los creadores de la “Nueva Criminología”. Su atención no se dirige a la modificación del delincuente, que es secundario, sino al sistema total y a la ley, que constituye el principal instrumento del Estado.¹⁴

15. CRIMINOLOGÍA SINTÉTICA

Corriente que considera la criminología como aquella encargada de recopilar los datos obtenidos por otras ciencias o disciplinas, organizarlos y coordinarlos en todo lo referente al delito y al delincuente, especialmente los aportados por la psicología, sociología, antropología, psiquiatría, etcétera. La fusión de ellos daría la perfecta síntesis: la criminología.¹⁵

16. CRIMINOLOGÍA UNITARIA

Según esta concepción, la Criminología no es una mera síntesis sino un engranaje que conforma un todo intrínsecamente relacionado, por encima de cual-

¹⁴ V. WAEL HIKAL, *Op. cit. (Glosario de Criminología, Criminalística y Victimología Criminal)*.

¹⁵ V. Ib.

quier dirección específica, sea sociológica, psicológica, antropológica, psiquiátrica, jurídica, etcétera. Como acerca GOPPINER “de la misma manera que el médico no observa al enfermo sólo desde puntos de vista químicos, físicos o sociales, sino con una óptica superior, la médica —aunque emplea los análisis de estas ciencias en el diagnóstico y en la terapia—, también la criminología debe esforzarse por contemplar su objeto —ya se trate del delincuente en sus interdependencias sociales, ya de la totalidad del fenómeno crimen como tal—, no sólo desde puntos de vista sociológicos, biológicos, psicológicos o dogmáticos, etcétera, sino con una visión criminológica superior”. LA PLAZA, quiere encaminarse por esta vía cuando afirma que “...la criminología cumple una función unitaria; pero no coordinando o sintetizando las conclusiones de cada una de las ciencias penales particulares, sino reduciendo a la unidad a la antropología criminal y a la sociología criminal, que pierden así sus autonomías respectivas”. Por ello prefiere utilizar otro vocabulario: “El contenido de la criminología se distribuye en dos ramas o capítulos: la criminología antropológica o biológica y la criminología sociológica...”.¹⁶

17. CRIMINOLOGÍA SOCIAL

La Criminología Social es la rama de la Criminología General, dedicada al estudio de la sociedad en lo que se refiere a los fenómenos de la antisocialidad, estudia el surgir antisocial en conjunto, sus causas, como en sus formas, desarrollo, efectos y relaciones con otros hechos sociales. Se apoya de la Demografía, de la Estadística, de la Sociología, de la Antropología y del Derecho, entre otras, para llegar a ser la ciencia de los factores exógenos de la antisocialidad y de la prevención.

Criminología Sociológica es el nombre genérico con el cual se conocen aquellas teorías que hacen énfasis en el aspecto sociológico de la criminalidad. Se encuentran, particularmente, en obras de investigadores norteamericanos como SUTHERLAND, SCHAWMCKAY, COHEN, MATZA, CLOWARD Y OHLIN, SELLIN y otros.¹⁷

18. CRIMINOLOGÍA DEMOGRÁFICA

Criminología Demográfica es la que estudia el tamaño, el crecimiento y la distribución de la población antisocial, de sus características y de su desarrollo a través del tiempo, también estudia las conductas que no son antisociales de manera que puede imaginar o conocer algún problema que se dé en el futuro. Los datos a que la Criminología Demográfica se refiere son el análisis de la población, nivel de educación, condiciones familiares, condiciones sociales y sus efectos sociales y económicos en el grado de los problemas que se presentan o se pudieran presentar a causa de ciertas deficiencias en la población.¹⁸

¹⁶ V. Ib.

¹⁷ V. WAEL HIKAL (dir.) y FRANCISCO ISRAEL HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (coord.), *Criminología Sociológica*, Flores editor y distribuidor, México, 2017 y WAEL HIKAL, *Criminología Sociológica*, Seguridad y defensa, Panamá, 2016.

¹⁸ V. Ibid., Op. cit. (*Introducción al estudio de la Criminología*).

19. CRIMINOLOGÍA AMBIENTAL

“Las teorías ecológicas aseguran que el ambiente puede tener influencia decisiva en el comportamiento humano, así como de la criminalidad”.¹⁹ La Ecología en el área criminológica representa la influencia que el ambiente ejerce sobre la conducta del sujeto. Por lo tanto, existe la relación antisocial–ambiente. Es tendiente en cuanto a que la personalidad de un sujeto antisocial tiene su formación en múltiples factores y aspectos ambientales que lo circundan y que en su momento favorecen para que se desarrolle el fenómeno antisocial.

La Criminología Ambiental es el estudio de los factores climáticos que influyen en la realización de cierto tipo de conductas antisociales o delitos. Su interés está en los efectos del ambiente en la conducta humana. Se ocupa de las consecuencias de ciertos factores ambientales como el espacio, la estructura del escenario, el calor, el frío, el ruido, etcétera. Sobre la conducta antisocial, y que el criminólogo habrá de estudiar. Lo anterior tiene relación porque las personas responden a las variables del ambiente; por ejemplo, habrá personas a las que el calor les moleste o les agrade, lo mismo con el frío, y esas variables condicionarán su comportamiento. Las fuerzas externas estimulan a los individuos a actuar de cierta manera, ya sea realizando una conducta o evitándola.

20. CRIMINOLOGÍA TRANSCULTURAL

La Criminología Transcultural estudia las diferentes formas de manifestación antisocial de un grupo a otro, así como su estructura y funcionamiento. Se refiere al estudio de la antisocialidad de una ciudad a otra, de un Estado a otro, así como de un país a otro. Estudia el modo de operar de la antisocialidad a manera individual o grupal. Estudia las culturas de los diferentes lugares y compara la violencia de una cultura antisocial o criminal con otra. También estudia el desarrollo de las subculturas antisociales o criminales, de los factores ambientales o físicos que influyeron en su desarrollo.²⁰

21. CRIMINOLOGÍA FAMILIAR

La Criminología Familiar estudia los problemas familiares y cómo éstos influyen en la conducta de los individuos. Estudia la situación económica de la familia y sus consecuencias por la falta de atención a los hijos y cómo estos van desarrollando conductas antisociales por el abandono, así como un distanciamiento hacia los padres. También el ambiente familiar exhibe desajustes dinámicos que son reflejados en falta de autoridad y/o castigo excesivo para los hijos o para los demás miembros.²¹

¹⁹ CÉSAR SAN JUAN, *Et. al.*, “Foreign juvenile offenders in Germany, Italy, France and Spain theories, profiles and notes for a social policy”, *International Annals of Criminology*, Vol. 45, International Society of Criminology, Francia, 2007, p.81.

²⁰ V. WAEL HIKAL, *Op. cit.* (*Introducción al estudio de la Criminología*).

²¹ V. Ib.

El estilo de vida de una familia define de manera decisiva los patrones que sigue una persona para su estilo de vivir, vestir, hablar, beber y otras variadas formas de actuar diario de una persona.

22. CRIMINOLOGÍA EDUCATIVA

CÉSAR BECCARIA señalaba que: “el más seguro pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación, en vez de hacerlo por el incierto del mando y de la fuerza, por cuyo medio se obtienen sólo una disimulada y momentánea obediencia”²².

La Criminología Educativa se refiere a los procesos relacionados con la educación que tendrán influencia en las conductas antisociales, ya sea para evitarlas y/o controlarlas. Esta Criminología tiene como objetivo la prevención de la criminalidad o antisocialidad, ya que es en la escuela en donde se pueden detectar las conductas antisociales y darles pronto una solución, para con esto evitar que el sujeto se convierta en un antisocial en vez de alguien productivo para la sociedad.

Casos de estudio se pueden revisar en la obra: *Criminología Educativa*.²³

23. CRIMINOLOGÍA DE CONSEJERÍA SOCIAL

La Criminología de Consejería Social es el estudio de los problemas que se dan en el desarrollo de las relaciones sociales, así como problemas de adaptación. El objetivo de esta Criminología es la prevención de conflictos en la persona, ayudándolo a entenderlos y resolverlos. La responsabilidad del criminólogo será capacitar a las personas para responsabilizarse de sí mismos. Hacerlos ver sus habilidades y tener confianza en su propia capacidad y eliminar los sentimientos de ir en contra de la sociedad o de algún miembro de esta.

Lo anterior a la fecha es llevado a cabo con el título de “Métodos Alternos de Solución de Controversias” (MASC) los cuales proponen diversas formas de resolver un problema a fin de evitar que llegue a denuncia (y el pesado movimiento de la máquina penal) o que en el caso ya de la denuncia poder solucionar el asunto de formas más pacíficas, así como la justicia restaurativa; por ejemplo, mediante la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, entre otras herramientas que se puedan utilizar para el fin ya expresado.

24. CRIMINOLOGÍA LABORAL

La Criminología Laboral es la rama de la Criminología General dedicada al estudio de las conductas antisociales que pueda presentar alguna persona en el desarrollo o desde antes de realizar cierto tipo de trabajo. Importante aspecto a observar es también el de la violencia, en el medio laboral tiene expresiones di-

²² CÉSAR BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, 16^a ed., Porrúa, México, 2006, p. 129.

²³ WAEL HIKAL (dir.) y YADIRA CALIXTO CONTRERAS (coord.), *Criminología Educativa*, Flores editor y distribuidor, México, 2017.

versas: acoso, hostigamiento sexual, rechazo, discriminación salarial y contractual, así como relegación a tareas subordinadas y de servicio, entre otras.

La Criminología Laboral deberá utilizar distintas técnicas para detectar problemas:

- Detector de mentiras. Se ha determinado que los individuos tienen cambios fisiológicos al momento de estar ante una situación que los pone al descubierto sobre algo.
- Exámenes médicos. Permiten conocer con exactitud si un empleado puede de ser susceptible o no a uno o más tipos de enfermedades o sustancias tóxicas, y
- Historia personal. Se refiere al ámbito familiar, económico, de salud, educación, sociocultural, condiciones de la colonia, de la vivienda, etcétera.

Además se estudian las condiciones de estrés laboral, ya que el individuo se enfrenta a problemas como: Temperatura, humedad, ruido y vibraciones, iluminación y fuerzas de aceleración y desequilibrio, etcétera. El criminólogo-criminista tendrá que estudiar cómo estos factores influyen en el comportamiento de los trabajadores, si los estresa, si los pone violentos y el efecto que éstos tienen para dar lugar a las conductas antisociales.

25. CRIMINOLOGÍA DE LA SALUD

La Criminología de la Salud estudia cómo la salud psicológica y fisiológica de los seres humanos es influída por el ambiente.

Esta Criminología pretende mantener un adecuado estado de salud atendiendo o recomendando las necesidades que deben satisfacer los seres humanos: Dormir, comer, divertirse, tener un ambiente sano. Aquí habrá que tener la colaboración del psicólogo para que detecte las posibles consecuencias de los problemas psíquicos y físicos, y cómo estos tornan al individuo a un estado de agresividad o depresión. Ambos casos son de interés para la Criminología, ya que si se vuelven violentos, ésta será manifestada en diversos contextos de la vida del sujeto; y si se tornan depresivas, podrá autoagredirse con el suicidio, dejando víctimas tras su deceso (padres, hijos, esposa).

Lo anterior encuentra estrecha relación con la pirámide de necesidades propuesta por ABRAHAM MASLOW, en la que de acuerdo a la teoría, se deben cumplir ciertas etapas e ir escalando la pirámide, si no se logra superar la etapa anterior, el sujeto queda con desechos que le dificultan el avance adecuado, lo que lleva a una vida frustrada en diversas áreas de la vida social, afectiva, laboral, entre otras.

26. CRIMINOLOGÍA DEL ARTE

La Criminología del Arte estudia la manifestación de conductas antisociales por las expresiones artísticas (violencia, golpes, sangre, etcétera) así como el poder que estas expresiones tienen sobre otros individuos.

El artista elabora imágenes que son las representaciones pictóricas de la realidad,²⁴ ya que nosotros sólo descubrimos la realidad en el grado en que cristalizamos estas imágenes de lo desconocido; por ejemplo, cuántas veces no se ha deseado tener poderes o ser héroe o villano, ante la imposibilidad de eso se realiza una caricatura o un dibujo que representa lo que se quisiera ser, aquí interviene la proyección por parte de los dibujantes y la identificación de una parte de la sociedad (adultos o menores) con ese personaje. En otros casos se puede ver además de la proyección, la sublimación; basta ver cómo ciertas caricaturas contienen material violento, homicidios, lesiones, erotismo, bestialidad, etcétera. Según SIGMUND FREUD, “el problema de la expresión artística es su origen, ya que se encuentra en la fantasía inconsciente del artista, y dicha expresión proporciona disfraz de las represiones”²⁵.

27. CRIMINOLOGÍA INFORMÁTICA

La Criminología Informática implica un estudio bastante extenso sobre la Informática (medios electrónicos) y las conductas antisociales que se dan por el uso de un sistema electrónico como medio de comunicación. La Criminología Informática es una rama de la Criminología General dedicada al estudio de las conductas antisociales y de los delitos informáticos, ya que en la actualidad la sociedad guarda más información en soportes informáticos que en papel. Pretende prevenir y combatir las cada vez más frecuentes conductas antisociales que se pueden realizar a través de medios informáticos.

28. CRIMINOLOGÍA BIOLÓGICA

Para WERNER WOLFF “el organismo es una unidad en la que cualquier cosa que afecte el cuerpo también afecta la organización psicológica e, inversamente, cada cambio psíquico producirá el correspondiente cambio somático”²⁶.

La Criminología Biológica busca las bases fisiológicas del comportamiento anormal de los seres humanos que los predisponen a la antisocialidad. Investiga la causalidad física; es decir, la relación entre el hecho somático y la criminalidad o el comportamiento violento. Esto es algo complicado que requiere de estudios profundos.²⁷

El antecedente de ésta son los estudios de LOMBROSO, DI TULLIO, SHELTON y QUIROZ CUARÓN, entre otros, quienes estudiaban la anatomía y la fisiología de los delincuentes. Otro antecedente es la lobotomía o psicocirugía (que

²⁴ V. CARLOS PÉREZ VAQUERO, *Las malas artes*, Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses, España, s.f.

²⁵ Cit. pos. ADOLFO SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *Antología*, Universidad Autónoma de México, México, 1972, p. 39.

²⁶ WERNER WOLFF, *Introducción a la Psicopatología*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1976, pp. 44 y 45.

²⁷ ANTHONY WALSH & KEVIN M. BEAVER, *Biosocial Criminology*, Routledge Taylor & Francis, UK, 2008.

consiste en agredir las células conectoras de los lóbulos prefrontales) y la introducción de microelectrodos (que permitía el monitoreo y el control de la conducta).

Casos de estudio y revisiones teóricas pueden consultarse en la obra: *Criminología Biológica*.²⁸

29. CRIMINOLOGÍA DEL DEPORTE

El estudio del deporte y su relación con la Criminología está por demás realizado en la praxis pero poco sistematizado, esta ha de tener doble perspectiva: 1) el deporte como terapia para los delincuentes, y 2) los delitos que se comenten por parte de los deportistas así como sus “aficionados”.

Ya es un hecho familiar también (así como la criminalidad organizada que tenemos es común) el ir a un estadio de fútbol soccer por ejemplo y presenciar un sinfín de actos totalmente primitivos como lo señalaría LOMBROSO, riñas, lesiones, incendios, homicidios, muchedumbre delincuente, agresividad y violencia extrema, entre otros, si el fútbol es el deporte más ardiente en México y otros países latinoamericanos, no puede descartarse el fútbol americano, el hockey, la lucha libre, el basquetbol y otros deportes donde casi siempre ocurren actos agresivos por parte de la afición, además del fanatismo. Esto por un lado, por otro, los deportistas que recurren al consumo de drogas para lograr mejores efectos en el deporte, llevando a cabo prácticas deshonestas de competencia, además de las mismas lesiones y riñas que se puedan dar entre los jugadores. Así mismo, extraña es la justificación ¿legal? de la muerte y las lesiones en nombre de la diversión.

Aquí el criminólogo ha de observar, las causas de este fanatismo enfermizo que lleva a los anteriores a cometer este tipo de conductas, y por otro lado, conocer cómo el deporte sirve como rehabilitador de los delincuentes, terapia utilizada en muchos tipos de tratamientos.

30. CRIMINOLOGÍA ESPACIAL Y CRIMINALÍSTICA ESPACIAL (ASTRONOMÍA FORENSE)²⁹

Importante es considerar la jurisdicción, para el caso de los delitos que ocurren en los aviones, naves, barcos y demás vehículos extranjeros, la legislación internacional señala que se dará libertad de juzgar a la Nación a la que pertenezca dicha propiedad, ¿será lo mismo en el Espacio? **¿Hay legislación penal espacial?**

Se puede empezar cuestionando la analogía de los delitos que actualmente se tienen tipificados en la Tierra y llevarlos a un nivel extraterrestre, la primera pregunta podría ser: ¿si se comete un delito en el Espacio, se penalizará? ¿Quién lo juzgará? a esto se tiene de auxilio los documentos que publica la Organización de las Naciones Unidas que para el caso de los delitos internacionales en el que señala que se podrá juzgar de acuerdo a los tratados establecidos entre las Nacio-

²⁸ V. WAEL HIKAL (dir.) y OSVALDO TIEGHI (coord.), *Criminología Biológica*, Flores editor y distribuidor, México, 2017.

²⁹ V. WAEL HIKAL, “Criminología Espacial. Las conductas antisociales y delincuenciales fuera de la Tierra, *Derecho y cambio social*, núm. 25, año VIII, Perú.

nes y teniendo de referencia los documentos emitidos por la misma ONU a través de la Oficina de las Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Exterior,³⁰ de manera simple señala que la Nación podrá juzgar a su atacante bajo sus propias normas O que la Nación de la que proviene el agresor podrá también juzgarlo de acuerdo a los convenios que lleguen entre ambas o demás partes.

Entre otras preguntas están: ¿Qué ocurre si se da un delito (tipificado terrestre) en el Espacio? ¿Aplica las mismas sanciones? ¿Quién juzgará? pueden parecer preguntas simples, pero, ¿La territorialidad será la misma? Y ¿Existirán peritos criminalistas en asuntos espaciales? ¿Jueces para asuntos espaciales?

Por otro lado ¿Qué ocurre con el daño que se ocasiona a los planetas? ¿Se justifica que los estudios serán en beneficio de la humanidad? pero en el caso de un país a otro, si un extranjero arriba a este otro y toma recursos minerales o de otro tipo, si no es con un permiso, ocasiona problemas e incluso guerras (como en la antigüedad), ¿Quién autoriza extraer, explorar, observar la Lunas (satélites), Marte u otros planetas, ¿Quién autoriza traer rocas, arena, entre otras? ¿Quién limita el territorio explorado en otros Planetas e incluso en el completo Espacio? Ya ha quedado claro y comprobado que “no” somos la única forma de vida en el Universo...

También se tiene referencia acerca de la colisión entre satélites (contaminación espacial-ambiental) —¿Quién responderá y se encargará de limpiar esto? pues no es sencillo navegar por el Espacio como para ir recogiendo la basura que se deje, además si en la Tierra la legislación penal ambiental es pobre: ¿Qué se puede esperar en el Espacio?—; otro aspecto es que la legislación espacial señala que las Naciones no podrán poseer o adueñarse los Planetas y que toda investigación será para beneficio de la humanidad, pero qué ocurre con la laguna legal, pues no se excluye a los humanos u otras formas de vida; es decir, ¡ya hay! dueños humanos del Sol y la Luna por ejemplo.

Pasando a definir los conceptos, la Criminología Espacial debe conocer la legislación penal nacional e internacional aplicable a las actividades del Espacio, pero como toda Criminología deberá identificar las conductas no tipificadas y que previo a su legislación ocasiones actos antisociales derivados de la exploración de los planetas y demás cuerpos espaciales, así como el desplazamiento entre estos, efectos interiores, y además analizará las consecuencias y usos que se le puede dar al Espacio para cometer delitos desde éste.

31. CRIMINOLOGÍA JURÍDICO PENAL

Esta Criminología tiene por objeto el estudio (y lo relacionado con el proceso), exclusivamente referente a los delitos tipificados en la legislación, ya sea internacional, federal, estatal, así como las regionales o de las localidades especiales. Puede estar relacionada con la Criminología Comparada y el Derecho Comparado que analice las diversas legislaciones, la historia y evolución que han tenido los delitos a través del tiempo, su derogación, así como las diversas con-

³⁰ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA ASUNTOS DEL ESPACIO EXTERIOR, dirección en Internet: www.unoosa.org, Austria, 2011.

ductas y actos que se convierten en delitos o aquellos que dejen de serlo (motivos, justificación, perspectiva social).

32. CRIMINOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es importante analizar las constituciones e instrumentos específicos relacionados con los Derechos Humanos, desde el punto de partida que la violación a estos constituyen una conducta antisocial y delito, tal vez aun más importante que esperar a que un servidor público haga el acto de violación (comúnmente manifestada en golpes, lesiones, homicidio, abuso de autoridad, entre otros de éstos a los ciudadanos), podría analizarse también cuando los gobiernos ofrecen determinados Derechos, los cuales, en lugar de favorecer su puesta en práctica u ofrecimiento, los dificultan tanto, que criminalizan a los ciudadanos; por ejemplo, cuando se ofrece educación gratuita, servicios de salud, empleo, vivienda digna, igualdad de trato sin importar las condiciones de sexo, raza, religión, enfermedad, entre tantas condiciones más que definitivamente están a la luz pública su deterioro.

Por lo tanto, se define como el estudio de los Derechos Humanos cuando estos son violados, se extiende de las constituciones a los Derechos sobre áreas específicas, y las circunstancias que dieron lugar a su quebrantamiento.

Escritos al tema: “Criminología de los derechos humanos. La violación de los derechos humanos como factor criminógeno”, “Criminología de los Derechos Humanos. Desiderata para la prevención y control de la criminalidad”, “Criminología, derechos humanos y trabajo social”, “Derechos humanos y criminología: un vínculo ignorado”, entre otros, y la obra: *Criminología de los Derechos Humanos*.³¹

33. CRIMINOLOGÍA FEMENIL

El lado femenino ha sido olvidado o poco tratado en los textos, contando con escasos artículos o análisis de casos, cuando es un área de especial importancia derivada de la participación más activa de la mujer en los delitos, de cualquier edad y para diversas modalidades de conductas antisociales y delitos, puede ir desde el ya conocido aborto y prostitución, al robo, homicidio, secuestro, narcotráfico, tráfico de humanos, de órganos, entre otros.

Es una realidad que la criminalidad femenina ve en aumento, pero no solo eso, además se vuelve más compleja y con modalidades no vistas anteriormente, de ahí la importancia de la intervención de esta criminología, analizando de ma-

³¹ V. WAEL HIKAL, “Criminología de los derechos humanos. La violación de los derechos humanos como factor criminógeno”, *Iuris Tantum, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad de Anáhuac, año XXX, Cuarta época, núm 26, México, 2016, GINO RÍOS PATIO, “Criminología de los Derechos Humanos. Desiderata para la prevención y control de la criminalidad”, *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, num. 17, agosto-diciembre, México, 2016, WAEL HIKAL, *Criminología de los Derechos Humanos*, 2^a ed., Porrúa, México, 2013, MARÍA DANIELA PUEBLA, “Criminología, derechos humanos y trabajo social”, *Capítulo Criminológico*, vol. 37, núm. 3, Venezuela, 2009, y MARIO ARROYO JUÁREZ, “Derechos humanos y criminología: un vínculo ignorado”, *Economía, Sociedad y Territorio*, vol. III, núm. 11, enero-junio, México, 2002.

nera transversal cómo el género es determinante en las conductas delictivas, así como los factores y las dinámicas que les rodean.

Casos de estudio, de campo y revisiones teóricas se pueden encontrar en la obra: *Criminología Femenil*.³²

34. CRIMINOLOGÍA VIAL

JUAN ANTONIO CARRERAS ESPALLARDO apunta:

La criminología juega un papel importante en la accidentología vial, como ciencia que estudia el delito como fenómeno social e individual, e incluye básicamente el estudio de sus causas y la medición de su extensión; a la vez, que contribuye de forma decisiva a las formas de control y prevención del delito, o sea, a la Política Criminal (Serrano Maillo, 2009). Pero la criminología no solo se centra en la delincuencia en sentido estricto, sino que también actúa sobre las conductas antisociales y la reacción que provocan en el medio, lo que se conoce con el nombre de “comportamiento desviado”. El concepto más extendido y estudiado es el de “ciencia empírica (de la práctica) y multidisciplinar, que tiene por objeto el estudio del crimen, del delinquiente, de la víctima y del control social del comportamiento desviado del individuo”.³³

CARRERAS ESPALLARDO y JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ la crean y definen en el 2013 de la siguiente manera:

Es la disciplina criminológica encaminada al estudio y prevención de los delitos contra la seguridad vial, y a la resolución de todo conflicto que surja tras un siniestro vial (hecho de tránsito); actuando sobre los comportamientos delictivos o desviados dentro de las vías, a la restitución de la víctima a su estado original; haciendo hincapié en las formas de control social, tanto formal como informal y a la reacción social que causan los siniestros viales.³⁴

35. CRIMINOLOGÍA CIENTÍFICA

Es el conjunto de conceptos, teorías, resultados y métodos que se refieren a la criminalidad como fenómeno individual y social, al delinquiente, a la víctima, a la sociedad y en parte al sistema penal. Sus personajes son los investigadores criminológicos y deben por consecuencia poseer una enseñanza adecuada. La Criminología científica se manifiesta en libros, discusiones, publicaciones, ensayos, encuestas y proyectos. Actualmente, esta se lleva a cabo en institutos de formación o de investigación en las universidades o en gobierno. Se refiere a la investigación criminológica.

³² V. WAEL HIKAL (dir.) y MARTHA FABIOLA GARCÍA ÁLVAREZ (coord.), *Criminología Femenil*, Flores editor y distribuidor, México, 2016.

³³ JUAN ANTONIO CARRERAS ESPALLARDO, “Conceptualizando los siniestros viales desde la perspectiva de la Criminología Vial”, *Skopein*, año III, núm. 7, mayo, Argentina, 2015, p. 31.

³⁴ WIKIPEDIA CRIMINOLÓGICA, “Criminología Vial”, Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León, México, 2016, p. 73.

Casos de estudio, perspectivas y nociones, se encuentran en la obra: *Criminología Científica*.³⁵

36. CRIMINOLOGÍA DE LA PASARELA

Acuñada por JORGE ALBERTO PÉREZ TOLENTINO y se refiere a la creciente proliferación de organismos no gubernamentales y sus dirigentes, así como nuevos conferencistas, retoman el aspecto ortodoxo de los criminólogos clásicos respecto a la pasarela. Es una tendencia en crecimiento, que consiste, desafortunadamente en que más que ocuparse por aportar a la solución de problemas sociales, se enfocan en modelaje, poses para fotografía, dar autógrafos, engordar el currículum, hacerse de dinero y otros bienes desmoderadamente, vender imagen, morbo, alimentar el ego y las creencias falsas, ilusiones, entre otras estrategias, que fomentan el narcisismo criminológico.

37. CRIMINOLOGÍA DEL FENÓMENO POLICIAL

Parte de la Criminología que se encarga del estudio científico de la policía, vista en su orden gregario e individual. Tanto en las actividades de proximidad social como en las que se gestan en el núcleo de las corporaciones. En el aspecto institucional, con la creación de políticas abocadas al mejoramiento de las condiciones en las que se realiza el quehacer policiaco conforme a lo establecido por los protocolos de actuación; abarcando la capacitación, los procesos de investigación, reclutamiento, permanencia, percepción social, y vinculación, ciudadana. En la parte individual se trabaja directamente con el sujeto policía, reconociendo su integridad humana y su rol social; para fomentar la asertividad como forma de comunicación, fortalecimiento del espíritu de cuerpo, así como el combate y prevención de conductas de riesgo.

38. RESUMEN DE ALGUNOS TIPOS DE CRIMINOLOGÍAS ESPECÍFICAS

Criminología Ambiental * Criminología Biológica * Criminología Comparrada * Criminología Conductual * Criminología de Consejería Social * Criminología de la Paz * Criminología de la Personalidad * Criminología de la Policía * Criminología de la Prevención * Criminología de la Reacción Social * Criminología del Arte * Criminología de la Salud * Criminología de las Conductas Adictivas * Criminología del Deporte * Criminología del Desarrollo * Criminología del Fenómeno Policial * Criminología Demográfica * Criminología educativa * Criminología Espacial * Criminología Etiológica * Criminología Étnica * Criminología Familiar * Criminología Femenil * Criminología Infanto-Juvenil * Criminología Informática * Criminología Forense * Criminología Jurídica Penal * Criminología Laboral * Criminología Psiquiátrica * Criminología Radical

³⁵ V. WAEL HIKAL (dir.), JOSÉ MANUEL SERVERA RODRÍGUEZ (coord.), *Criminología Científica*, Flores editor y distribuidor, México, 2016.

* Criminología Socialista * Criminología Sociológica * Criminología Transcultural * Criminología Victimal * Criminología Transcultural * Criminología Unitaria * Criminología Corporativa * Criminología de Género * Criminología de la Discapacidad * Criminología de la Música * Criminología de la Prevención* Criminología de la Seguridad Nacional * Criminología de las Emociones * Criminología de las Nuevas Tecnologías * Criminología de las Protestas Sociales * Criminología de los Derechos Humanos * Criminología del Control Social * Criminología Práctica Municipal.³⁶

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO JUÁREZ, Mario, “Derechos humanos y criminología: un vínculo ignorado”, *Economía, Sociedad y Territorio*, vol. III, núm. 11, enero-junio, México, 2002.
- BECCARIA, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, 16^a ed., Porrúa, México, 2006.
- CARRERAS ESPALLARDO, Juan Antonio, “Conceptualizando los siniestros viales desde la perspectiva de la Criminología Vial”, *Skopein*, año III, núm. 7, mayo, Argentina, 2015.
- CASSEL, Elaine & BERNSTEIN, Douglas A., *Criminal Behavior*, 2nd ed., Routledge Taylor & Francis, UK, 2008.
- CHING CÉSPEDES, Ronald Lin, *Psicología Forense*, Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica, 2005.
- GÓMEZ TAGLE-LÓPEZ, Erick (coord.), *Criminologías Especializadas*, Asesoría de Diseños Normativos, México, 2014.
- HIKAL, Wael, PÉREZ TOLENTINO, Jorge Alberto y ROMERO MUÑOZ, Rogelio, “Censo de escuelas de Criminología, Criminalística, Victimología y afines en materia criminal en México”, dirección en Internet: https://drive.google.com/file/d/0B_cni943DKuqNVJSNVZFeXBQMFE/view Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León, México, 2016.
- HIKAL, Wael (dir.) y CALIXTO CONTRERAS, Yadira (coord.), *Criminología Educativa*, Flores editor y distribuidor, México, 2017.
- HIKAL, Wael (dir.) y GARCÍA MERCADER, Emilio José (coord.), *Victimología Criminal*, Flores editor y distribuidor, México, 2017.
- HIKAL, Wael (dir.) y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Francisco Israel (coord.), *Criminología Sociológica*, Flores editor y distribuidor, México, 2017.
- HIKAL, Wael (dir.) y HERRERA RODRÍGUEZ, Jacobo (coord.), *Criminología de la Personalidad Antisocial*, Flores editor y distribuidor, México, 2017.
- HIKAL, Wael (dir.) y PÉREZ TOLENTINO, Jorge Alberto (coord.), *Criminología de la Violencia*, Flores editor y distribuidor, México, 2017.

³⁶ V. WAEL HIKAL, JORGE ALBERTO PÉREZ TOLENTINO y ROGELIO ROMERO MUÑOZ, *Criminologías Específicas*, Flores editor y distribuidor, México, 2017, WAEL HIKAL, JORGE ALBERTO PÉREZ TOLENTINO y ROBERTO ALONSO RAMOS EROSA, *Libro negro de la enseñanza de la Criminología en México*, 2^a ed., Flores editor y distribuidor, México, 2016, y ERICK GÓMEZ TAGLE-LÓPEZ (coord.), *Criminologías Especializadas*, Asesoría de Diseños Normativos, México, 2014.

- HIKAL, Wael, PÉREZ TOLENTINO, Jorge Alberto y ROMERO MUÑOZ, Rogelio, *Criminologías Específicas*, Flores editor y distribuidor, México, 2017.
- WAEL Hikal (dir.) y TIEGHI, Osvaldo (coord.), *Criminología Conductual*, Flores editor y distribuidor, México, 2017.
- _____, *Criminología Clínica y Criminología Etiológica Multifactorial*, Flores editor y distribuidor, México, 2017.
- _____, *Criminología Biológica*, Flores editor y distribuidor, México, 2017.
- HIKAL, Wael (dir.) y HERRERA RODRÍGUEZ, Jacobo (coord.), *Criminología Experimental*, Flores editor y distribuidor, México, 2016.
- HIKAL, Wael (dir.) y MERCADO-JUSTINIANO, Gloriam Zaid (coord.), *Criminología Infanto-Juvenil*, Flores editor y distribuidor, México, 2016.
- HIKAL, Wael (dir.) y HERRERA RODRÍGUEZ, Jacobo (coord.), *Criminología Experimental*, Flores editor y distribuidor, México, 2016.
- Hikal, Wael (dir.) y SERVERA RODRÍGUEZ, José Manuel (coord.), *Criminología Científica*, Flores editor y distribuidor, México, 2016.
- HIKAL, Wael, PÉREZ TOLENTINO, Jorge Alberto y Ramos Erosa, Roberto Alonso, *Libro negro de la enseñanza de la Criminología en México*, 2^a ed., Flores editor y distribuidor, México, 2016.
- HIKAL, Wael, *Criminología Sociológica*, Seguridad y defensa, Panamá, 2016.
- _____, *Criminología Psicológica*, 2^a ed., 1^a reimp., Porrúa, México, 2016.
- _____, *Introducción al estudio de la Criminología*, 3^a ed., 1^a reimp., Porrúa, México, 2016.
- _____, *Glosario de Criminología, Criminalística y Victimología Criminal*, 2^a ed., Flores editor y distribuidor, México, 2015.
- _____, *Criminología etiológica-multifactorial*, 2^a ed., Flores editor y distribuidor, México, 2015.
- _____, “Criminología Espacial. Las conductas antisociales y delincuenciales fuera de la Tierra”, *Derecho y cambio social*, núm. 25, año VIII, Perú, 2013.
- _____, *Criminología de los Derechos Humanos*, 2^a ed., Porrúa, México, 2013.
- Oficina De Las Naciones Unidas Para Asuntos Del Espacio Exterior, dirección en Internet: www.unoosa.org, Austria, 2011.
- PÉREZ VAQUERO, Carlos, *Las malas artes. Crimen y pintura*, Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses, España, s.f.
- PUEBLA, María Daniela, “Criminología, derechos humanos y trabajo social”, *Capítulo Criminológico*, vol. 37, núm. 3, Venezuela, 2009.
- RÍOS PATIO, Gino, “Criminología de los Derechos Humanos. Desiderata para la prevención y control de la criminalidad”, *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, num. 17, agosto-diciembre, México, 2016.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminología*, 18^a ed. Porrúa, México, 2003.
- SAN JUAN, César, *Et. al.*, “Foreign juvenile offenders in Germany, Italy, France and Spain theories, profiles and notes for a social policy”, *International Annals of Criminology*, Vol. 45, International Society of Criminology, Francia, 2007.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo, *Antología*, Universidad Autónoma de México, Méjico, 1972.

- TIEGHI, Osvaldo, *Reflexología Criminal*, Astrea, Argentina, 1974.
- WALSH, Anthony & BEAVER, Kevin M., *Biosocial Criminology*, Routledge Taylor & Francis, UK, 2008.
- Wikipedia Criminológica, “Criminología Vial”, Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León, México, 2016.
- WOLFF, Werner, *Introducción a la Psicopatología*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

VISIÓN JURÍDICA DEL NARCOTRÁFICO EN MÉXICO

BLANCA IVONNE OLVERA LEZAMA*

RESUMEN

El narcotráfico es uno de los problemas más importante que tiene México, es una actividad que se ha formado por Carteles y Bandas, derivando en una delincuencia organizada, el Narcomenudeo es la forma de hacerlo llegar a los consumidores constituyendo un mercado cuyo cliente principal es EU por lo que aquí se presenta una visión jurídica desde su tipificación y sanción, así como las acciones que el gobierno mexicano ha realizado para su erradicación.

Palabras clave: Narcotráfico, narcomenudeo, drogas, delitos, farmacodependencia, delincuencia,

ABSTRACT:

Drug trafficking is one of the most important problems in Mexico, it's an activity that has been formed by cartels and bands, resulting in organized crime. The "narcomenudeo" is the way to make it reach consumers by creating a market in which the main customer is United States of America. So here we present a vision of the matter since its classification and sanction, as well as the actions that the Mexican government has carried out for its eradication.

Keywords: Drug trafficking, "narcomenudeo", drugs, crime, drug dependence, delinquency

El narcotráfico es una actividad ilegal que se realiza en todo el mundo, en México ocupa el primer lugar, seguido del tráfico de armas, la trata de personas y el huachicoleo,¹ el *Informe Mundial sobre las Drogas 2016*, que realizó la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), determinó que en 2014, a nivel mundial *1 de cada 20 adultos, es decir, alrededor de 250*

Recibido: 16/06/17 Aprobado: 20/07/17

* Licenciada en Derecho por la UNAM, maestra y doctoranda en Administración Pública por la Universidad Anáhuac México. ivoncita_olez@hotmail.com

¹ A juicio de la autora es la actividad de personas, que mediante la construcción de surcos o "huachos" en el piso, por donde pasan los ductos de Petróleos Mexicanos (PEMEX), extraen hidrocarburos, para apoderarse ilícitamente de los mismos y después venderlos clandestinamente en México.

*millones de personas de entre 15 y 64 años, consumieron por lo menos una droga en 2014,*² la más popular es la marihuana (cannabis), en 2014 sumo 183 millones consumidores, siendo la droga de consumo más frecuente, seguida de las anfetaminas, en el mismo tenor los opiáceos y opioides sujetos a prescripción médica, se estiman en 33 millones de consumidores, por lo que hace a la heroína se deduce que el consumo aumentó en EU siendo México su principal proveedor, porque su incautación así como el de la morfina aumentó de un promedio de 4 toneladas en el período 1998-2008 a 7 toneladas anuales en el período 2009-2014, lo que está en consonancia con el aumento de la producción de opio en América Latina durante esos períodos.³

Las drogas son un negocio, que se sujetan a los mercados de la ley oferta y demanda, en cuestiones de narcotráfico tenemos que México se encuentra inserto en la producción y Estados Unidos en el consumo, *el delincuente de aquí y de allá, de este lado y de aquél, y con ambos el de acullá, se entienden se complementan, hablan el mismo idioma mercenario, porque en donde quiera que existan farmacodependientes, estos sostendrán a los traficantes,*⁴ John Bailey señala en su libro *Crimen e Impunidad*, que las organizaciones de tráfico de drogas se dividen en tres;

La Red Alfa que posee recursos para dirigir el contrabando transnacional de drogas, recurriendo mayormente a la evasión y a la corrupción representada por los Carteles de Sinaloa (Joaquín Guzmán Loera —Chapo—, Ismael Zambada García y Juan José Esparragoza), Los Zetas (conformado por desertores militares de élite) y los del Golfo (Osiel Cárdenas); el segundo la Red Beta contiene bandas territoriales, más numerosas y mejor armadas operan a nivel urbano o regional, aquí se encuentran la Banda de Juárez, la Banda de Tijuana liderada por Arellano Félix, La Familia Michoacana y la del Pacífico del Sur, que sobrevivió a la ruptura de los Beltrán Leyva; por último están los grupos Gamma que son pequeñas bandas que operan a nivel de barrio o calle, dedicadas al narcomenudeo se calculan 64, cómo células desbandadas de los grandes Carteles.⁵

el Chapo señalado como el más importante capo del narco, después de ser el protagonista de tres fugas de los centros penitenciarios de México, fue capturado por las autoridades mexicanas y extraditado a Estados Unidos, el 17 de enero de 2017,⁶ el Chapo anteriormente manifestó: “*El día que yo no exista no va a mermar lo que es nada el tráfico de droga*”,⁷ lo que hace pensar que el narcotráfico tiene raíces muy profundas en México, en el mismo contexto el Chapo

² INFORME MUNDIAL SOBRE LAS DROGAS 2016, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), https://www.unodc.org/doc/wdr2016/WDR_2016_ExSum_spanish.pdf, México pág. ix.

³ Cf: INFORME MUNDIAL SOBRE LAS DROGAS 2016, *op. cit.*, pág.8.

⁴ QUIROZ CUARÓN, ALFONSO, *Medicina Forense*, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 832.

⁵ BAILEY, JOHN. *CRIMEN E IMPUNIDAD, LAS TRAMPAS DE LA INSEGURIDAD EN MÉXICO*. Editorial DEBATE, Primera edición. México 2014 pág.162 a 165.

⁶ CNN. ‘EL CHAPO’ GUZMÁN ES EXTRADITADO A ESTADOS UNIDOS, <http://cnnespanol.cnn.com/2017/01/19/el-chapo-guzman-es-extraditado-estados-unidos/>

⁷ SDPnoticias.com. VIDEO: ‘El Chapo’ entrevistado por Sean Penn y Kate del Castillo, <http://www.sdpnoticias.com/internacional/2016/01/09/video-el-chapo-entrevistado-por-sean-penn-y-kate-del-castillo.> 9 enero 2016.

también expresó, “yo distribuyo más heroína, metanfetaminas, cocaína y marihuana que nadie en el mundo; tengo una flota de submarinos, aviones, camionetas y barcos”,⁸ por ello se deduce que atrás del Chapo aun estando en una cárcel norteamericana, existe una empresa de delincuencia organizada que sigue operando, lo que ha dado como resultado una batalla entre los herederos del negocio con otros Carteles, un referente lo tenemos con este tipo de noticias en que la Secretaría de Gobernación (Segob), reconoció que el aumento de violencia en el estado de Colima, es por la disputa de puntos estratégicos entre el Cártel de Jalisco Nueva Generación (CJNG), que lidera Rubén Oseguera Cervantes, El Mencho, y el de Sinaloa, de los hijos de Joaquín, El Chapo, Guzmán⁹ así la guerra entre narcos por el dominio de territorios en toda la república mexicana se ha desatado, generando diversos delitos de alto impacto como el homicidio y la trata de personas o problemas de migración y corrupción, por ser un negocio ilícito en el que se ven involucrados intereses tanto de las autoridades como de la misma sociedad, por las grandes sumas de dinero que generan, cabe mencionar que los delitos contra la salud son considerados graves por la normatividad mexicana y merecen prisión preventiva de oficio tal y como lo señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 19;

Artículo 19.... El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud...¹⁰

La venta de drogas en México empieza con el narcomenudeo, ya que existe el consumo entre la población en general, que comprende todas las edades, géneros y condición social, lo que trae como consecuencia no solo el incremento de actividades delictivas, sino problemas de salud como las adicciones, por ejemplo *la marihuana no se expende por kilogramo a los jóvenes sino solo a “los mayoristas”*. Estos las empaquetan en pequeños envoltorios denominados “carrujos”, “guatos” o “cartones” de aproximadamente 30 gramos que a su vez contienen la cantidad suficiente de marihuana para forjar de 15 a 20 cigarrillos,¹¹ en este contexto hay que observar lo dispuesto en la Ley de Narcomenudeo y en la Ley General de Salud que en su artículo 479, indica la Tabla, que constituye la relación de narcóticos y la orientación de dosis máxima de consumo personal e inmediato, que sirve para identificar las cantidades en cuando a narcomenudeo:

⁸ MILENIO, Redacción, http://www.milenio.com/politica/Poseo-submarinos-camiones-aviones-Chapo_0_662333775.html. 10 enero 2016.

⁹ MUEDANO, MARCOS, EXCELSIOR, ‘El Mencho’ e hijos de ‘El Chapo’ se disputan Colima: Segob, <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/05/31/1166836>, 31 mayo 2017

¹⁰ Cfr. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Editorial Porrúa, 175^a edición , México 2015, pág. 35

¹¹ LAMOGLIA RUÍZ, ERNESTO, *Mercadotecnia de las Drogas en México*, citado por QUIROZ CUARÓN, ALFONSO, *Medicina Forense*, Editorial Porrúa, México, 2001, pág.832.

- *Opio 2 gr.*
- *Diacetilmorfina o Heroína 50 mg.*
- *Cannabis Sativa, Indica o Marihuana 5 gr.*
- *Cocaína 500 mg.*
- *Lisergida (LSD) 0.015 mg.*
- *Polvo, granulado o cristal Tabletas o cápsulas*
- *MDA, Metilendioxianfetamina 40 mg. Una unidad con peso no mayor a 200 mg.*
- *MDMA, dl-3,4-metilendioxi-ndimetilfeniletilamina 40 mg. Una unidad con peso no mayor a 200 mg.*
- *Metanfetamina 40 mg. Una unidad con peso no mayor a 200 mg*

En el mismo tenor el artículo 475, establece las penas y sanciones al respecto; *prisión de 4 a 8 años y de 200 a 400 días multa, a quien sin autorización comercie o suministre, aun gratuitamente, narcóticos previstos en la tabla, en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por 1000 el monto de las previstas en dicha tabla. Si la víctima es menor de edad o incapaz la pena será de 7 a 15 años de prisión y de 200 a 400 días multa.*¹² Así las cosas el artículo 473, expresa que los efectos de los Delitos Contra la Salud en su modalidad de narcomenudeo, se entenderán los conceptos siguientes:¹³

- I. Comercio: la venta, compra, adquisición o enajenación de algún narcótico;
- II. Farmacodependencia: Es el conjunto de fenómenos de comportamiento, cognoscitivos y fisiológicos, que se desarrollan luego del consumo repetido de estupefacientes o psicotrópicos de los previstos en los artículos 237 y 245, fracciones I a III, de esta Ley;
- III. Farmacodependiente: Toda persona que presenta algún signo o síntoma de dependencia a estupefacientes o psicotrópicos;
- IV. Consumidor: Toda persona que consume o utilice estupefacientes o psicotrópicos y que no presente signos ni síntomas de dependencia;
- V. Narcóticos: los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen esta Ley, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia;
- VI. Posesión: la tenencia material de narcóticos o cuando éstos están dentro del radio de acción y disponibilidad de la persona;
- VII. Suministro: la transmisión material de forma directa o indirecta, por cualquier concepto, de la tenencia de narcóticos, y...

La farmacodependencia, como adicción a las drogas,¹⁴ deriva en alteraciones de la conducta de quienes consumen sustancias, ya que estas al ser introducidas

¹² DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, llamada LEY NARCOMENUDEO, publicado en el Diario oficial de la Federación el 20 de agosto de 2009.

¹³ *Idem*

¹⁴ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <http://dle.rae.es/?id=HdPRcsP>, 6 junio 2017.

en el organismo, afectan el sistema nervioso central,¹⁵ la necesidad de consumo o el apetito del alma por las drogas se complementa con el apetito de la ambición del dinero fácil,¹⁶ lo que provoca delitos como el robo, lesiones, abuso de confianza, fraudes, entre otros, independientemente del deterioro físico en la salud, resultando un tema de seguridad pública, por ello en busca de soluciones para abatir y erradicar el narcotráfico en el año 2008, EU y México suscriben un pacto de cooperación; la Iniciativa Mérida, en la que realizan un reconocimiento de las responsabilidades compartidas de ambas naciones con el fin de contrarrestar la violencia ocasionada por las drogas que amenaza a los ciudadanos en ambos lados de la frontera...la cooperación bilateral en materia de seguridad, ha proporcionado apoyo tangible a las instituciones mexicanas de seguridad y judiciales y ha impulsado los esfuerzos de los Estados Unidos para detener el tráfico de armas, dinero y demanda de drogas,¹⁷ hoy en día Donald Trump Presidente número 45, de los Estados Unidos Americanos, tiene una nueva propuesta para acabar con el narcotráfico entre México y EU, consistente en la creación de un muro, que sea pagado por los mexicanos para dividir las fronteras de ambos países, lo que ha suscitado diversas manifestaciones sobre el pago por la construcción de dicho muro, como la del Doctor Diego Valades Ríos, quien conforme al más estricto Derecho expresó; si quieren hacer un muro o muchos es su decisión, no podemos inferir. Decir que no lo construyan no tiene gran relevancia. No se nos puede imponer el pago de algo que no debemos. Ningún particular puede decir mi vecino es mi deudor, ninguna persona puede imponer el carácter de deudor. No lo vamos a pagar porque no lo hemos contratado,¹⁸ más que la controversia de quién pagara el muro, y limitando esta visión al objetivo de acabar con el problema del narcotráfico, se infiere que la creación del muro, no acabara con el problema de drogas existente entre ambos países, porque abriría que acabar tanto con la oferta de venta de drogas por parte de México, como por la demanda de consumo por parte de EU, así lo manifestó en un foro celebrado en la Universidad George Washington, en esta capital, el general John Kelly, secretario de Seguridad Interior del gobierno de Trump, reconoció que México es un "gran aliado", pero también un país que sufre las secuelas del consumo de drogas de los estadounidenses,¹⁹ otra propuesta se dio en 2015, respecto a la legalización de la marihuana, derivada en la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de México aprobó este el uso recreativo de la marihuana, una decisión considerada como histórica en el país. El fallo de los ministros, sin

¹⁵ Cf. PREVENCIÓN, DETECCIÓN Y CONSEJERÍA EN ADICCIONES PARA ADOLESCENTES Y ADULTOS EN EL PRIMER NIVEL DE ATENCIÓN, http://www.conadic.salud.gob.mx/pdfs/bole_interes.pdf, pág. 13.

¹⁶ QUIROZ CUARÓN, ALFONSO, *Medicina Forense*, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 832 y 833.

¹⁷ Cf. INICIATIVA MERIDA, EMBAJADA Y CONSULADOS DE ESTADOS UNIDOS EN MÉXICO, <https://mx.usembassy.gov/es/nuestra-relacion/temas-bilaterales/iniciativa-merida/>

¹⁸ MILENIO, POLÍTICA, Redacción, *México Equivocado Argumentos No Pagar Muro Diego Valades* http://www.milenio.com/politica/mexico-equivocado-argumentos-no_pagar_muro-diego_valades-donald_trump-milenio_0_903509659.html, México, 15 febrero 2017.

¹⁹ ESQUIVEL, J. JESÚS, PROCESO, *México sufre por el gran consumo de drogas en EU: John Kelly*, <http://www.proceso.com.mx/482731/mexico-sufre-gran-consumo-drogas-en-eu-john-kelly>, 18 abril 2017

embargo, beneficia sólo a cuatro personas integrantes de la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante (SMART). El grupo está integrado por Francisco Torres Landa, Lisa Sánchez, Pablo Girault y Armando Santacruz, que promovieron un amparo contra la prohibición legal para sembrar y consumir su propia marihuana. Para que la sentencia de la Corte se extienda a todo el país es necesario que los ministros emitan el mismo veredicto en otros cuatro casos, en condiciones prácticamente iguales a las de ahora. Armando Santacruz, uno de los demandantes que dio pie a esta decisión de la Suprema Corte, dice que “es una cuña que se mete en una grieta y lo más difícil era crear la grieta, y la grieta ya se creó”. “El ‘narcomenudeo’ es un gran generador de violencia en México y en el momento en que pierde valor el mercado, pues también las luchas son directamente proporcionales al valor del mercado que se está disputando y creemos que entonces puede bajar la violencia”,²⁰ sin embargo el ejercicio de despenalizar el uso de drogas, no es nuevo, ya que por un lapso corto de tiempo en 1939 el Presidente Lázaro Cárdenas, en un ejercicio soberano legalizó el uso de drogas en México para evitar arrojar a los adictos a las manos de los narcotraficantes,²¹ así Manuel Tello, Consejero del Servicio Exterior Mexicano, ante la XXIV Sesión de la Comisión Consultiva del tráfico de Opio y Otras Drogas nocivas, celebrada en 1939 en Ginebra, Suiza, sostuvo:

“En México nos disponemos a poner en vigor una nueva reglamentación para el tratamiento de los toxicómanos, de acuerdo con la cual estos quedan sometidos al control y vigilancia médica pudiendo adquirir la cantidad de droga que les prescriban en el comercio legal mediante la autorización que les proporcionen, ya sean los médicos particulares o los dispensarios oficiales, en todo caso bajo vigilancia de las autoridades en toxicomanía.

Seguramente que el problema de toxicomanía no queda resuelto como no ha quedado en ningún país del mundo, pero si parece posible que el tráfico ilícito sea suficientemente quebrantado de modo que el traficante sea excluido y desapareciendo así uno de los principales factores que se reconocen para la toxicomanía”²²

La propuesta del grupo SMART, de legalizar el uso de la marihuana es buena tratándose de acabar con la oferta y la demanda, sin embargo el problema del narcotráfico no se limita a la marihuana, sino a otras drogas como la heroína, la morfina, la cocaína y las llamadas sintéticas, que evolucionan en sus componentes químicos día con día volviéndose más dañinas al consumo humano, y si bien es cierto el narcotráfico es un asunto de mercado también lo es de salud y

²⁰ NÁJAR, ALBERTO Y PAULLIER, JUAN, BBC Mundo, *México abre la puerta a la legalización de la marihuana*, http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/11/151104_mexico_marihuana_legalizacion_ludico_an, 4 noviembre 2015

²¹ Cfr. ENCINAS, RODRÍGUEZ ALEJANDRO, *Drogas y Poder*, Publicación de la Fundación para el Fortalecimiento de los Gobiernos Locales A.C. México, 2016, pág. 12.

²² Transcripción del informe sobre la XXIVa. Sesión de la Comisión Consultiva del Tráfico de Opio y otras Drogas Nocivas, formulado por el C. Manuel Tello, Consejero del Servicio Exterior Mexicano. Ginebra Suiza, 1939. Archivo Histórico de la Secretaría de Relaciones Exteriores del Gobierno de México. Citado por . ENCINAS, RODRÍGUEZ ALEJANDRO, *Drogas y Poder*, Publicación de la Fundación para el Fortalecimiento de los Gobiernos Locales A.C. México, 2016, pág 12

de seguridad porque *uno de los problemas criminológicos más graves, y que ha tomado proporciones epidemiológicas, es el de la utilización no médica de fármacos, así como de otros tóxicos*,²³ las drogas han sido utilizadas desde el principio de los tiempos con fines curativos, el emblemático médico griego de Pergamo Galeno hizo su famosa triaca con 60 sustancias, entre ellas el opio, para curar el dolor de cabeza de Marco Aurelio, pero Galeno mismo afirmó también que el opio tiene la propiedad de dañar al cerebro, si se usa en demasía,²⁴ en el mismo orden de ideas desde el siglo pasado el doctor francés Luís Felipe Pinel, llamado *Padre de la Psiquiatría* señaló con certeza que las drogas crean hábito y dependencia tiránica.²⁵

BIBLIOGRAFÍA

I. Legislación Consultada.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, 175^a edición , México 2015.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, llamada LEY NARCOMENUDEO, publicado en el Diario oficial de la Federación el 20 de agosto de 2009.

Transcripción del informe sobre la XXIVa. Sesión de la Comisión Consultiva del Tráfico de Opio y otras Drogas Nocivas, formulado por el C. Manuel Tello, Consejero del Servicio Exterior Mexicano. Ginebra Suiza, 1939. Archivo Histórico de la Secretaría de Relaciones Exteriores del Gobierno de México. Citado por ENCINAS, RODRÍGUEZ ALEJANDRO, Drogas y Poder, Publicación de la Fundación para el Fortalecimiento de los Gobiernos Locales A.C. México, 2016,

II. Obras Consultadas.

BAILEY, John. *Crimen e Impunidad, Las Trampas le La Inseguridad en México.* Editorial Debate, Primera edición. México 2014.

ENCINAS, RODRÍGUEZ, Alejandro, Drogas y Poder, Publicación de la Fundación para el Fortalecimiento de los Gobiernos Locales A.C. México, 2016.

LAMOGLIA RUIZ, Ernesto, *Mercadotecnia de las Drogas en México*, citado por QUIROZ CUARÓN, Alfonso, *Medicina Forense*, Editorial Porrúa, México, 2001

QUIROZ CUARÓN, Alfonso, *Medicina Forense*, Editorial Porrúa, México, 2001

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luís, Criminología, Editorial Porrúa, México, 2011.

III. Otras Fuentes.

CNN. ‘El Chapo’ Guzmán es extraditado a Estados Unidos, <http://cnnespanol.cnn.com/2017/01/19/el-chapo-guzman-es-extraditado-estados-unidos/>

²³ RODRÍGUEZ, MANZANERA LUÍS, CRIMINOLOGÍA, Editorial Porrúa, México, 2011, pág.517

²⁴ Cf. QUIROZ CUARÓN, ALFONSO, *Medicina Forense*, Editorial Porrúa, México, 2001, pág.800

²⁵ Idem, pág.803

- ESQUIVEL, J. Jesús, PROCESO, *México sufre por el gran consumo de drogas en EU: John Kelly*, <http://www.proceso.com.mx/482731/mexico-sufre-gran-consumo-drogas-en-eu-john-kelly>, 18 abril 2017
- INFORME MUNDIAL SOBRE LAS DROGAS 2016, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), https://www.unodc.org/doc/wdr2016/WDR_2016_ExSum_spanish.pdf, México
- INICIATIVA MERIDA, EMBAJADA Y CONSULADOS DE ESTADOS UNIDOS EN MÉXICO, <https://mx.usembassy.gov/es/nuestra-relacion/temas-bilaterales/iniciativa-merida/>
- MILENIO, Redacción, http://www.milenio.com/politica/Poseo-submarinos-camiones-aviones-Chapo_0_662333775.html. 10 enero 2016.
- MILENIO, POLÍTICA, *Redacción, México Equivocado Argumentos No Pagar Muro Diego Valades* http://www.milenio.com/politica/mexico-equivocado-argumentos-no_pagar_muro-diego_valades-donald_trump-milenio_0_903509659.html, México, 15 febrero 2017.
- MUEDANO, Marcos, EXCELSIOR, ‘El Mencho’ e hijos de ‘El Chapo’ se disputan Co-lima: Segob, <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/05/31/1166836, 31 mayo 2017>
- NÁJAR, Alberto y PAULLIER, Juan, BBC Mundo, México abre la puerta a la legalización de la marihuana, http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/11/151104_mexico_marihuana_legalizacion_ludico_an, 4 noviembre 2015
- PREVENCIÓN, DETECCIÓN Y CONSEJERÍA EN ADICIONES PARA ADOLESCENTES Y ADULTOS EN EL PRIMER NIVEL DE ATENCIÓN, http://www.conadic.salud.gob.mx/pdfs/bole_interes.pdf,
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <http://dle.rae.es/?id=HdPRcsP>, 6 junio 2017.
- SDPnoticias.com. Video: ‘El Chapo’ entrevistado por Sean Penn y Kate del Castillo, <http://www.sdpnoticias.com/internacional/2016/01/09/video-el-chapo-entrevistado-por-sean-penn-y-kate-del-castillo>. 9 enero 2016.

EMPRESAS INTEGRADORAS EN MÉXICO

YESSICA ELIETTE PANDO ROSAS*

RESUMEN

La constitución de empresas integradoras es un mecanismo establecido por el gobierno, para proporcionar servicios especializados a las asociadas en la integradora, y con ello fortalecer el crecimiento de las MPyMES, para consolidar su presencia en el mercado interno e incrementar su aparición en los mercados de exportación. Tiene personalidad jurídica propia y su capital social se constituye por acciones que suscriben cada uno de sus socios, hasta un máximo de 30%

Palabras clave: Empresa integradora, asociadas, MPyMES, Economía, Instituto Nacional del Emprendedor.

ABSTRACT

The incorporation of integrating companies is a mechanism established by the government, to provide specialized services to the associates in the integrator, and thereby strengthen the growth of MPyMES, to consolidate its presence in the domestic market and increase its appearance in the markets of export. It has its own legal personality and its share capital is constituted by shares subscribed by each of its partners, up to a maximum of 30%.

Key words: *integrating company, associates, MPyMES, Economy, National Institute of Entrepreneurs.*

* Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México, ypando@anahuac.mx

1. ANTECEDENTES

1.1 LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN MÉXICO (MPYMEs)

En los últimos años ha crecido la participación de las MPyMEs en cuanto al número de unidades económicas, empleo, e ingresos, aún y cuando la mayoría de los micro-negocios opera en condiciones muy precarias.¹

Entre 1988 y 1993 el total de empresas a nivel nacional aumentó en 67% y el personal empleado por las mismas se incrementó en 45.2%. Por lo que respecta a las microempresas con dos empleados o menos fue el que más proliferó debido al aumento de desempleo,² sobretodo en el sector comercio donde, en la mayoría de los casos, las personas se autoempleaban, lo que desde luego siempre ha reflejado la llamada economía informal. Por lo que respecta al sector manufacturero, donde a pesar de que se había incrementado su participación, representaba solo el 7% del personal empleado y el 4% de ingresos.

Al contrario en el sector de servicio, durante 1993, las microempresas representaban el 97% de las unidades económicas, el 40% de los ingresos y el 58% de personal empleado.³

Durante el sexenio de Carlos Salinas de Gortari, para apoyar la permanencia y consolidación de dichas empresas se expidió el decreto de creación de empresas integradoras (publicado en el Diario Oficial el 7 de mayo de 1993).

1.2 ITALIA, INSPIRACIÓN PARA MÉXICO EN REGULACIÓN PARA LA CREACIÓN DE EMPRESAS INTEGRADORAS

En Italia, a raíz de una crisis económica política y social iniciada en 1974, implementaron un sistema de desarrollo industrial. En este sistema, se tuvo a las pequeñas empresas como base importante. Para su desarrollo complementó elementos tales como el individualismo, la creatividad e iniciativa, lo que trajo como consecuencia la transformación de regiones enteras, tanto del noreste, como del centro y sur del país.

Según Andrea Saba, las condiciones que permitieron hacer posible su proceso de desarrollo industrial fueron una considerable cantidad de trabajadores altamente calificados; una escala móvil de salarios, la existencia de grandes conflictos sindicales, una tradición centenaria de microempresas que producían artículos de muy alta calidad para mercados de gran poder adquisitivo y grandes trabajadores en el ámbito de la mecánica.

En esos tiempos las grandes empresas buscaban reducir su planta laboral para bajar los costos, condiciones en las cuales los trabajadores más calificados

¹ RUEDA PEIRO Isabel; *Las empresas Integradoras en México*; Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V.; 1^a edición; México 1997; p. 11.

² RUEDA PEIRO Isabel; *op. cit.*, p.53.

³ *Ibidem*, p.57.

se independizaban de las empresas, y con su experiencia crearon pequeñas con altos recursos tecnológicos para elaborar productos y suministrarlos a las empresas de donde provenían.

Otros sectores que conforman la micro y pequeña empresa en Italia lo son los productores de vestido, muebles, zapato y otros derivados de la piel considerados artículos de alta calidad que pueden exportarse a países con un poder adquisitivo mayor. Estos productores, en su mayoría, conforman a las micro y pequeñas empresas que frecuentemente son familiares que maquilan para los grandes diseñadores italianos y de otros países europeos que venden el producto con su prestigiada y costosa marca, lo que constituye un claro ejemplo del desarrollo de la industria en Italia.⁴

En el proceso de desarrollo industrial, el gobierno de Italia proporcionó su apoyo en lo tocante a la creación de obras de infraestructura, información y capacitación para mejoras tecnológicas, así como la promoción de financiamientos a bajas tasas y con intereses fijos. Todo ello se encuentra plasmado en la Ley Sabatini, pues gracias a ella los micro y pequeños empresarios podían adquirir maquinaria, asesoría técnica y capacitación de los productores de estos equipos, para lo cual recibían préstamos bancarios a cinco años y bajos intereses, que garantizaba el propio gobierno.⁵

Las empresas integradoras, en Italia, surgieron para auxiliar a las micro y pequeñas empresas en cualquiera de las actividades en que se desarrollarán, para esto el gobierno utilizó un financiamiento que le otorgó la Comunidad Europea por un monto de cien millones de dólares, destinados única y exclusivamente a organizar formas de asistencia para el mejoramiento de la productividad de las pequeñas empresas. Este programa comenzó en el sector artesanal, con la cooperación de las confederaciones nacionales de artesanía.

2. EMPRESAS INTEGRADORAS EN MÉXICO

2.1 DECRETO PRESIDENCIAL DEL 7 DE MAYO DE 1993.

De acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo (1989-1994), al Plan Nacional de Modernización Industrial y del Comercio Exterior (1990-1994), al Plan Nacional para la Modernización y Desarrollo de la Industria Micro, Pequeña y Media (1991-1994), los objetivos a seguir en la creación de empresas integradoras consistían en obtener el mejoramiento productivo de las estructuras económicas nacionales, propiciar un desarrollo industrial más equilibrado, impulsar la modernización de las formas tradicionales de producción de las empresas micro, pequeñas y medianas, a través de la organización interempresarial para la formación de empresas integradoras de industrias de las categorías antes referidas, en ramas y regiones con potencial exportador.

⁴ RUEDA PEIRO Isabel; *op. cit.*, p.38.

⁵ *Ibidem.*, p. 39.

Con todo lo anterior, se pretendía fundamentalmente fortalecer el crecimiento de las empresas de menor tamaño, mediante cambios cualitativos en la forma de comprar, producir y comercializar, a efecto de consolidar su presencia en el mercado interno e incrementar su concurrencia en los mercados de exportación, para mejorar las escalas de producción mediante la organización interempresarial; facilitando, con ello, el acceso de la tecnología y propiciando la introducción de las empresas en el mercado exterior.⁶

Este decreto que promueve la organización de empresas integradoras, fue promulgado el 7 de mayo de 1993, por el entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Carlos Salinas de Gortari, que entró en vigor al día siguiente y que constituye el fundamento legal para la creación de las empresas integradoras. Se conforma de ocho artículos y uno transitorio.

En base a este decreto, para la creación, organización, operación y desarrollo de las empresas integradoras, el Ejecutivo Federal por conducto de la llamada Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (ahora Secretaría de Economía), en coordinación con los gobiernos de los estados y la banca de desarrollo en acuerdo con los organismos empresariales, realizarían todas las gestiones necesarias para modernizar y ampliar la participación de las empresas de micro, pequeña y mediana industria en todos los ámbitos de la vida económica nacional (artículos 1º y 2º del Decreto).

De acuerdo al artículo 3º, todas las empresas que pretendan hacerse acreedoras de los beneficios que otorga el decreto, deberán solicitar su inscripción en el Registro Nacional de Empresas Integradoras, el cual actualmente se encuentra a cargo de la Secretaría de Economía, siendo requisitos de inscripción, los siguientes:

- I. *Tener personalidad jurídica propia y que su objeto social preponderante sea la prestación de servicios especializados de apoyo a las empresas micro, pequeñas y medianas integradas;*
- II. *Constituirse, con las empresas integradoras, mediante la adquisición, por parte de éstas de acciones o partes sociales. Las empresas integradas deberán, además, ser usuarias de los servicios que presta la empresa integradora;*
- III. *No participar en forma directa o indirecta en el capital social de las empresas integradas;*
- IV. *Tener una cobertura nacional, o bien circunscribirse a una región, entidad federativa, municipio o localidad, en función de sus propios requerimientos y los de sus socios;*
- V. *Únicamente percibir ingresos por concepto de cuotas y prestación de servicios;*
- VI. *Que la administración y prestación de sus servicios lo realice personal calificado ajeno a las empresas asociadas;*

⁶ Decreto que promueve la organización de Empresas Integradoras, Diario Oficial de la Federación, 7 de mayo de 1993, p. 37.

VII. Proporcionar a sus socios, algunos de los siguientes servicios especializados... ”.⁷

De acuerdo a este decreto, las empresas integradoras, durante sus primeros cinco años a partir de que inicien operaciones, podían acogerse al Régimen Simplificado de las Personas Morales que se encontraba en el Título II-A de la Ley del Impuesto sobre la Renta y a las reglas generales, que en su caso, estableciera la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Igualmente, se determinó que para que las empresas asociadas pudieran realizar sus aportaciones al capital de la sociedad integradora, los apoyos financieros serían otorgados por Nacional Financiera, S.N.C., otorgando créditos a través de intermediarios financieros, a quienes dicha Institución les ofrecería garantías complementarias a las ofrecidas por las integradoras o sus socios.

Con el objeto de eliminar obstáculos administrativos para la creación de las empresas integradoras, el decreto determinó en su artículo 7:

- “I. Las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, deberán adoptar mecanismos de apoyo en la esfera de sus competencias, y*
- II. El Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, promoverá convenios y acuerdos con los gobiernos de las entidades federativas en los que se establezcan apoyos y facilidades administrativas que fomenten y agilicen su establecimiento y desarrollo”.⁸*

Finalmente, en su artículo 8º, el decreto determinó que las empresas integradoras podrán realizar los trámites y gestiones de sus socios en la Ventanilla Única de Gestión y de los Centros NAFIN para el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas.

Este decreto constituye la base jurídica de la creación y actividad de las empresas integradoras a partir de mayo de 1993, mismo que fue modificado mediante diverso Decreto promulgado el 30 de mayo de 1995 por el entonces Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León.

2.2 DECRETO PRESIDENCIAL DEL 30 DE MAYO DE 1995

Con el fin de que la integración de empresas obtuviera resultados en la obtención de bienes y servicios de calidad a precio competitivo, para favorecer la presencia de las empresas en el mercado de exportación, con fecha 30 de mayo de 1995, el Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León promulgó el decreto que modifica al diverso del 7 de mayo de 1993 y que promueve la organización de empresas integradoras.

⁷ Decreto que promueve la organización de Empresas Integradoras, Diario Oficial de la Federación, 7 de mayo de 1993, p.38.

⁸ Decreto que promueve la organización de Empresas Integradoras, Diario Oficial de la Federación , 7 de mayo de 1993, p.38.

Las modificaciones que contiene este decreto son vigentes y tiene por objeto que la empresa integradora pueda enfrentar los retos y oportunidades que se le presenten, proporcionándole flexibilidad cooperativa para efecto de que puedan comprar y vender por cuenta de sus asociadas, para lograr una mejor posición negociadora en el mercado.⁹

Fueron reformados los artículos 4º, fracciones I, II, V, VI, VII incisos b), f) y g); 5º; 6º, y 7º primer párrafo, y se adicionaron el inciso h) a la fracción VII del artículo 4º y un último párrafo al artículo 7º del Decreto del 7 de mayo de 1993.

De estas reformas y adiciones se desprende que el capital social de las empresas integradoras no puede ser inferior a \$50,000.00, así como que la participación de cada una de las asociadas no puede exceder del 30% del capital social de la integradora, pudiendo participar del mismo la Banca de Desarrollo, el Fondo Nacional de Empresas de Solidaridad o cualquier otro socio, con tal de que la participación de las integradoras represente por lo menos el 75% del total del capital social.

En lo tocante a los ingresos, aparte de lo que la integradora recibe por cuotas y prestación de servicios a sus asociadas, también podrá recibir ingresos por comisiones u otros conceptos que no representen más del 10% de los ingresos totales. El decreto es omiso en señalar que tipo de conceptos pueden encuadrarse en este rubro.

Lo más destacado de este decreto es que para la constitución de las integradoras será requisito indispensable presentar ante la Secretaría el proyecto de viabilidad económico-financiero en que se señale el programa específico que desarrollará la empresa, así como todas sus etapas a seguir. Esta modificación busca que las empresas integradoras no sólo se constituyan, sino que lo hagan en base a un proyecto de operatividad que les permita funcionar de manera inmediata para prestar los servicios para los cuales fueron creadas.

Por lo que respecta al Régimen Fiscal de las Integradoras, estas podrán acogerse al Simplificado de las Personas Morales que se establecía en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, por un período de diez años (antes era de cinco años).

Finalmente, el objetivo más importante que se pretende conseguir con la integración de empresas, es la promoción de la exportación, por lo que se otorgan a las integradoras dedicadas a este rubro mayores facilidades para su constitución.

2.3 ¿QUE ES UNA EMPRESA O SOCIEDAD INTEGRADORA?

Son sociedades de servicio especializado que agrupa a personas tanto físicas como morales ya sean productoras, comerciales o de servicios, preferentemente aquellas que pertenecen al grupo de micro, pequeñas y medianas empresas. Sus objetivos principales son: Elevar la competitividad de las asociadas, afianzar su presencia en el mercado nacional e incrementar su participación en las exportaciones.

⁹ Decreto que modifica al diverso que promueve la organización de Empresas Integradoras, Diario Oficial de la Federación, 30 de mayo de 1995, p.9.

La misión de la empresa integradora es prestar servicios a las asociadas, que siempre conservarán su autonomía. Entre los servicios que prestan se encuentran los siguientes: tecnología, gestión administrativa, informática, asesoría jurídica, asesoría contable, asesoría fiscal, publicidad, producción, promoción, comercialización, financiamiento, capacitación, diseño, asesoría para exportar e importar, subcontratación, aprovechamiento de residuos industriales, preservación del medio ambiente.

La empresa integradora tiene personalidad jurídica propia y su capital social se constituye por acciones que suscriben cada uno de sus socios, hasta un máximo de 30%, pudiéndose acoger al Régimen Fiscal Simplificado de las Personas Morales que se establecía en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, por un período de diez años a partir de su inicio.

Para la promoción de las empresas integradoras, la Secretaría de Economía ha implementado diversos programas como lo son el de Empresas Integradoras y el de Empresas Integradoras de Exportación como una alternativa de cooperación empresarial que agrupa a las MPyMEs para facilitarles el acceso a servicios comunes, así como a la generación de economías de escala para realizar actividades conjuntas como lo son el comprar, producir y vender. Cualquier asesoría que al respecto brinde la Secretaría es completamente gratuita.

El objetivo principal en el Programa de Empresas Integradoras es dotar de mayor capacidad de negociación a las empresas micro, pequeñas y medianas en los mercados de materias primas, insumos, tecnología, productos terminados y financieros, para consolidar su presencia en el mercado interno e incrementar su participación en la exportación y fomentar su especialización en productos y procesos.¹⁰

Para beneficiarse de este programa las empresas interesadas deben considerar lo siguiente:

- Que el proyecto de asociación surja de una base empresarial.
- Que exista la presencia de un líder empresarial.
- Que se tenga cohesión de grupo.
- Que se cuente con un proyecto de factibilidad económica-financiera que sustente la integración, así como el proyecto de acta constitutiva.
- Que los socios se comprometan a cumplir con los objetivos del proyecto.
- Que las expectativas del proyecto no solo sean a corto plazo.
- Que las empresas que pretenden integrarse cuenten con una estructura orgánica y operativa mínima.
- Cumplir con todos los demás requisitos que así lo establezcan los decretos del 7 de mayo de 1993 y 30 de mayo de 1995.

Por lo que respecta al programa de empresas integradoras de exportación instaurado por la Secretaría de Economía, este tiene por objeto formar empresas integradoras de exportación mediante la identificación de PyMEs que fabriquen

¹⁰ Información obtenida y disponible en <http://www.economia.gob.mx/?P=444> (fecha de consulta 17 de marzo de 2017).

un producto homogéneo con poca capacidad de producción y que se interesen en exportar, con el fin de constituir grandes volúmenes que permitan satisfacer las exigencias del mercado internacional, operando a través de un grupo de promoción estatal de comercio exterior que puede ser la propia Secretaría por medio de una delegación o subdelegación, la Secretaría de Desarrollo Económico y/o la Secretaría de Desarrollo Agropecuario del Estado al que pertenezca la empresa.¹¹

Es requisito indispensable para constituir una empresa integradora de exportación, llenar la cédula de identificación para detectar el perfil de la empresa, producto, proceso productivo y volumen de producción con el fin de que la Secretaría pueda clasificarla y darle seguimiento a su formación, así como firmar una carta de compromiso para trabajar en conjunto con el Grupo Promotor Estatal quien les presentará a las empresas un plan de trabajo a seguir y el tipo de apoyos que se les pueden brindar hasta completar el proceso de integración.

Existe otro grupo de empresas integradoras que son las llamadas “sociales”, que tienen como fin el proporcionar trabajo o determinados servicios a los asociados. Por lo general, los miembros de los grupos sociales comparten rasgos culturales, ubicación regional y actividades económicas. Por lo que diversos programas gubernamentales siempre han promovido la asociación de artesanos, pequeños productores rurales, etc.¹²

Así, la asociación de estos grupos representa para los empresarios la obtención de mayores niveles de productividad en las unidades de producción debido a que el productor funge como socio y no como asalariado por lo cual le brinda mayores cuidados y dedicación al proceso productivo, reduciendo con ello los costos de producción.¹³

En las empresas del sector social las decisiones se toman de manera democrática, dándose un voto a cada socio, independientemente de diferencias en el monto de las aportaciones de cada uno.¹⁴

Estas empresas integradoras han tenido su mayor presencia en el sector agrícola y agropecuario, sobretodo en aquellas que se dedican a la producción de frijol, maíz y café, productos que se distribuyen por medio de grandes circuitos comerciales y existe una gran demanda de ellos.¹⁵

Como ya se mencionó estas empresas integradoras del sector social han tenido mayor éxito que las que no pertenecen a este sector, debido no solamente a que encuentran más fácilmente los apoyos del gobierno, sino que también tienen una tradición de asociación que surge de la lucha por la restitución de la tierra y entrega de ejidos.

La constitución de las Empresas Integradoras es una de las formas implementadas por el gobierno para la promoción y permanencia de las micro, pe-

¹¹ Información obtenida y disponible en <http://www.economia.gob.mx/?P=313> (fecha de consulta 17 de marzo de 2017).

¹² RUEDA PEIRO Isabel; op.cit., p.185.

¹³ *Ídem*; op. cit., p.148.

¹⁴ *Ídem*; op. cit., p.184.

¹⁵ *Ídem*; op. cit., p.192.

queñas y medianas empresas que constituyen un factor real en la economía de nuestro país.

Entre los beneficios y limitantes que la Secretaría de Economía considera tienen la constitución de empresas integradoras, encontramos los siguientes:

Beneficios:

- Eleva la competitividad de las empresas asociadas.
- Crea economías de escala para sus asociados, derivadas de una mayor capacidad de negociación para comprar, producir y vender.
- Se facilita al acceso a servicios especializados a bajo costo, ya que éstos se pagan de manera común entre los asociados.
- Evita la duplicidad de inversiones, al estar en condiciones de adquirir a nombre y cuenta de sus asociados y de forma común activos fijos, incluso de renovar o innovar la maquinaria y el equipo.
- Propicia la especialización de los asociados en determinados procesos y productos con ventajas comparativas.
- Favorece la concurrencia a mercados más amplios al consolidar la producción de sus asociados.
- Los empresarios se dedican a producir, mientras la empresa integradora se encarga de realizar gestiones y actividades especializadas que requieren los asociados.
- Mantiene la individualidad de los empresarios en las decisiones internas de sus empresas.
- Esta forma de organización empresarial tiene flexibilidad para adaptarse a cualquier actividad económica.

Limitantes:

- No pueden ser socios de una empresa integradora, aquellas personas físicas o morales que no estén formalmente constituidas.
- La empresa integradora actúa exclusivamente por cuenta y orden de sus socios; por tanto, sólo es su representante ante clientes y proveedores.
- No puede realizar ninguna parte del proceso productivo que involucre la actividad de sus asociadas.
- Los activos que se adquieran para el proceso productivo de las socias, no pueden ser propiedad de la integradora, ya que son los socios los que realizan la actividad de producir y, por tanto, son los dueños de la maquinaria y el equipo.
- No se permite constituir empresas integradoras con empresarios que realicen prácticas desleales o tengan actividades monopólicas o que su actividad los conduzca a estas situaciones.

2.4 OPERATIVIDAD DE LAS EMPRESAS INTEGRADORAS

A partir de la entrada en vigor del primer decreto, según la investigación realizada por Nadima Simón Domínguez, para febrero de 1996, se contaba con

un total de 169 empresas integradoras en todo el país, de las cuales 33 se encontraban en el Chihuahua, 21 en el Distrito Federal y 17 en Querétaro. La mayor integradora registraba hasta 50 empresas asociadas y la menor se constituía de 4 empresas. Los ramos sobre los cuales se encuentran constituidas las empresas de integración varían pero su número es mayor para el sector de la Industria de la Transformación, el sector del Comercio, el sector agropecuario y en menor proporción los sectores dedicados a la construcción y los servicios.¹⁶

Según los resultados del estudio realizado por Nadima Simón Domínguez, de un grupo de 48 empresas integradoras sólo ocho se encontraban operando en 1996, concluyendo que el 51% de las integradoras creadas a partir del decreto no operaban a 3 años de la entrada en vigor del Decreto.¹⁷

Los motivos en la falta de operatividad principalmente radican en:

- a. La falta de capital y grandes dificultades para obtener créditos.
- b. La poca difusión de los programas implementados por la Secretaría para la integración de empresas.
- c. La reducción en la demanda de los productos, así como el poco apoyo gubernamental para su promoción y publicidad, para mejorar su competitividad frente a las empresas grandes.
- d. La falta de cultura empresarial, de trabajo en equipo y de un plan para desarrollar sus actividades.

La mayoría de las empresas integradoras existentes han sido creadas por empresarios y sólo una tercera parte han sido impulsadas por funcionarios públicos¹⁸, esto en la década de los noventas en que se dio inicio a los diversos programas para su impulso y apoyo.

Para principios del año 2017 (marzo), la Secretaría de Economía cuenta con 1183 registros de empresas integradoras, reporta únicamente 27 casos de éxito; y que puede consultarse en la página de internet <http://www.contactopyme.gob.mx/integradoras/directorio.asp>; lo que desde luego nos hace notar que a 24 años del inicio de la vigencia del primer decreto, no ha dado los resultados pronosticados por anteriores gobiernos federales.

Sin embargo, hoy por hoy el programa de apoyo a las micro, pequeñas y medianas empresas para constituir una empresa integradora, sigue siendo uno de los programas activos del actual gobierno federal que encabeza el Presidente Enrique Peña Nieto, para lo que, incluso, con el fin de reencauzar el proyecto, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 2013, se creó el Instituto Nacional del Emprendedor, órgano administrativo descentrado de la Secretaría de Economía, cuyo objeto consiste en instrumentar, ejecutar y coordinar la política nacional de apoyo incluyente a emprendedores y a las micro, pequeñas y medianas empresas, para impulsar la innovación, com-

¹⁶ *Ídem; op. cit.*, p.85-88.

¹⁷ *Ídem; op. cit.*, p.91.

¹⁸ *Ídem; op. cit.*, p.94.

petitividad y proyección en mercados nacionales e internacionales para aumentar su contribución al desarrollo económico y bienestar social, así como para coadyuvar al desarrollo de políticas que fomenten la cultura y productividad empresarial, como refiere el propio decreto.

Con esto podemos percarnos de que a pesar de que se tienen las bases para la constitución de estas empresas integradoras, difícilmente pueden operar debido a que en realidad no encuentran los apoyos gubernamentales prácticos y suficientes para su subsistencia.

3. CONCLUSIONES

- I. Los países industrializados han logrado con éxito implementar programas de desarrollo de asociación de empresas.
- II. La mayoría de los microempresarios han surgido como una manera de autoemplearse en nuestro país.
- III. La constitución de empresas integradoras es un mecanismo de impulso para el crecimiento y permanencia de las micro, pequeñas y medianas empresas implementado por el gobierno desde el año 1993.
- IV. Pocas empresas integradoras operan en la actualidad, y muchas dejan de hacerlo por la falta de apoyo gubernamental ya sea de asesoría o de financiamiento.
- V. Aunque hay programas implementados por el Gobierno Mexicano, para la creación de empresas integradoras, el proyecto a 24 años de su inicio, no ha dado los resultados pronosticados.
- VI. Debido a la falta de cultura empresarial, organizacional y grupal, las empresas integradoras no han tenido el éxito que se esperaba en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- PERERA SABIDO, David A.; *Nuevo Régimen Fiscal de las Empresas Integradoras 2004*; 2^a edición; Ediciones Fiscales ISEF; México 2004.
- RUEDA PEIRO, Isabel; *Las empresas Integradoras en México*; Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V.; 1^a Edición; México 1997.
- Diario Oficial de la Federación, Tomo CDLXXVI, Número 4, publicación del 7 de mayo de 1993.
- Diario Oficial de la Federación, Tomo D, Número 20, publicación del 30 de mayo de 1995.

PÁGINAS DE INTERNET CONSULTADAS

- <http://www.gob.mx>
<http://www.economia.gob.mx>
<http://www.contactopyme.gob.mx/integradoras/directorio.asp>
<https://www.inadem.gob.mx/>

MEDICINA LEGAL UNA NECESIDAD IMPERATIVA EN MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

ALMA DE LOS ÁNGELES RÍOS RUIZ*
ANTONIO FUENTE DEL CAMPO**

RESUMEN

En la presente investigación analizamos los alcances de la responsabilidad jurídica que enfrenta el profesional médico y los retos que implica el ejercicio de su actividad en México y en Estados Unidos de América. Los pacientes no dudan en interponer medios legales para exigir la reparación del daño causado ante lo que consideran una mala práctica médica. Ante el aumento de demandas por “negligencia médica”, muchas veces incentivadas por abogados inmorales y la promulgación de leyes para atender este problema, el ejercicio profesional se encuentra sobre regulado generando la práctica de una medicina defensiva, que es cara, de mala calidad y esta limitando substancialmente su desarrollo.

Palabras clave: Negligencia médica, impericia, imprudencia, demanda, medicina defensiva, sistema de salud, diagnóstico, error de medicación.

ABSTRACT

In this investigation we analyze the scope of legal liability facing the health care and the challenges involved in the carrying out his activity in Mexico and the United States of America. Patients do not hesitate to bring legal means to claim compensation for damage caused by what they see as a medical malpractice. Faced with increasing demands for “medical malpractice”, often encouraged by immoral lawyers and the enactment of laws to address this problem, the practice is upregulated generating the practice of defensive medicine, which is expensive, poor quality and this substantially limiting its development.

Recibido: 13/01/17 Aprobado: 15/02/17

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

** Doctor en Medicina, Jefe de la División de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva, Hospital General “Dr. Manuel Gea González” SS., México, DF. Profesor Titular de Cirugía Plástica, Estética y Reconstructiva. Posgrado Universidad Nacional Autónoma de México. Emérito de la Academia Mexicana de Cirugía. Miembro numerario de la Academia Nacional de Medicina de México. Miembro de la Asociación Mexicana de Cirugía Plástica Estética y Reconstructiva. Director de la Clínica de Cirugía Plástica Aqtuel.

Keywords: Medical malpractice, lawsuit, defensive medicine, health care, diagnosis, medication error.

INTRODUCCIÓN

Los casos de mala práctica médica surgen cuando un paciente es perjudicado por un médico, enfermera u otro profesional de la medicina que falla en proporcionar el tratamiento adecuado para la atención de la salud. La mala praxis médica se caracteriza porque quien proporcione la atención actuó en forma negligente, imprudente o con impericia, situación que se traduce en que la persona no era razonablemente hábil o competente, perjudicando al paciente, incluso hasta provocar su deceso.

Diagnóstico y medicación erróneos representan un gran porcentaje de las reclamaciones en las demandas por negligencia médica tanto en Estados Unidos de América (EUA) como en México. Cuando un médico falla en diagnosticar una enfermedad grave o bien no ha atinado en indicar el tratamiento y/o medicamentos correctos al paciente, éste puede perder oportunidades que podrían haber evitado daños graves o incluso la muerte.

Las demandas de negligencia médica han aumentado en los dos países en forma significativa, la promulgación de leyes para abordar diversos aspectos del problema de la negligencia médica, así como la proliferación de compañías de seguros que intentan limitar con topes mínimos y máximos el pago de las polizas de indemnización en el caso de convalidarse cualquier situación adversa a los intereses de sus asegurados, ha generado la práctica de una medicina defensiva.

Las demandas por responsabilidad médica han aumentado mucho los costos de la salud y han obligado a desviar hacia el sistema legal los escasos recursos con que cuenta este sector para la atención del paciente, la investigación y la formación de más médicos . El recurso de ejercer una medicina defensiva depende más de la percepción de riesgo del galeno de sufrir una demanda que de otras circunstancias, como sería el precio de las pólizas de responsabilidad civil o que el pago de las indemnizaciones por parte de las aseguradoras tengan un tope.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El vocablo “responsabilidad” proviene del latín respondere, interpretable como “estar obligado”. La obligación —obligatio— en el derecho romano clásico es la institución concebida como “el vínculo jurídico por virtud del cual una persona —deudor— es constreñida frente a otra —acreedor— a realizar una determinada prestación”. La obligación consta de dos elementos el débito y la responsabilidad; el deber de cumplir la prestación y la sujeción que se deriva del incumplimiento.

El prestador de servicios de salud tiene obligaciones que imponen deberes de que hacer y que no hacer. Cumplirlas tiene consecuencias, no cumplirlas genera sanciones.

La responsabilidad es la consecuencia del incumplimiento, es decir, la obligación de rendir cuentas de los propios actos. La profesión implica una capacidad cualificada con la que la persona a través de una actividad realiza su vocación dentro de un marco elegido, determinando su participación en la sociedad, le sirve de medio de subsistencia y a la vez la influye positivamente en la economía del país.

Por lo tanto, la responsabilidad profesional médica es la obligación que tienen los médicos y todo profesional de la medicina de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores, voluntarios e involuntarios, incluso dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión.

El médico es sujeto de responsabilidad jurídica cuando actúa con negligencia, impericia y/o imprudencia.

La negligencia es el incumplimiento de los elementales principios inherentes al arte o profesión; esto es, que sabiendo lo que se debe hacer, no se hace, o la inversa, que sabiendo lo que no se debe hacer, se hace.

La impericia, es la falta de las habilidades o los conocimientos técnicos básicos e indispensables que se deben poseer obligatoriamente en determinada arte o profesión.

La imprudencia consiste en afrontar un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo, procediendo con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar los inconvenientes que resultarán de esa acción u omisión. Imprudencia es el ir o llegar más allá de los límites razonables.

Responsabilidad penal, civil y administrativa.

La responsabilidad penal se presentará en dos etapas: la de averiguación previa y la del proceso penal. Se inicia ante el Ministerio Público, donde se elabora una denuncia de hechos, y existe la posibilidad de la privación de la libertad durante el proceso jurídico. La sanción por asuntos que implican la comisión de un delito puede consistir en privación de la libertad y/o suspensión en el ejercicio de la profesión.

La responsabilidad civil se refiere a la obligación de reparar el daño causado a otro; cuando surge de un obrar ilícito o contrario a las buenas costumbres se le denomina responsabilidad subjetiva o por hecho ilícito; cuando el daño resulta del uso permitido por la ley de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismas, se denomina responsabilidad objetiva o de riesgo creado.

Cuando hablamos de responsabilidad civil del médico, nos referimos a la obligación legal de la reparación económica del daño causado por una “mal praxis” médica. Conforme a nuestra legislación sanitaria, la atención médica debe llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica, conforme a la “lex artis médica” motivo por lo que si un prestador de servicios de salud causa algún daño indebido a su paciente por no apegarse a la “lex artis” exigida para el caso concreto, incurre en responsabilidad civil por “mal praxis” médica.

La responsabilidad administrativa se inicia con una queja, para lo cual se integra un expediente del quejoso. Puede haber lugar a una conciliación. De no ser así, continuará el procedimiento, emitiéndose finalmente una resolución. Dicha resolución puede liberar de responsabilidad al prestador de servicios de salud; en caso contrario, se emitirá una recomendación, o una sanción, que puede ser suspensión, destitución o inhabilitación temporal o definitiva para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público, cuando es un servidor público el que comete la falta, así como sanción económica o pago de daños y perjuicios, en los demás casos.

La responsabilidad médica es la obligación del médico, ética y legal, de responder por los actos que lleva a cabo en el ejercicio de su accionar médico. El médico responsable lo es en la medida que asume plenamente el cuidado de su paciente, quien ha requerido sus servicios profesionales en un acto de confianza hacia este.¹

ALCANCES LEGALES EN EL EJERCICIO MÉDICO DE LA PROFESIÓN.

En el ejercicio de la medicina, cometer errores no está sujeto al perdón, ubicando al médico en desventaja con otras profesiones ya que genera consecuencias en la salud, siendo ésta uno de los valores fundamentales protegidos por la ley. El médico es sujeto de responsabilidad jurídica cuando actúe con negligencia, impericia y/o imprudencia.

El error médico es el daño provocado al paciente por la acción u omisión del médico al ejercer su profesión y sin cometerlo intencionalmente, o bien, la conducta clínica incorrecta en la práctica médica, como consecuencia de la decisión de aplicar un criterio equivocado, del cual se deriva la obligación de responder por los daños ocasionados y surge cuando se presenta alguno de los siguientes casos:

La negligencia es el incumplimiento de los elementales principios inherentes al arte o profesión; esto es, que sabiendo lo que se debe hacer, no se hace, o la inversa, que sabiendo lo que no se debe hacer, se hace.

La impericia, por su parte, es la falta de las habilidades o los conocimientos técnicos básicos e indispensables que se deben poseer obligatoriamente en determinada arte o profesión. Dicho de otra manera, existe cuando en determinada situación el médico no actúa como lo haría cualquiera de sus colegas o la mayoría de los mismos, en igualdad de condiciones con los conocimientos, habilidades y cuidados exigidos.

Y finalmente la imprudencia es afrontar un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo, procediendo con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar los inconvenientes que resultarán de esa acción u omisión. Imprudencia es el ir o llegar más allá de donde se debió.²

¹ GARAY, OSCAR, *Treinta años de mala praxis médica*, <http://www.intramed.net/contenidover.asp?contenidoID=60662>

² CARRILLO FABELA, LUZ MARÍA, *La Responsabilidad Profesional del Médico*, Editorial Porrúa, México 2009, p. 16.

Es este tenor, es importante distinguir entre el error y la mala práctica médica, ya que el primero puede ser un error excusable que no reviste la gravedad de la negligencia médica, condición que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dejado claro a través de la siguiente tesis aislada:

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA. DISTINCIÓN ENTRE ERROR Y MALA PRÁCTICA PARA EFECTOS DE SU ACREDITACIÓN. Suele señalarse que la medicina no es una ciencia exacta, pues existen matices en el curso de una enfermedad o padecimiento que pueden inducir a diagnósticos y terapias equivocadas. Así, una interpretación errada de los hechos clínicos por parte del médico puede llevar a un diagnóstico erróneo que, aunque no exime de responsabilidad al médico que lo comete, no reviste la gravedad de la negligencia médica, por lo que se habla entonces de un error excusable, pues lo que se le pide al “buen médico” es aplicar sus conocimientos, habilidades y destrezas con diligencia, compartiendo con el paciente la información pertinente, haciéndole presente sus dudas y certezas, tomando en cuenta sus valores y creencias en la toma de decisiones y actuando con responsabilidad y prudencia. Por otro lado, el término malpraxis (mala práctica médica) se ha acuñado para señalar conductas impropias del profesional frente a un paciente y que no sigue las normas o pautas que señala la lex artis médica, pero no hay aquí un error de juicio, sino que, o la actuación del médico que está en posesión de conocimientos y habilidades no ha sido diligente, o éste ha actuado con impericia e imprudencia frente a una situación clínica para la cual no está capacitado; este tipo de conducta médica constituye un error médico inexcusable y el profesional debe responder por esta conducta inapropiada. Por tanto, la responsabilidad profesional está subordinada a la previa acreditación de una clara negligencia en la prestación de los servicios, independientemente del resultado.³

Revisión fiscal 147/2013. Titular de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la Función Pública, encargado de la defensa jurídica del titular del Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. 20 de junio de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

Es importante señalar que de acuerdo con la tesis con número de registro 2002/441 dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el médico no está obligado a garantizar la curación del paciente sino el empleo de las técnicas adecuadas conforme al estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso médico:

ACTO MÉDICO. MEJOR DECISIÓN POSIBLE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA. El médico, en principio, asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica siendo, por consiguiente, deudor de una obligación de medios, por cuanto en su actividad se halla un elemento aleatorio. El médico no garantiza la curación del enfermo, pero sí el empleo de las técnicas adecuadas conforme al

³ Época: Décima Época. Registro: 2004785. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.40.A.64 A (10a.). Página: 1890.

estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso. Consecuentemente, el médico cumple con su obligación cuando desarrolla o despliega el conjunto de curas y atenciones, en la fase diagnóstica, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles a un profesional o especialista normal. En consecuencia, el médico debe adoptar, de forma continuada, decisiones trascendentales para la vida humana. En el curso del acto médico deben efectuarse una serie de elecciones alternativas, desde el momento en que se precisa indicar las exploraciones necesarias para llegar a un diagnóstico, hasta el de prescribir una concreta terapia, y todo ello en el ámbito de la duda razonable sobre la mejor decisión posible. Por lo tanto, después de analizar de manera sistemática el acto médico, para determinar la existencia de mala práctica médica, el juzgador está llamado a cuestionar si dentro de toda la gama de posibilidades, dadas las circunstancias del caso y el estado de la ciencia médica, la decisión tomada fue la mejor posible.⁴

Amparo en revisión 117/2012. Agustín Pérez García y otros. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

De igual forma el médico cuenta con ciertas guías o protocolos expedidos por las autoridades sanitarias los cuales marcan ciertos criterios que debe tomar el galeno en el ejercicio de su profesión con el objetivo de no incurrir en una posible mala práctica médica, criterio que fue consagrado por la Suprema Corte de Justicia de México en la siguiente tesis:

GUÍAS O PROTOCOLOS MÉDICOS EXPEDIDOS POR LA SECRETARÍA DE SALUD O POR LA AUTORIDAD COMPETENTE EN LA MATERIA. SU FUNCIÓN PARA EFECTOS DE DETERMINAR UNA POSIBLE MALA PRÁCTICA MÉDICA. Las guías o protocolos médicos expedidos por la Secretaría de Salud o por la autoridad competente en la materia responden a la cristalización escrita de criterios de prudencia, sin que constituyan verdades absolutas, universales, únicas y obligatorias en su cumplimiento, pero permiten habitualmente definir lo que se considera, en ese estado de la ciencia, práctica médica adecuada y prudente ante una situación concreta, fijando por escrito la conducta diagnóstica y terapéutica aconsejable ante determinadas eventualidades clínicas, lo que equivale a positivizar o codificar la *lex artis*. Estas guías o protocolos no limitan la libertad prescriptiva del médico en su toma de decisiones, por cuanto un buen protocolo es flexible y dinámico, siendo susceptible de modificación. Cabe incluso apartarse de él si el médico entiende, según su experiencia, que el resultado buscado exige otra terapia y su actuación se halle fundada científicamente, aunque en estos casos, ante una hipotética reclamación, la justificación del médico que se desvíe de su contenido deberá ser más rigurosa y exhaustiva. Desde el punto de vista jurídico, los protocolos otorgan al médico cierto amparo a la hora de justificar su actuación, especialmente ante las reclamaciones de que puede ser objeto; de manera que una actuación médica ajustada a los protocolos propios de la especialidad constituye un elemento muy importante para su defensa. Por tanto, el protocolo ostenta, como es lógico, un

⁴ Época: Décima Época. Registro: 2002441. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXV/2013 (10a.). Página: 621.

enorme valor orientativo para el juez, aun cuando no le vincula, ni le obliga a su aplicación forzosa.⁵

Amparo en revisión 117/2012. Agustín Pérez García y otros. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Enseguida se sintetizan los factores condicionantes atribuibles al médico:⁶

- Mala relación médico paciente.
- Aplicación superficial de procedimientos clínicos.
- Deficientes conocimientos y habilidades.
- Invasión de campos de la medicina que no domina.
- Exceso de confianza.
- Pago por terceros.

En la actualidad el médico aplica los procedimientos de diagnóstico que son tomados de manera superficial e incompleta, el interrogatorio exhaustivo detallado, la exploración física meticulosa y la hipótesis diagnóstica que incluya diagnóstico, sólo es aplicado por unos cuantos; la mayoría subordina a procedimientos diagnóstico-terapéutico sofisticados y costosos con el propósito explícito de evitar controversias y demandas por mala práctica⁷.

Otras causas atribuibles al médico son deficiencias en sus conocimientos, habilidades o destrezas, por fallas en su preparación, básica o de posgrado, con programas muy técnicos y poco clínicos, enfocados a la investigación y desligada de la solución de problemas cotidianos.

Es frecuente que algunos médicos, muchos de ellos sin el entrenamiento formal necesario, invadan campos o especialidades que no dominan, o bien, que por exceso de confianza realicen procedimientos que rebasan su capacidad, exponiéndose al paciente, en el mejor de los casos, a complicaciones o post-operatorios largos, tortuosos, costosos y en ocasiones comprometiendo su vida.

Un aspecto importante de la relación del paciente y su médico es la comunicación. Un número importante de inconformidades tiene su origen en la falta de información al enfermo, acerca de su padecimiento, del tratamiento y del pronóstico, el consentimiento informado evita muchas controversias por lo que resulta de gran importancia que el paciente conozca los riesgos y beneficios de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos, que rechace o acepte su realización.

También es importante, como causa de problemas en el desempeño del médico ante el paciente, el pago por terceros, como es el caso de la medicina insti-

⁵ Época: Décima Época. Registro: 2002531. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXVI/2013 (10a.). Página: 636.

⁶ PAREDES SIERRA, RAYMUNDO, *Medicina Defensiva*, pp.80-81, <http://www.facmed.unam.mx/publicaciones/libros/pdfs/eedlpm.pdf>

⁷ CISNEROS CORTÉS, SELENE MARGARITA, *Límites jurídicos del arbitraje médico en México*, Tesis de licenciatura. México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Octubre 2009.

tucional, las compañías de seguros y las administradoras de servicios de salud. Terceros pagadores que habitualmente limitan al médico en la indicación de estudios de laboratorio y gabinete, consultas con especialistas y ciertos tratamientos, lo que da como resultado la inconformidad del paciente.

La calidad de la atención puede verse comprometida por la ocurrencia de un error médico, definido como el acto cuyo resultado es una equivocación, no concurriendo en él, ni mala fe ni elementos de mala práctica. El error es el factor causal más frecuente de las consecuencias indeseadas del proceso de atención médica, por encima de la mala práctica.

LA MALA PRAXIS MÉDICA

Existirá mala praxis médica cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable.⁸

Se citan más de veinte factores causales o de riesgo que pueden conducir a error médico, pero algunos pueden ser considerados perfectamente previsibles, entre los que están:

- Exceso de confianza, vacilación, timidez o rutina.
- Demoras en la atención.
- Incorrecta relación médico-paciente.
- Inadecuadas condiciones o métodos de trabajo.
- Falta de organización, disciplina y supervisión del cuerpo médico.
- Ausencia de reglas para la revisión de la clase y calidad de la atención prestada.
- Problemas en la confección, custodia y conservación de historias clínicas.
- Falta de reglamentos que rijan el ejercicio básico de la especialidad.

⁸ IRAOLA, LIDIA NORA, *Apuntes Sobre la Responsabilidad Médica Legal y la Mala Praxis*, GeoSalud, <http://www.geosalud.com/malpraxis/malapraxis.htm>

Cuadro 1

Tipos de errores que conducen a la mala praxis

Diagnósticos	Error o retardo en el diagnóstico
	Falla en el uso de las pruebas indicadas
	Falla para actuar sobre los resultados ofrecidos por el monitoreo o la prueba
	Uso de pruebas terapéuticas desactualizadas
Terapéuticos	Cuidado inapropiado o no indicado
	Error en el método o la dosis de un medicamento
	Error en la administración del tratamiento
	Error en la realización de una cirugía, un procedimiento o una prueba
Preventivos	Retraso evitable en el tratamiento o en la respuesta a una prueba anormal
	Falla para proveer un tratamiento profiláctico
Otros	Seguimiento del tratamiento inadecuado
	Falla en el equipo
	Falla en la comunicación
	Falla en otros sistemas

Las causas de la mala praxis médica pueden resultar de las siguientes situaciones:

- Una Historia Clínica mal confeccionada es lo que se encuentra en la mayoría de los casos de demanda.
- Un profesional mal capacitado a través del tiempo, poco actualizado, mal dormido y hasta mal alimentado
- Una mala relación médico-paciente es la causa de la motivación para querellar. La forma de trato del paciente es parte del servicio del médico.
- Indagar al paciente, interrogarlo y escucharlo atentamente es imprescindible para el diagnóstico y el tratamiento.
- El marco de la relación debe ser cuidado por todos: en primer lugar se debe cumplir la ley, en segundo lugar debe ser definido por el profesional, en tercer lugar debe ser identificado y respetado por el paciente, sus familiares y allegados.

Así, podemos encontrar tres grandes grupos de faltas en la atención médica:

- Error de diagnóstico o elección terapéutica. Es fundamental considerar el sitio donde se presta la atención médica, las circunstancias personales del profesional, las causas o hechos que pueden influir en el resultado.

- Faltas instrumentales o de técnica. Las lesiones o daños surgidos con el uso de equipos por fallas técnicas del operador o del propio equipo utilizado. Incapacidad para poder realizar una técnica que haya contribuido al daño o muerte del paciente.
- Falta, producto de confusión en la identificación del paciente o bien del órgano enfermo. En este tipo de faltas deben limitarse las responsabilidades de cada uno de los integrantes del equipo de salud.⁹

Las formas ocultas de la mala praxis:

- Maltrato por falta de equipamiento o equipamiento en mal estado.
- Maltrato por falta de honestidad del profesional.
- Falta de honestidad del paciente, familiar o responsable.
- Maltrato por reducción del tiempo de atención del paciente.
- Por falta de registros o alteración de registros en la Historia Clínica.
- Maltrato del familiar del paciente o de la persona a cargo del mismo.
- Maltrato desarrollado por el incumplimiento o mal cumplimiento de la prescripción por parte del paciente.
- Por falsificación de drogas y medicamentos.
- Por lo que los elementos principales para establecer la mala práctica en casos concretos son los siguientes¹⁰:
- Sometimiento del paciente a riesgo innecesario.
- Agravamiento o muerte del paciente por atención con falta de calidad.
- Presencia de lesiones injustificadas.
- Obtención de remuneraciones fraudulentas obtenidas.
- Realización de prácticas o suministro de insumos notoriamente inapropiados.
- Presencia de actos de violencia física o moral.
- Incumplimiento de obligaciones de medios, seguridad y, en su caso, de resultados.
- Realización de actos médicos sin la previa sanción de comisiones y comités (de investigación, de ética)
- Transgresión a normativas prohibitivas (por ejemplo el aborto o la eutanasia no permitidos de acuerdo a la legislación).

LA MEDICINA DEFENSIVA

El aumento de reclamaciones en el ámbito médico condiciona a los médicos a una actuación en la práctica profesional de más seguridad, llevandolo a solicitar pruebas y procedimientos diagnósticos adicionales a veces exagerados, con la intención de prevenir una demanda, medicina defensiva.

⁹ Nicolás, Bañuelo Delgado, *La mala práctica*, CONAMED, http://www.conamed.gob.mx/comisiones_estatales/coesamed_nayarit/publicaciones/pdf/mala_practica.pdf

¹⁰ Ídem.

La medicina defensiva es el conjunto de conductas desarrolladas por los médicos para evitar conductas demandadas por la mala praxis médica. En este sentido, la relación tradicional médico-paciente ha cambiado. Las demandas y juicios son la principal causa del proceder defensivo del médico, de hecho podría considerarse que de no existir estas, no se habría dado lugar a la práctica de una medicina defensiva.

Cuadro 2

Medicina defensiva

El aumento de reclamaciones en el ámbito médico condiciona a los facultativos a una actuación en la práctica profesional de más seguridad



Solicitar pruebas y procedimientos diagnósticos adicionales

Medicina defensiva

- Situaciones de insatisfacción personal
- Estrés y síndrome del quemado «burnout»
- Incremento del gasto sanitario
- Mayor riesgo para el paciente
- Contraria a la ética médica

El médico selecciona sus casos y rechaza o refiere a los que considera de riesgo, solicita múltiples estudios, —frecuentemente innecesarios— para evitar reclamos por omisión o falta de evidencias para su diagnóstico y tratamiento; realiza intervenciones quirúrgicas innecesarias o deja de hacer otras que sí lo son, para evitar quejas de sus pacientes y no verse involucrado.¹¹

En este contexto, las compañías de seguros han creado los llamados seguros de protección médica, con aumentos progresivos en la prima, contribuyendo al encarecimiento de la medicina. La medicina defensiva ha recibido muchas críticas, para muchos expertos, es completamente ineficaz como estrategia de prevención de los reclamos de los pacientes, porque no contribuye a lograr una relación clí-

¹¹ Raymundo, Paredes Sierra, Ética y Medicina Defensiva, UNAM, http://www.facmed.unam.mx/sms/seam2k1/2003/ponencia_sep_2k3.htm

nica adecuada y agrega nuevos riesgos profesionales, a punto de partida de actos médicos no indicados e innecesarios. Como reacción al modelo de la medicina defensiva recientemente se ha levantado un nuevo paradigma de sólido fundamento ético, profesional y médico-legal: la llamada medicina asertiva.¹²

Las causas del proceder defensivo del médico son múltiples:

- Falta de responsabilidad del médico.
- Proliferación de escuelas y facultades de medicina.
- Avances en tecnología, comunicación e informática.
- Situación económica.
- Medicina institucional y administrada.

La medicina defensiva no es ética, pero no es el médico el único responsable de su existencia. El médico se auto-protege al solicitar exámenes, prescribir medicamentos o realizar procedimientos quirúrgicos para evitarse problemas, pero este proceder inadecuado es consecuencia de su formación personal, tanto de su preparación deficiente o no actualizada como de su inadecuada formación ética y moral en el seno familiar, en la escuela y en su medio social.

Por tanto, la medicina defensiva tiene la pretensión de protegerse ante un eventual futuro reclamo del paciente. Se le considera una forma no ética de ejercicio profesional, desde que el acto médico deja de tener por objetivo central al paciente, trasladándose al propio médico. Tampoco es un ejercicio profesional éticamente admisible si se lo analiza desde la perspectiva de la salud pública, ya que agrega enormes costos al sistema de salud, sin justificación ni beneficios para los pacientes, ver cuadro 3.

Cuadro 3 Demandas legales al médico por su praxis	
Factores Predisponentes	
1. Número excesivo de prácticas y análisis invasivos	2. Abogados que fuerzan el litigio para su propio beneficio
3. Desconocimiento de la mayoría de los médicos de las normas legales que rigen su profesión, especialidad y el contrato de prestación con entidades empleadoras	
Factores Desencadenantes	
1. Industria del juicio a los médicos	2. Existencia de reclamos resarcitorios excesivos
3. Antecedentes de sentencias condenatorias simultáneas a médicos e instituciones de atención médica por sumas elevadas	4. Facilidad del demandante para lograr el “derecho de litigar sin gastos”
Prevención y profilaxis	
1. Buena relación médico/paciente	2. Consentimiento informado escrito, firmado y explicado al paciente y a un testigo
3. Intervención activa del Comité de Ética Hospitalaria ante conductas médicas que pudieran implicar daño al paciente	

Fuente: Cuadernos de Medicina Forense. Año 2, N°2, pp.73-78

En este sentido, el médico está obligado a cumplir con lo que la ley y la medicina señalan, por lo que su incumplimiento lo obliga a responder ante su

¹² Hugo, Rodríguez Almada, “De la medicina defensiva a la medicina asertiva”, *Revista de la Facultad de Medicina de la República de Uruguay*, Num. 3, volumen 22, 2006, pp.167-168.

paciente. Entre las causas atribuibles al paciente, como motivo de medicina defensiva se enumeran los siguientes.¹³

Mayor cultura médica: El nivel educativo de los habitantes se ha incrementado, la población urbana tiene acceso a los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio, los periódicos, el Internet, los cuales difunden noticias de nuevos medicamentos, procedimientos diagnóstico terapéuticos y de casos de demandas contra médicos por supuesta negligencia, que los mantienen alerta y a la expectativa cuando acuden a consulta y más cuando tienen que internarse o someterse a estudios o intervenciones quirúrgicas.

El sistema prepago de servicios y seguros médicos: el hecho de que el paciente no seleccione a su médico, favorece la inconformidad, de este modo surgen controversias tanto en las compañías privadas de servicios de salud, como en las instituciones médicas que administra el estado.

La exigencia legítima de la sociedad de atención médica oportuna, humanizada y de calidad con reclamos inmediatos cuando no se cumplen sus expectativas, ha dado lugar a la actitud defensiva del médico en su desempeño.

Los factores condicionantes del entorno social que influyen directamente son:

- Leyes más estrictas.¹⁴
- Difusión inmediata y masiva de noticias médicas tanto positivas como negativas.
- Mal uso de la información,
- Demanda de atención médica oportuna, humanizada y de calidad.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN MÉXICO Y EN ESTADOS UNIDOS

¿Cómo se determina la responsabilidad médica en México y en Estados Unidos?

Para determinar la configuración de la responsabilidad médica, tanto en los tribunales mexicanos como en los estadounidenses se establece con base en el concepto de *lex artis ad hoc*. En la doctrina del Derecho Sanitario, la *lex artis ad hoc* es entendida como el criterio valorativo sobre la corrección de un acto médico concreto que será ejecutado por el profesional de la medicina para el cual se tomaron en cuenta las características especiales de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, así como de factores endógenos como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.¹⁵

En Estados Unidos, cuando llega un caso a las Cortes sobre responsabilidad médica, el tribunal debe estudiar las alegaciones hechas por las partes para deter-

¹³ *Ídem.*

¹⁴ *Ibidem.* p. 82.

¹⁵ CONAMED: ¿Qué es la *lex artis ad hoc*? Disponible en:http://www.conamed.gob.mx/prof_salud/pdf/lex_artis.pdf

minar si la demanda plantea una cuestión de negligencia ordinaria o de mal praxis,¹⁶ ver cuadro 4.

Cuadro 4 RESPONSABILIDAD MÉDICA			
ESTADOS UNIDOS		MÉXICO	
Mala praxis	Negligencia	Mala praxis	negligencia
los demandantes deben señalar el deber del médico con su paciente	el demandante debe de acreditar el nivel de atención ordenados por la comunidad médica que sirvieron como parámetro para el tratamiento	Dependerá del carácter del demandado, de las acciones que motiven el litigio y del tipo de responsabilidad que se pretenda reclamar.	
el incumplimiento de las obligaciones por parte del médico por de la falta de experiencia, habilidad o cuidados y, la lesión causada por parte del médico.	el demandante debe de acreditar el nivel de atención ordenados por la comunidad médica que sirvieron como parámetro para el tratamiento.	 un objeto sancionador	 indemnización
	que el médico se haya desviado del estándar de atención y, que el resultado final y la conducta omisa guarden una relación.	 Responsabilidad administrativa y responsabilidad penal.	 Responsabilidad civil

Fuente: Suprema Corte de Justicia de la Nación, <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/192/RODRIGO%20MONTES%20DE%20OCA.pdf>

En México el acto médico se delimita a las relaciones entre los profesionales médicos y el paciente, en Estados Unidos, el cuidado de la salud o *healthcare* se orienta en los derechos referentes a los servicios de salud pública y la cobertura de sus planes de salud (*healthcare plans*).

¹⁶ Gore, Amy, Physicians, Surgeons, and Other Healers, <https://advance.lexis.com/GoToContentView?requestId=8098ad7f-c846-a725-075cc98d35f541f0&crid=19720d7f-9135-9b95-ba38-e3fb7fcfc3> (consultado el 9 de junio de 2013)

Los principios que rigen la práctica médica en los Estados Unidos se orientan a garantizar que los servicios de atención sean alcanzables para los individuos al garantizar cobertura general, costos razonables y cuidados preventivos. Asimismo se le atribuyen mayores responsabilidades a los pacientes estadounidenses que a los mexicanos.¹⁷

Con referencia a los derechos y a las obligaciones de los pacientes, los principios orientadores que definen los mismos son sumamente parecidos en ambos países. No obstante, en los Estados Unidos se exige un papel mucho más activo al paciente; éste tiene que informarse sobre el estado de su salud y participar de manera preeminente en la toma de las decisiones médicas que le competen. Además, con referencia a la cobertura de los servicios de salud, los pacientes tienen derecho a estar informados sobre su contenido, los costos de los servicios prestados y sus responsabilidades conforme a los mismos.¹⁸

Para determinar la configuración de la responsabilidad por mala praxis médica, en ambos países se reconoce la intervención necesaria de expertos en la materia para determinar la existencia de mala práctica médica, pues los jueces no poseen los conocimientos técnicos para determinar si un determinado profesional médico ha seguido las pautas que establecen los mismos miembros de la comunidad profesional.¹⁹

En Estados Unidos, después de la década de los sesentas, empezó a incrementar la preocupación por parte de las autoridades centrada en el sistema de responsabilidad por negligencia médica.²⁰ A raíz de lo anterior, se crearon procedimientos para investigar y eliminar demandas frívolas y fomentar el pago de daños mediante un proceso de arbitraje.

En comparación, en México existen medios alternativos para la solución de conflictos suscitados en el paciente y el profesional de la salud, éstos no son tan efectivos pues las partes no están obligadas a agotar esta instancia.²¹

Para determinar la negligencia de un profesional en Estados Unidos, el jurado emplea el estándar del “hombre razonable”; por el contrario, es extraño que se considere la evidencia del cumplimiento del profesional con un estándar dado según la práctica profesional. Lo que realiza el jurado usualmente es sopesar un riesgo determinado contra la utilidad de la conducta, la cual incrementa o disminuye el riesgo. Éstos tienen un deber razonable de cuidado y además deben tener un mínimo de conocimiento y habilidades especiales. En estos casos, al jurado se le instruye para que tomen su decisión con base en “la habilidad y el conocimiento poseídos comúnmente por los miembros respetables de una profesión”. Por lo

¹⁷ Rodrigo Montes de Oca Arboleya, *Acto médico y responsabilidad profesional: reflexiones en torno a las diferencias entre las jurisdicciones mexicana y estadounidense*, <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/192/RODRIGO%20MONTES%20DE%20OCA.pdf>, p.18.

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ *Ídem*

²⁰ Neil Olsen, Reed, *The Reform on Medical Malpractice Law: Historical Perspectives*, USA, July, 1996, The American Journal of Economics and Sociology, volume 55, p. 258.

²¹ MONTES DE OCA ARBOLEYA, RODRIGO, Op. Cit.,p.16.

anterior, la profesión médica tiene la facultad de establecer los estándares propios de su práctica y profesión.²²

Del estudio casuístico del derecho estadounidense se desprende que el estándar de cuidado para el ejercicio de la profesión médica tiene cinco elementos²³:

1. Un grado razonable u ordinario de habilidad y conocimiento;
2. Que dichos elementos sean poseídos y ejercidos habitualmente por los miembros de la profesión;
3. Que dichos miembros tengan el mismo nivel de escolaridad y tengan la misma escuela o tradición que el acusado;
4. Que dichos profesionales practiquen su profesión en localidades similares,
5. Que la profesión se ejerza a buen juicio del acusado.

La Suprema Corte de los Estados Unidos determinó que, en los casos que se provocara un daño como resultado de una decisión entre dos alternativas viables, esto no consistía en negligencia, siempre y cuando el médico actuara conforme a su juicio de buena fe. Esto se debe a que en última instancia es el paciente quien debe decidir sobre su tratamiento y no el médico.²⁴

La Corte en México si bien, aún no cuenta con un desarrollo jurisprudencial amplio respecto a la responsabilidad médica; ha venido presentado algunos casos que permitirán desarrollar el concepto de *lex artis ad hoc* en un futuro. La Primera Sala ha sostenido que las guías o protocolos médicos expedidos por la Secretaría de Salud o por la autoridad competente en la materia responden a la cristalización escrita de criterios de prudencia que permiten habitualmente definir lo que se considera, en ese estado de la ciencia, práctica médica adecuada y prudente ante una situación concreta, fijando por escrito la conducta diagnóstica y terapéutica aconsejable ante determinadas eventualidades clínicas, lo que equivale a positivizar o codificar la *lex artis*. Por tanto, la Sala ha considerado que, desde el punto de vista jurídico, las guías y los protocolos otorgan al médico cierto amparo a la hora de justificar su actuación, especialmente ante las reclamaciones de que puede ser objeto.²⁵

En cuanto a las demandas, el aumento en los últimos años por mala praxis, potenciado por los multifactores arriba señalados, ha preocupado al mercado de la salud, especialmente a Estados Unidos, a tal punto que su evolución atenta contra la estabilidad del sistema y amenaza con colapsarlo. Son reclamos indemnizatorios que involucran cifras millonarias, aunque algunos no tienen fundamento causal ni judicial. Al respecto, ya hace años que en Estados Unidos las compañías aseguradoras han llegado a la conclusión de que el mercado de seguros de responsabilidad médica provoca pérdidas, igual que el de automotores en virtud de la alta siniestralidad. Aun así, las modalidades de cobertura no satisfacen las

²² *Ibidem*, p.17.

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Ibidem*,p.15.

necesidades de la demanda, por la prescripción a los diez años de los reclamos de esta índole.²⁶

No todos los países han avanzado en la construcción de una normativa legal que permita sancionar la negligencia en la mala práctica profesional. En países como Colombia, Venezuela, Uruguay, su legislación no sanciona a la mala praxis de los profesionales. En caso de muerte de alguien, derivada de una mala praxis, se puede aplicar la figura del homicidio no culposo por ejemplo.²⁷

Aunque en México es escasa la información sobre los juicios y el error médico, actualmente en Estados Unidos son relativamente comunes, tal es el caso de una encuesta realizada en cirujanos especialistas quienes reportaron que más del 70% de ellos habían sido demandados al menos una vez durante el ejercicio de su profesión. Estudios estiman que uno de cada veinticinco pacientes que han sufrido negligencia médica interpone una demanda, a pesar de ello por cada cuatro demandas entabladas tres resultan con sentencia favorable para el médico tratante.²⁸

ESTADOS UNIDOS Y LA MEDICINA DEFENSIVA

En Estados Unidos, la práctica de la medicina defensiva se relaciona con el fenómeno conocido como *Malpractice Crisis*, que ha incrementado el número de demandas dando como resultado el nacimiento de la medicina defensiva.

El espectacular incremento de las demandas, coincidiendo con un notable aumento de sumas en las compensaciones pagadas por daños, ha repercutido en el precio de las primas anuales que pagan los médicos.²⁹ Según la Asociación Médica Mundial (AMM), en el mundo existe un aumento de la cultura del litigio que afecta de manera negativa la práctica de la medicina y a la disponibilidad y calidad de los servicios de salud.

La cultura del litigio también ha dificultado la distinción entre negligencia y resultados adversos inevitables, lo que produce con frecuencia una determinación aleatoria del nivel de atención. Esto ha contribuido a la percepción general de que cualquier persona puede demandar por casi cualquier cosa, con la idea de obtener un gran premio. Esta práctica engendra el cinismo y la desconfianza tanto en el sistema médico como en el legal con graves consecuencias para la relación médico-paciente.³⁰

²⁶ Martín Seoane, Rosario Alicia Sotelo, Armando Maccagno, “Los caminos del error médico”, *Cuadernos de Medicina Forense, Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Año 2, N°2, Argentina, 2010, pp.73-78.

²⁷ La información y el contenido multimedia, publicados por la Agencia de Noticias Andes, Pocos países suramericanos sancionan la mala práctica profesional, *Ecuador avanza en el tema*, <http://www.andes.info.ec/es/noticias/pocos-paises-suramericanos-sancionan-mala-practica-profesional-ecuador-avanza-tema.html>.

²⁸ Nancy, Santamaría-Benumea, Adriana, Garduño-Alanís, et al., “Aspectos legales del error médico en México”, *Rev CONAMED*, número 1, vol. 19, 2014, p.32.

²⁹ Mercedes, Martínez León, Daniel, Queipo Burón, et al., “Aspectos de la nueva teoría de Estados Unidos y Reino Unido del reconocimiento de los errores médicos con efecto en la disminución de las demandas”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Junio, Universidad Complutense de Madrid, España, 2009, p.4.

³⁰ Declaración de la AMM sobre la Reforma de la responsabilidad médica, Adoptada por la Asamblea General de la AMM, Santiago 2005.

La Asociación Médica Mundial pide a las organizaciones profesionales nacionales que reaccionen exigiendo a sus legisladores las reformas necesarias para garantizar las leyes y los sistemas jurídicos de sus países protegen a los médicos de los juicios sin fundamento, a la vez que se hacen garantes de promover un entorno médico-legal más adecuado para ejercer unas prácticas médicas seguras en beneficio de los pacientes.

La ley de la mala práctica médica en Estados Unidos ha estado tradicionalmente bajo la autoridad de los estados y no del gobierno federal. Respecto a las leyes o normas marco de negligencia médica hace treinta años se establecían a través de decisiones en los juicios en los tribunales estatales, en lugar de ser leyes aprobadas por las legislaturas estatales, debido a que las reglas que establecen la jurisprudencia en casos de negligencia médica en un estado no tienen peso en otro, debido a que las reglas varían de un estado a otro, aunque muchos de los principios son similares.

La ley de negligencia médica tiene sus raíces en el siglo diecinueve, es parte del cuerpo más general de la ley relativa a los daños a personas o propiedad, conocida como “ley de responsabilidad civil”. Los casos de negligencia médica son un ejemplo de un tipo particular de responsabilidad civil, la responsabilidad civil es conocida como “negligencia”.³¹

En Estados Unidos para ganar una demanda por negligencia médica, la persona lesionada debe probar que recibió atención médica deficiente. Esto implica una serie de pasos. En primer lugar, los pacientes deben probar que existió negligencia médica, es decir, que el demandante debe demostrar que el médico no proporcionó atención médica que cumpla con las normas pertinentes.

En algunos casos esto no es difícil, tales como cuando la cirugía se realiza en la parte del cuerpo equivocado. En otros casos, mostrando la causalidad puede ser bastante problemático, como los casos de personas con enfermedades graves que podrían haber sufrido complicaciones de su enfermedad, incluso con una buena atención médica. Identificar qué parte de la atención médica causada por lesión también puede ser un reto cuando muchos proveedores diferentes participaron en la atención, por lo que muchos tribunales tienen reglas especiales para hacer frente a situaciones en las que no es posible determinar con precisión los actos dañinos.

El paso final en un caso de negligencia médica es establecer la cantidad de dinero que debe ser otorgado a un demandante que gana. Sin embargo, la aplicación de las reglas para determinar los daños puede ser complicado y tener en cuenta tanto las pérdidas reales económicas, tales como la pérdida de salarios y los costos de la atención médica en el futuro relacionados con la lesión y las pérdidas no económicas, como el dolor, el sufrimiento o la pérdida de la compañía de un cónyuge o un hijo.³²

³¹ Peter, Budetti, et al., *Medical Malpractice Law in the United States*, Kaiser Family Foundation, USA, 2005, pp.2-4.

³² *Ídem.*

La *malpractice crisis* en Estados Unidos es un fenómeno que ha iniciado a mediados de los años 70, responde a la espectacular alza de precios que experimentaron las primas de responsabilidad médica coincidiendo con un importante aumento de la frecuencia de las demandas.³³

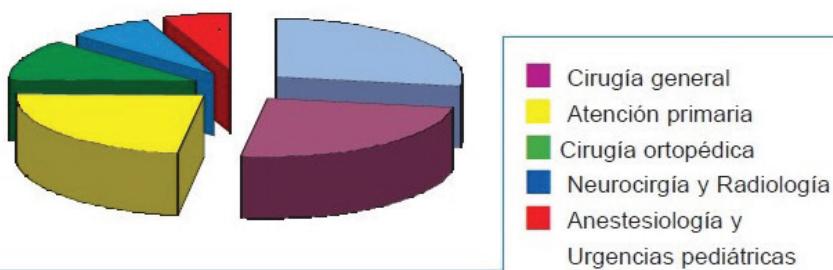
En un estudio publicado por la Revista *The New England Journal of Medicine*, un grupo de médicos cualificados examinó una muestra aleatoria de 1452 demandas por negligencias de 5 compañías de seguros de responsabilidad civil que fueron resueltas entre 1984-2004. Como resultados más relevantes en casi el 40 % de las demandas presentadas en Estados Unidos por mala práctica no había error médico, es decir, eran infundadas.³⁴

En el estudio, de los enfermos que presentaban lesiones objetivas, se indemnizan en el 73 % de los supuestos al demandante. De las demandas presentadas en las que el daño no fue provocado por error médico, el 72 % fueron rechazadas o resueltas sin indemnización. Sin embargo, el 28 % si fueron indemnizadas. En total, las demandas estudiadas dieron lugar a 449 millones de dólares de indemnizaciones impuestas en sentencias o acordadas de antemano.³⁵

Los médicos más demandados pertenecen al área de Obstetricia y Ginecología, a la que se dirigen el 19 % de las demandas. Muy cerca les siguen los cirujanos generales, a quienes van dirigidas el 17 % de las reclamaciones. Por su parte, los médicos de atención primaria reciben el 16 %. El 8 % de las demandas se dirigen a la Cirugía Ortopédica, el 5 % a la Neurocirugía y Radiología, respectivamente, y el 4 % a la Anestesiología, Urgencias y Pediatría.³⁶

Grafico 1

Especialidades más demandadas



Fuente: Aspectos de la nueva teoría de Estados Unidos y Reino Unido del reconocimiento de los errores médicos con efecto en la disminución de las demandas, M. Martínez León, D. Queipo Burón y C. Martínez León.

³³ Josep Arimani Manso, "La medicina defensiva un peligro boomerang", *Humanitas*, número 12, febrero, Barcelona España, 2007, p.15.

³⁴ Mercedes Martínez León, Daniel Queipo Burón, et. al., *Op.Cit.*, pp.6-8.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Gallagher TH, Studdert D, Levinson W. Disclosing harmful medical error to patients. N England J Med 2007; 356 (26): 2713-9.

El sistema de *malpractice medical* en Estados Unidos está basado en derecho de daños, que apoya a los médicos responsables para no dañar a los pacientes, intencionadamente o por negligencia.

Las demandas por negligencia médica se caracterizan porque son más promovidas contra los médicos especializados en proporción al número y la frecuencia con la cual la realizan.

Por ejemplo, las demandas contra los médicos especialistas en cardiología con más frecuencia alegan lesiones causadas por las siguientes: (1) errores en el diagnóstico, (2) la mala ejecución de procedimientos, (3) la falta de supervisar o controlar la atención, (4) los errores de medicación, y (5) la falta de reconocer las complicaciones del tratamiento. La mayoría de estas lesiones ocurren en los hospitales, y muchos de los pacientes lesionados mueren.

Los objetivos sociales del sistema de negligencia médica son los siguientes: (1) compensar a los pacientes lesionados por negligencia, (2) exigir justicia correctiva, y (3) desalentar prácticas inseguras mediante la creación de un incentivo económico para tomar mayores precauciones. Algunos pacientes lesionados por negligencia se compensan, pero la mayoría no lo son. Las reclamaciones son presentadas contra algunos también los médicos negligentes, pero algunos que no son negligentes, y ser negligente no garantiza que un reclamo será llevado. El efecto disuasorio de negligencia médica no está comprobada, y el sistema de negligencia puede provocar costos de los medicamentos y el aumento de la salud defensivas. Y haciendo hincapié en la responsabilidad individual, entra en conflicto con un enfoque orientado a los sistemas para reducir los errores médicos.³⁷

Respecto al perfil de los demandantes.³⁸

- 60 % son mujeres
- 19 % de las demandas se refieren a recién nacidos
- 12 % son presentadas por > de 65 años.

El segmento de edad en el que se producen más reclamaciones es el comprendido entre los 35 y 49 años. La edad media del demandantes es de 38 años.

En cerca de 30 Estados de los EEUU, en respuesta a la dificultad para el reconocimiento de los errores derivados del incremento de las demandas por mala praxis médica, se han establecido las llamadas *I'm sorry laws*. Estas leyes promueven.³⁹

- La declaración de los errores médicos sin que esta revelación sea prueba de culpabilidad.
- Mejora la relación médico-paciente y la confianza en el profesional.
- Ayuda a prevenir errores.
- Disminuye el coste legal y las reclamaciones

³⁷ Luce, JM., *Medical malpractice and the chest physician*, núm.134, vol. 5, noviembre, National Institutes of Health, USA, 2008, pp. 1044-50.

³⁸ Studdert DM et al. *Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation*, 2006, pp. 2024-33.

³⁹ Momentum for special health courts is building. common good, Restoring common sense to America. En: <http://commongood.org/search.html>

Estas regulaciones, que varían de un Estado a otro, suponen la reacción de la sociedad ante situaciones que han sido perniciosas para todos: para los profesionales, para las instituciones y, por supuesto, para los pacientes. Esta reforma ha subrayado los principios que la ética ha defendido siempre respecto al error médico, ya que la honestidad y la buena comunicación son los mejores antídotos.

Todavía es pronto para conocer los resultados de la implantación de estas leyes, pero los datos recogidos en el Estado de Colorado, entre enero de 2000 y octubre de 2006, son optimistas, de un total de 3200 casos:⁴⁰

- Solo el 25% de los pacientes recibieron una compensación económica (5.400 \$).
- Solo 7 de ellos a pesar de la indemnización los pacientes interpusieron una demanda.
- Solo en 2 ocasiones condenó a los profesionales.
- Sólo en 800 casos, es decir, un 25% de los pacientes recibieron una compensación económica, 5400 \$ por caso. De ese 25% de pacientes que recibieron una indemnización, sólo 7 de ellos interpusieron una demanda que condenó a 2 profesionales.

El resto de los casos, es decir, los 2400 casos restantes que quedaron sin ser indemnizados, sólo 16 pacientes acudieron a los tribunales y de ellos solamente 6 obtuvieron una recompensa monetaria.

Más del 90% de los médicos británicos creen que los pacientes son menos propensos a denunciar una negligencia si reciben una disculpa y una explicación del error, de acuerdo con una encuesta realizada por la Sociedad de Protección Médica del Reino Unido, que publicó Medicalnewstoday.⁴¹

En Estados Unidos, las demandas por la mala práctica médica es un factor que ha elevado los costos de la atención médica, ya que la atención médica tiene que contar con un seguro contra estas eventualidades.

MÉXICO Y LA MEDICINA DEFENSIVA

De acuerdo a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en 2014 recibieron 2,050 quejas, de las que se han atendido 1,654, del total, el 72% corresponden al sector público y 28% al sector privado, la institución pública con mayores quejas es el IMSS, con 906, el ISSSTE, con 112 casos y en tercer lugar, los consultorios privados, que registran 287 inconformidades; lo que equivale a 14 por ciento de los asuntos iniciados en 2013.⁴²

⁴⁰ León Sanz, *La ética en la práctica. Cuando algo se hace mal: del error médico a la mala praxis*, Traumatología Fundación MAPFRE 2008, vol. 19, núm. 3, pp.138-142.

⁴¹ Bown S., Sociedad de Protección Médica del Reino Unido. Medicalnewstoday. Diario Médico. 31 Oct 2008; Sección Normativa: página. http://www.diariomedico.com/edicion/diario_medico/normativa/es/desarrollo/1179800.html

⁴² Conamed recibió más de 2,000 quejas en 2014, El Economista, <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2015/06/07/conamed-recibio-mas-2000-quejas-2014>

La Estadística de Quejas Concluidas por Modalidad apunta que al cierre de 2013, se desahogaron 1775 procesos; de los cuales 43 derivaron en un “laudo” condenatorio para el acusado. De 174 casos se pudo comprobar la mala práctica de médicos, especialmente, en casos de cirugías; pero no todos llegaron a un fallo. El 51% de casos llegan a conciliaciones (918 al término en 2014) y en 26 por ciento (475), no se llegó a un acuerdo. El 14% (251 expedientes) en todo el país, fueron cerrados por “falta de interés procesal” de los presuntos agraviados.⁴³

La mayor cantidad de quejas está relacionada con tres asuntos: una mala relación médico-paciente, una mala operación y un mal diagnóstico.

La mayoría de las quejas están relacionadas con los servicios de especialidades médicas, cirugía general y ginecología, ver cuadro

Cuadro 5
Quejas por especialidad primer semestre 2014

Especialidad	Total	Con responsabilidad institucional	Sin responsabilidad institucional	No disponible
Total	92	9	40	43
Especialidades médicas	84	9	34	41
Cardiología	2	1		1
Cirugía de gastroenterología	3		1	2
Cirugía general	22	2	12	8
Cirugía neurológica	1			1
Cirugía pediátrica	1		1	
Cirugía plástica y estética	3		2	1
Cirugía reconstructiva	1		1	
Cirugía vascular y angiología	4	1		3
Endoscopía	2	1		1
Gastroenterología	1		1	
Geriatría	1		1	
Ginecología	3			3
Medicina familiar	1			1
Medicina física	1			1
Nefrología	1			1
Neumología	2		1	1
Neurología	1			1
Obstetricia	5		1	4
Oftalmología	8	3	3	2
Oncología quirúrgica	2		1	1
Ortopedia general	6	1	3	2
Otorrinolaringología	3		1	2
Psiquiatría	1			1
Reumatología	2		1	1

⁴³ *Idem.*

Traumatología	4		1	3
Urgencias médicas	1	1		
Urología	2			
Especialidades odontológicas y odontología general	5	0	5	0
Cirugía Maxilofacial	1		1	
Odontología	4		4	
Servicios técnicos y auxiliares de la salud	3	0	1	2
Radiología e Imagen	1			1
Servicios Auxiliares de Tratamiento	2		1	1

Fuente: Sistema de Atención de Quejas Médicas y Dictámenes (SAQMED) /Cifras preliminares, 1er semestre 2014.

En este contexto, la medicina defensiva surge como una respuesta de los médicos y prestadores de los servicios de salud a la judicialización de los hechos adversos que se les pueden presentar a lo largo de su vida profesional. En México se gastan casi 100,000 millones de pesos en ejercer la medicina defensiva, lo que representa 20% del presupuesto del sector salud en el país.⁴⁴

El presupuesto acumulado del ISSSTE, del IMSS, de la SSA, es de casi 100,000 millones de pesos en medicina defensiva de un presupuesto total de 530,000 millones de pesos al año. La medicina defensiva es muy cara porque una de las causas son los procedimientos que mantiene el Estado, que llegan a ser hasta de 12 años para atender casos de ese tipo, cuando hay instancias federales conciliatorias que facilitan el camino como la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed).⁴⁵

CONCLUSIONES

- Ante el aumento de demandas por negligencia y por mala praxis médica en México y Estados Unidos, los profesionales de la salud han buscado la aplicación de medidas preventivas para evitar un conflicto médico legal, la medicina defensiva.
- El fenómeno de cultura de la demanda se ha generalizado y globalizado, en los casos de México y Estados Unidos el incremento de las demandas coincide con un notable aumento de sumas en las compensaciones pagadas por daños, lo cual ha repercutido en el precio de las primas que pagan los médicos.
- En México, la responsabilidad médica se deriva del actuar de un profesional, de la no observancia de un reglamento en el trabajo o una infracción a un ordenamiento administrativo o de una norma penal, cuyas consecuencias jurídicas van a ser distintas en cada uno de los casos.

⁴⁴ En México gastan 100,000 mdp en medicina defensiva, <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2011/10/19/mexico-gastan-100000-mdp-medicina-defensiva>

⁴⁵ *Idem.*

- La Suprema Corte de los Estados Unidos determina que en la responsabilidad médica de una mala praxis, los demandantes deben señalar el deber del médico con su paciente; el incumplimiento de las obligaciones por parte del médico, resultado de la falta de experiencia, habilidad o cuidados y la lesión causada por parte del médico. Por otro lado, para sostener una negligencia médica, el demandante debe de acreditar el nivel de atención ordenados por la comunidad médica que sirvieron como parámetro para el tratamiento; que el médico se haya desviado del estándar de atención y que el resultado final y la conducta omisa guarden una relación.

- En Estados Unidos y México, las demandas por la mala práctica médica es un factor que ha elevado los costos de la atención médica, ya que la atención médica tiene que contar con un seguro contra estas eventualidades.

- Para determinar la responsabilidad por mala praxis médica, tanto en México como en Estados Unidos, los tribunales se basan en el concepto de *lex artis ad hoc*. También en ambos países se reconoce la injerencia de expertos en la materia para determinar la existencia de mala práctica médica, ya que los jueces no gozan los conocimientos técnicos para determinar si un determinado profesional médico ha seguido las normas que establecen la comunidad médica.

- La ética médica demanda la disminución y la prevención del error. El ejercicio profesional del médico y demás operadores determina riesgos y debe reconocerse que no siempre se podrá garantizar un resultado positivo en el paciente, sin que ello implique negligencia por parte de los profesionales médicos.

FUENTES DE INFORMACIÓN

CARRILLO FABELA, Luz María. *La Responsabilidad Profesional del Médico*, Porrúa, México 2009.

BAÑUELO DELGADO, Nicolas, *La mala práctica*, CONAMED, http://www.conamed.gob.mx/comisiones_estatales/coesamed_nayarit/publicaciones/pdf/mala_practica.pdf

BOWN S., Sociedad de Protección Médica del Reino Unido. Medicalnewstoday. Diario Médico. 31 Oct 2008; Sección Normativa: página, http://www.diariomedico.com/edicion/diario_medico/normativa/es/desarrollo/1179800.html

BUDETTI, Peter, et al., *Medical Malpractice Law in the United States*, Kaiser Family Foundation, USA, 2005.

CISNEROS CORTÉS, Selene Margarita, *Límites jurídicos del arbitraje médico en México*, Tesis de licenciatura. México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Octubre 2009.

Conamed recibió más de 2,000 quejas en 2014, El Economista, <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2015/06/07/conamed-recibio-mas-2000-quejas-2014>

_____ , Declaración de la AMM sobre la Reforma de la responsabilidad médica, Adoptada por la Asamblea General de la AMM, Santiago 2005.

GARAY, Oscar, *Treinta años de mala praxis médica*, <http://www.intramed.net/contenidover.asp?contenidoID=60662>

- GALLAGHER TH, Studdert D., Levinson W. Disclosing harmful medical error to patients. N., England J Med, 2007.
- IRAOA, Lidia Nora, *Apuntes Sobre la Responsabilidad Médica Legal y la Mala Praxis*, GeoSalud, <http://www.geosalud.com/malpraxis/malapraxis.htm>
- LUCE, JM., *Medical malpractice and the chest physician*, núm.134, vol. 5, noviembre, National Institutes of Health, USA, 2008.
- MANSO, Josep Arimani “La medicina defensiva un peligro boomerang”, *Humanitas*, número 12, febrero, Barcelona España, 2007.
- MARTÍNEZ LEÓN, Mercedes, QUEIPO BURÓN, Daniel, et. al., “Aspectos de la nueva teoría de Estados Unidos y Reino Unido del reconocimiento de los errores médicos con efecto en la disminución de las demandas”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Junio, Universidad Complutense de Madrid, España, 2009.
- MONTES DE OCA ARBOLEYA, Rodrigo, Acto médico y responsabilidad profesional: reflexiones en torno a las diferencias entre las jurisdicciones mexicana y estadounidense, <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/192/RODRIGO%20MONTES%20DÉ%20OCA.pdf>, p.18.
- Momentum for special health courts is building. common good, Restoring common sense to America. En: <http://commongood.org/search.html>
- OLSEN NEIL, Reed, *The Reform on Medical Malpractice Law: Historical Perspectives*, The American Journal of Economics and Sociology, volume 55, Julio, USA, 1996.
- PAREDES SIERRA, Raymundo, Ética y Medicina Defensiva, UNAM, http://www.facmed.unam.mx/sms/seam2k1/2003/ponencia_sep_2k3.htm
- RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo, “De la medicina defensiva a la medicina asertiva”, *Revista de la Facultad de Medicina de la República de Uruguay*, Num. 3, volumen 22, 2006, pp.167-168.
- SANTAMARÍA-BENHUMEA, Nancy, Garduño-Alanís, Adriana, et al., “Aspectos legales del error médico en México”, *Rev CONAMED*, número 1, vol. 19, 2014, p.32.
- SANZ, León, *La ética en la práctica. Cuando algo se hace mal: del error médico a la mala praxis*, Traumatología Fundación MAPFRE 2008, vol. 19, núm. 3, pp.138-142.
- SEOANE, Martín, SOTELO, Rosario Alicia, et. al. “Los caminos del error médico”, *Cuadernos de Medicina Forense, Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Año 2, N°2, Argentina, 2010.

Jurisprudencia

- Época: Décima Época. Registro: 2004785. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.4o.A.64 A (10a.). Página: 1890.
- Época: Décima Época. Registro: 2004785. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación

y su Gaceta. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.4o.A.64 A (10a.). Página: 1890.

Época: Décima Época. Registro: 2002441. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXV/2013 (10a.). Página: 621.

Época: Décima Época. Registro: 2002531. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXVI/2013 (10a.). Página: 636.

EL ARTÍCULO 1904 DEL TLCAN: UNA REFLEXIÓN A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

EDMUNDO ROBLEDO FRANCO*

RESUMEN

Los conflictos surgidos por el tema de la culminación del TLCAN han generado un proceso revulsivo en el que se avecinan dos escenarios antagónicos entre sí: la denuncia del tratado, o bien, la renegociación del mismo. Esa ambigüedad, genera una reflexión sobre la incidencia que en el ámbito del derecho. Es claro que una posible denuncia del TLCAN tiene repercusiones de tal magnitud que no se restringen en exclusiva ámbito comercial, sino que la incursión de este tratado se ha configurado como una expresión manifiesta de un principio general de derecho cuyos efectos, quizás, ni siquiera han sido apreciados.

Palabras clave: tratado, principio, legalidad, comercio

ABSTRACT

Nowadays, the conflicts that have arisen over the culmination of NAFTA have generated a revulsive process in which two antagonistic scenarios are coming together: the denunciation of the treaty, or the renegotiation of it. This ambiguity, generates a reflection on the incidence in the field of law. It is clear that a possible denunciation of NAFTA has repercussions of such magnitude that they are not restricted exclusively in the commercial field, but the incursion of this treaty has been configured as a manifest expression of a general principle of law whose effects, perhaps, have not even been Appreciated by the parties involved.

Keywords: treaty, principle, legality, trade

INTRODUCCIÓN

En la actualidad los conflictos surgidos por el tema de la culminación del Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN) derivado de la nueva administración de EE.UU., han generado un proceso revulsivo en el que se

Recibido: 30/06/17 Aprobado: 20/07/17

* Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México, campus Norte.

avecinan dos escenarios antagónicos entre sí: la denuncia del tratado (terminación del mismo) o bien, la renegociación del mismo.

Si bien es cierto que el discurso que el tema en sí mismo involucra al plantear escenarios de renegociación, han propiciado un marco idóneo para desarrollar las presentes líneas, también es cierto que al tiempo en que éstas se escriben no se ha definido a plenitud cual será el rumbo que habrá de tomar el mismo.

Sin embargo, lejos de que este fenómeno represente una ambigüedad en el texto que ahora se somete a la consideración del lector, lo cierto es que esa ambigüedad, genera un elemento adicional de reflexión sobre la incidencia que en el ámbito del derecho genera una posible discusión sobre el principal tratado en materia económica que tiene nuestro país y por tanto analizando también los alcances que el citado tratado tiene en el ámbito jurídico.

Particularmente, el tema central se delimita de manera genérica para sensibilizar el alcance que la denuncia de un tratado o la renegociación del mismo pueden generar en desde un ámbito jurídico; y de manera particular, analizando las cuotas compensatorias entre México, EE.UU. y Canadá, mismas que se encuentran previstas al tenor de un mecanismo de solución abrigado por el propio TLCAN.

En el presente ensayo, se elabora un análisis de dicho mecanismo al tenor del principio de legalidad con la intención de aportar un enfoque diverso a aquel que solo contempla la prevalencia del derecho internacional sobre un derecho interno.

Lo anterior, con la finalidad de conciliar la arraigada tradición del jurista mexicano de contemplar el citado principio en toda institución jurídica, evidenciando que este principio no solo concilia los nuevos mecanismos de concepción del derecho, sino también es compatible con las nuevas tendencias de solución de conflictos que surgen entre los Estados en dichas materias.

Además de ello, el enfoque que se establece en el desarrollo de este texto establece la importancia de una integración y unificación de los principios de legalidad y seguridad jurídicas, pues a partir de ellos se tendría una noción más real del capítulo XIX del TLCAN.

Así en el primer apartado habrán de desarrollarse las nociones de los conceptos que requerirá nuestro análisis; en el segundo apartado se desarrollara la trascendencia cultural y jurídica de los mecanismos de solución de controversias contemplados en el capítulo XIX del TLCAN, el Principio de Legalidad y Seguridad Jurídica del artículo 1904 del TLCAN, así como se cuestionara si el contenido de dicho artículo es significativo de una preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno. Finalmente, en el tercer apartado se precisarán las consideraciones conclusivas que el desarrollo de esta investigación sostiene.

1. NOCIONES FUNDAMENTALES.

1.1. *Precisiones Terminológicas*

El análisis de cualquier institución jurídica precisa que su estudio defina con claridad las nociones de los conceptos que requerirá. Es por esta razón que de

manera sucinta en este apartado se precisa el alcance de las nociones fundamentales que se utilizan.

En primer orden, se hace referencia a la noción de derecho interno como la referencia a la Constitución, leyes, reglamentos y fallos judiciales de una Parte, en la medida que tengan relación con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias.¹

Por su parte, el término resolución definitiva, para el caso de nuestro país, expresa su referencia a aquella resolución definitiva respecto a las investigaciones en materia de cuotas antidumping o compensatorias dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial² conforme al artículo 13 de la Ley Reglamentaria del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior, con sus reformas.³ Así mismo a la resolución definitiva respecto a la revisión administrativa anual de la resolución definitiva respecto a cuotas antidumping o a cuotas compensatorias dictada por la Secretaría, como se señala en la lista del Anexo 1904.15, inciso (o); y una resolución definitiva dictada por la misma Secretaría de Economía respecto a la pertenencia de un tipo particular de mercancía a la clase o tipo de mercancía descrita en una resolución existente sobre cuotas antidumping o compensatorias.⁴

De igual modo, se clarifica que la palabra *dumping* materia de estas resoluciones, es entendida como aquel vocablo que expresa el propósito o la realidad de inundar el mercado con productos a precios más bajos que los habituales e incluso que los de costo, con la finalidad de anular la competencia; y luego, acaparada la clientela, resarcirse, de donde se aprecia que esa es la materia de las resoluciones definitivas a que se refiere el artículo 1904 del TLCAN.⁵

Finalmente, al hacer referencia al concepto de preeminencia, debe apuntarse que éste será entendido a partir de los principios de legalidad y seguridad jurídica como principios generales del derecho⁶, y no a partir de su acepción coloquial representativa de la prevalencia de un objeto o materia sobre otro.

¹ Así lo define el Artículo 1911 del TLCAN de la siguiente manera: Artículo 1911. Para efectos de este capítulo: ...

derecho interno para los propósitos del artículo 1905(1) significa la constitución, leyes, reglamentos y fallos judiciales de una Parte, en la medida que tengan relación con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias;

...” (Cfr: Diario Oficial de la Federación de fecha 20 de diciembre de 1993).

² Actualmente dicha dependencia de la Administración Pública es denominada como Secretaría de Economía por lo que así habrá de ser entendida en futuras referencias.

³ Así lo define el Anexo 1911 del propio TLCAN para el caso de México, así como para el caso de Estados Unidos y Canadá. (Cfr. op. cit. DOF).

⁴ *Ídem*.

⁵ CABANELAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Argentina, Editorial Heliasta, 1988, pág. 107.

⁶ Sobre el tema Cfr. JAIME MANS PUIGARNAU, *Los principios generales del derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, 523 págs.

2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1904 DEL TLCAN

2.1. Trascendencia cultural y jurídica de los mecanismos de solución de controversias contemplados en el capítulo XIX del TLCAN

El TLCAN es el tratado internacional de mayor importancia en materia de comercio que existe en la historia de sus Estados signantes.⁷ Y es que la riqueza jurídico - cultural de este tratado, no solo se enmarca como una de las excepciones que establece el artículo XXIV del GATT⁸ que permite a dos o más Estados otorgarse reciprocas concesiones comerciales sin tener que hacerlas extensivas a otros países,⁹ sino que, atendiendo al desarrollo del derecho en la actualidad,¹⁰ se establecen una serie de mecanismos altamente desarrollados¹¹ con la finalidad de posibilitar soluciones a conflictos ocasionados por el comercio exterior,¹² además de establecer la creación de una zona de libre comercio y de una nueva visión para concebir las relaciones comerciales entre los Estados Parte.¹³

En este tenor, la propia ciencia jurídica nos ha provisto de diversos mecanismos cuyo valor agregado tienen por objeto abrir nuevos instrumentos y caminos inherentes a la aportación del ámbito jurídico para corregir un problema económico en la actualidad y bajo esa línea de pensamiento destaca la importancia de los métodos alternativos de solución de controversias como mecanismo de

⁷ LORETTA ORTIZ AHLF, *et al. Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus acuerdos paralelos*, 2^a. ed., México, Themis, 1998, colección Ensayos Jurídicos, pág. 3.

⁸ Por sus siglas en inglés que se refiere al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio.

⁹ ROGELIO MARTÍNEZ VERA. *Legislación del comercio exterior*, México, McGraw-Hill, 1997, p. 264.

¹⁰ En distintos foros como la celebrada el 8 de Julio de 2010 en la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación bajo la conferencia anual Hugo Grocio de Arbitraje Internacional, se ha expresado la realidad que vive el derecho internacional de protección de inversionistas al enfatizar que es innegable la circunstancia de que ésta ya descansa en los tratados internacionales, bilaterales o plurilaterales y en razón de ello, es por lo que algunos laudos arbitrales levantan la discusión acerca de los límites de la protección al inversorista. (BERNARDO CREMADES, *La participación de los Estados en el Arbitraje Internacional*, Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, Núm. 27, diciembre, México, 2010, pág. 23).

¹¹ Sobre el tema concreto, valdría la pena reflexionar sobre la conveniencia o inconveniencia de las palabras de Miguel Díaz en las que apunta que: "... aunque las medidas encaminadas a facilitar el proceso de negociación pueden ser tomadas conjuntamente por las partes sin que participe un tercero, los órganos de la ONU o de otras organizaciones internacionales pueden facilitar el proceso de negociación poniendo a disposición de las partes los servicios de un tercero o recomendado que las partes se pongan de acuerdo para nombrar a una persona ajena a la controversia para que preste su asistencia al proceso de negociación". (LUIS MIGUEL DÍAZ, *I Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil Memorias en Homenaje al Dr. Cipriano Gómez Lara*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Estudios Judiciales, México, 2005, pág. 629).

¹² Estos son: 1) La creación de un panel de exportes para determinar si una reforma legislativa en materia de antidumping es congruente con el capítulo XIX del TLCAN (artículo 1902.2 y 1903); 2) El establecimiento de un tribunal arbitral para revisar las resoluciones dictadas en materia de antidumping por las autoridades internas de cada Parte (artículo 1904); 3) El establecimiento de un comité especial para proteger el sistema de revisión (artículo 1905); y 4) El establecimiento de un comité de impugnación extraordinaria (artículo 1904, párrafo 12 y anexo 1904.13). OSCAR CRUZ BARNEY. *Solución de controversias y antidumping en el tratado de libre comercio de América del norte*, Porrúa, México, 2007, pág. 133.

¹³ En el TLCAN se emplea la expresión *Partes* con letra mayúscula, para hacer referencia a los Estados de México, Estados Unidos o Canadá, por lo que en el presente ensayo se empleará el mismo sentido al hacer referencia a dicha palabra.

solución a un conflicto que privilegia la búsqueda de soluciones adecuadas. Tratar de conciliar esta concepción con la arraigada tradición de los juristas mexicanos de contemplar el principio de legalidad¹⁴, es sin duda en ocasiones una tarea importante, sin embargo, por los momentos actuales se ha tornado en necesaria en grado superlativo.

Es así como la perspectiva que arroja el principio de legalidad debe ser entendida como la máxima jurídica que debe prevalecer en todo tipo de regulación e institución que sea vinculada en el orden jurídico nacional, no desde una perspectiva rígida e inflexible, sino por el contrario, con el análisis del artículo 1904 del TLCAN se advierte que el citado principio de legalidad no representa una oposición al desarrollo de uno de los más avanzados mecanismos de solución de controversias que puede contenerse en un tratado internacional, por el contrario, éste lo refuerza.

2.2. *El Principio de Legalidad y Seguridad Jurídica del artículo 1904 del TLCAN.*

El mecanismo de solución de controversias contenido en el artículo 1904 del TLCAN estableció la obligación a los Estados signantes de reformar sus leyes y reglamentos en materia de cuotas antidumping y compensatorias, así como de todas aquellas disposiciones que se refieran al funcionamiento de las mismas, siempre que guarden relación con las mercancías de las otras Partes.¹⁵

Dicho precepto es del tenor literal siguiente:

Artículo 1904.

1. Según se dispone en este artículo, cada una de las Partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional.

2. Una Parte implicada podrá solicitar que el panel revise, con base al expediente administrativo, una resolución definitiva sobre cuotas antidumping y compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una Parte importadora, para dictaminar si esa resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la Parte importadora. Para este efecto, las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias consisten en leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente. Unicamente para efectos de la revisión por el panel, tal como se dispone en este artículo, se incorporan a este Tratado las leyes sobre cuotas antidumping y compensatorias de las Partes, con las reformas que ocasionalmente se les hagan.

¹⁴ En este sentido la doctrina mexicana ha sostenido que el sistema jurídico mexicano, al ser de naturaleza escrita, es también regido por el principio de legalidad. (LORETTA ORTIZ AHLF, et. al. *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, Porrúa, México, 2008, pág. 94).

¹⁵ CRUZ BARNEY, *op. cit.*, pág. 146.

3. El panel aplicará los criterios de revisión señalados en el Anexo 1911 y los principios generales de derecho que de otro modo un tribunal de la Parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente.

4. La solicitud para integrar un panel se formulará por escrito a la otra Parte implicada, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la resolución definitiva en cuestión se publique en el diario oficial de la Parte importadora. En el caso de resoluciones definitivas que no se publiquen en el diario oficial de la Parte importadora, ésta las notificará inmediatamente a la otra Parte implicada cuando esa resolución involucre sus mercancías, y esa Parte podrá solicitar la integración de un panel dentro de los treinta días siguientes a que se reciba la notificación. Cuando la autoridad investigadora competente de la Parte importadora haya dictado medidas provisionales con motivo de una investigación, la otra Parte implicada podrá notificar su intención de solicitar un panel de conformidad con este artículo, y las Partes empezarán a instalarlo a partir de ese momento. De no solicitarse la instalación de un panel en el plazo señalado en este párrafo, prescribirá el derecho de revisión por un panel.

5. Una Parte implicada podrá solicitar, por iniciativa propia, que un panel revise una resolución definitiva, y deberá asimismo solicitarlo a petición de una persona que de otro modo, conforme al derecho de la Parte importadora, estaría legitimada para iniciar procedimientos internos de revisión judicial de la misma resolución definitiva.

6. El panel llevará a cabo la revisión según los procedimientos establecidos por las Partes conforme al párrafo 14. Cuando ambas Partes implicadas soliciten que un panel revise una resolución definitiva, un sólo panel revisará tal resolución.

7. La autoridad investigadora competente que haya dictado la resolución definitiva en cuestión tendrá el derecho de comparecer y ser representada por abogados ante el panel. Cada una de las Partes dispondrá que las personas que por otro lado, de conformidad con el derecho de la Parte importadora, estarían legitimadas para comparecer y ser representadas en un procedimiento interno de revisión judicial de la resolución de la autoridad investigadora competente, tengan el derecho de comparecer y ser representadas por abogados ante el panel.

8. El panel podrá confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión. Cuando el panel devuelva una resolución definitiva, fijará el menor plazo razonablemente posible, para el cumplimiento de lo dispuesto en la devolución, tomando en cuenta la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho implicadas y la naturaleza del fallo del panel. En ningún caso dicho plazo excederá el periodo máximo (a partir de la fecha de la presentación de la petición, queja o solicitud) señalado por la ley para que la autoridad investigadora competente en cuestión emita una resolución definitiva en una investigación. Si se requiere revisar la medida adoptada en cumplimiento de la devolución por la autoridad investigadora competente, esa revisión se llevará a cabo ante el mismo panel, el que normalmente emitirá un fallo definitivo dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que dicha medida le haya sido sometida.

9. El fallo de un panel en los términos de este artículo será obligatorio para las Partes implicadas con relación al asunto concreto entre esas Partes que haya sido sometido al panel.

10. En lo relativo a resoluciones que no tengan carácter definitivo, este Tratado no afectará:

- (a) los procedimientos de revisión judicial de cualquiera de las Partes; ni
- (b) los asuntos impugnados conforme a esos procedimientos,

11. Una resolución definitiva no estará sujeta a ningún procedimiento de revisión judicial de la Parte importadora, cuando una Parte implicada solicite la instalación de un panel con motivo de esa resolución dentro de los plazos fijados en este artículo. Ninguna de las Partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales una resolución de un panel.

12. Este artículo no se aplicará en caso de que:

- (a) ninguna de las Partes implicadas solicite la revisión de una resolución definitiva por un panel;

- (b) como consecuencia directa de la revisión judicial de la resolución definitiva original por un tribunal de la Parte importadora, se emita una resolución definitiva revisada, en los casos en que ninguna de las Partes implicadas haya solicitado la revisión ante un panel de la resolución definitiva original; o

- (c) se emita una resolución definitiva como resultado directo de la revisión judicial que se haya iniciado ante un tribunal de la Parte importadora antes de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

13. Cuando en un plazo razonable posterior a que se haya emitido el fallo del panel, alguna de las Partes implicadas afirma que:

- (a) (i) un miembro del panel ha sido culpable de una falta grave, de parcialidad, o ha incurrido en grave conflicto de intereses, o de alguna otra manera ha violado materialmente las normas de conducta,

- (ii) el panel se ha apartado de manera grave de una norma fundamental de procedimiento, o

- (iii) el panel se ha excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción establecidos en este artículo, por ejemplo por no haber aplicado el criterio de revisión adecuado, y

- (b) cualquiera de las acciones señaladas en el inciso (a) haya afectado materialmente el fallo del panel y amenace la integridad del proceso de revisión por el panel binacional;

esa Parte podrá acudir al procedimiento de impugnación extraordinaria establecido en el Anexo 1904.13.

14. Para poner en práctica este artículo, las Partes adoptarán reglas de procedimiento a más tardar el 10. de enero de 1994. Dichas reglas se basarán, cuando corresponda, en reglas procesales en grado de apelación judicial e incluirán reglas relativas al contenido y trámite de las solicitudes para integrar los paneles; la obligación de la autoridad investigadora competente para remitir al panel el expediente administrativo del procedimiento; la protección de información comercial reservada, información gubernamental clasificada y otra información privilegiada (incluidas las sanciones contra personas que intervengan ante los paneles y hagan uso indebido de esa información); intervención de particulares; limitaciones a la revisión arbitral por errores aducidos por las Partes o por particulares; presentación y trámite; cómputo y prórroga de plazos; forma y contenido de los memoriales y otros documentos; reuniones previas o posteriores a las audiencias; mociones; exposiciones orales, solicitudes de reposición de audiencias; y desistimiento voluntario de revisión ante el panel. Las reglas se formularán de modo que se expida el fallo definitivo dentro de

los 315 días siguientes a la fecha en que se presente la solicitud de integración de un panel y concederán:

- (a) treinta días para la presentación de la reclamación;
- (b) treinta días para el señalamiento o certificación del expediente administrativo y su presentación ante el panel;
- (c) sesenta días para que la Parte reclamante presente su memorial;
- (d) sesenta días para que la Parte demandada presente su memorial;
- (e) quince días para presentar réplicas a los memoriales;
- (f) quince a treinta días para que el panel sesione y escuche las exposiciones orales; y
- (g) noventa días para que el panel emita su fallo por escrito.

15. Para alcanzar los objetivos de este artículo, las Partes reformarán sus leyes y reglamentos en materia de cuotas antidumping y compensatorias, así como las que se refieran al funcionamiento de aquéllas, en relación a las mercancías de las otras Partes. En particular, sin limitar la generalidad de los términos anteriores, cada una de las Partes:

(a) reformará sus leyes o reglamentos para asegurarse que los procedimientos existentes referentes a la devolución, con intereses, de las cuotas antidumping y compensatorias permitan dar cumplimiento al fallo definitivo de un panel cuando éste señale que procede la devolución;

(b) modificará sus leyes y reglamentos para asegurar que sus tribunales reconozcan plena autoridad y vigencia, respecto a cualquier persona en su jurisdicción, a toda sanción impuesta de conformidad con el derecho de las otras Partes, para hacer cumplir las disposiciones o compromisos protectores de la información confidencial, personal, comercial reservada u otra información privilegiada que la otra Parte haya expedido o aceptado con el fin de permitirle acceso para efectos de revisión por el panel o del procedimiento de impugnación extraordinaria;

(c) modificará sus leyes y reglamentos para asegurar que:

(i) los procedimientos internos de revisión judicial de una resolución definitiva no puedan iniciarse antes de que concluya el plazo para solicitar la integración de un panel conforme al párrafo 4, y

(ii) como requisito previo para iniciar un procedimiento interno de revisión judicial de una resolución definitiva, una de las Partes u otra persona que pretenda iniciar dicho procedimiento, notificará su intención a las Partes implicadas y a las demás personas que tengan derecho a iniciar los procedimientos de revisión de la misma resolución definitiva, a más tardar diez días antes de la conclusión del plazo en que pueda solicitarse la integración de un panel; y

(d) llevará a cabo las reformas establecidas en el Anexo 1904.15.

Particularmente al analizar este precepto, se advierte que el mismo postula el desarrollo de una función ejecutiva del propio tratado internacional, que crea derecho y juzga sobre las normas aplicables al caso particular, por lo que se torna necesario diferenciar el papel acumulativo que se presenta al llevarse a cabo dicho procedimiento de revisión, atento a los principios de legalidad y seguridad jurídica, tanto en su esfera creadora como aplicativa del derecho.¹⁶

¹⁶ JOSÉ LUIS PÉREZ DE AYALA y EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA, *Derecho Tributario I*, Ed. Plaza Universitaria Ediciones, España, Salamanca, 1994, págs. 33 a 51.

En el caso del artículo 1904 del capítulo XIX del TLCAN, el principio de legalidad opera como una “norma sobre normación”¹⁷ y despliega su eficacia sobre las fuentes del derecho interno de cada Parte, recibiendo así con mayor propiedad el nombre de principio de reserva de Ley. Ello es así porque su función principal consiste en poner un límite a la potestad *sancionadora* de las Partes, al acotar un determinado ámbito de la realidad comercial en exclusiva a lo pactado en el tratado internacional, lo que ocurre a través de la revisión de aquellas resoluciones definitivas que se impongan en materia de antidumping y cuotas compensatorias y posiblemente también, como un mecanismo de modificación de la legislación interna de las Partes en estas materias.

La base del principio de legalidad puede manifestarse, en sentido positivo a los principios de certeza y objetividad, considerando una práctica de comercio como indeseable, mientras que, en un sentido negativo, esta manifestación se produce al postular la ausencia de discrecionalidad en las Partes para considerar tal o cual práctica con dicho carácter.¹⁸

Así, cuando el principio de legalidad despliega su eficacia en la esfera aplicativa del derecho interno de las Partes, se le conoce como “principio de preeminencia de la Ley”,¹⁹ y distintas posturas doctrinales sustentan el sentido de las mismas basadas en la concepción de la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno.

A partir de esta distinción, comienza el análisis de fondo de este ensayo según se expresa en el epígrafe siguiente.

2.3. ¿Preeminencia del Derecho Internacional sobre el derecho interno?

Posturas como la sostenida por Rafael Ibarra Gil, afirman que la modificación de la legislación de nuestro país en la medida en que se ha consignado en el anexo 1904.15 del TLCAN, representa una clara preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno.²⁰

Es así como esta postura, al ser analizada en el presente ensayo desde el punto de vista del principio de legalidad desplegado en la esfera aplicativa del derecho interno de las Partes, nos llevaría a sostener la conclusión de que, a partir del artículo 1904 del TLCAN estaríamos en presencia de una tutela al principio de legalidad pero visto con mayor propiedad a partir del nombre de “principio de preeminencia de la Ley”.

El origen de la postura de Ibarra Gil se da a propósito de que el anexo 1904.15 del TLCAN, incluyó las reformas que México se obligó a llevar a cabo en su legislación interna en la medida en que fueren aplicables a la materia de

¹⁷ *Ídem.*

¹⁸ *Ídem.*

¹⁹ *Ídem.*

²⁰ RAFAEL IBARRA GIL. *Solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Juicio crítico (especial referencia a cuotas compensatorias)*, Revista de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, Memorias de Derecho Internacional Tributario, México, año 1, núm. 1, junio de 1996, págs. 95 y 96 en CRUZ BARNEY, *op. cit.*, pág. 23.

cuotas compensatorias y antidumping y que fueron efectivamente incorporadas como prácticas desleales de comercio.²¹

La postura de Ibarra Gil da por sentado que la preeminencia del artículo 1904.15 descansa en la consideración de que el derecho interno no puede contradecir lo dispuesto por el TLCAN.

Si bien el resultado de esta afirmación puede coincidir con el esquema final que plantea nuestra reflexión, es decir, que el derecho interno no abriga la posibilidad de contradecir el derecho internacional, es oportuno analizar la postura contraria, es decir, ¿Qué elementos de reflexión aportaría en la actualidad el sostener que no se está en presencia de una preeminencia del derecho que contiene un tratado internacional sobre aquél que contempla el derecho interno de cada Parte?

De inmediato esa respuesta proporcionaría los elementos necesarios para delimitar que la postura contraria a sostener una preeminencia indiscutible del derecho que confiere un tratado internacional, nos llevaría a sostener que el orden jurídico nacional tiene la indisoluble obligación de postular, en todo momento, una integración y unificación del derecho a partir de los principios de legalidad y seguridad jurídicas e incluso de un reconocimiento de dicha circunstancia al tenor del artículo 133 Constitucional al considerar los tratados internacionales como Ley Suprema de toda la Unión.²²

Es así como se debe de entender con claridad el hecho de que, el derecho interno no abrigue la posibilidad de contradecir el derecho internacional es resultado de ubicar a este último como un vehículo generador de certeza para las Partes y de garantizar la interdicción de la arbitrariedad en la intervención de las autoridades investigadoras de las Partes al dictaminar una resolución definitiva sobre cuotas antidumping y compensatorias a partir de lo ordenado por el propio texto constitucional y no de un debate sobre una preeminencia de uno sobre el otro.

De conformidad con lo establecido en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 el principio de seguridad jurídica entre los derechos naturales e imprescindibles del hombre, tiene como consecuencia lógica conectar su estudio al nacimiento del Estado de Derecho con los principios inherentes a su generación. Entre esos principios destaca evidentemente el artículo 16 de dicha declaración a partir del cual se postulaba que toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución, pues con ello se advierte que el papel de la Ley tanto como razón ordenadora, como de instrumento garantizador de la voluntad general, busca otorgar un trato igual a todos frente a las arbitrariedades.²³

²¹ *Idem.*

²² Muestra de lo anterior son los planteamientos que ha externado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los asuntos identificados como varios 912/2010, así como por la contradicción de tesis 293/2011. Sobre el tema particular, *Cfr. JOSÉ RAMÓN COSSIÓ DÍAZ et al. El caso Radilla.* México, Porrúa, 2012. Págs 1064. En el mismo sentido *Cfr. FERNANDO SILVA GARCÍA, Derechos humanos efectos de las sentencias internacionales.* México, Porrúa, 2007, págs 349.

²³ GEORG JELLINEK. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2000, traducción, estudio preliminar por Adolfo Posada, págs. 169.

Lo anterior evidencia que la importancia de la ley radica en generar certeza y evitar las arbitrariedades que resienta una parte en la aplicación del derecho en su respectiva esfera jurídica de esa manera y *es precisamente de aquí de donde se infiere una relación existente entre los principios de legalidad y de seguridad jurídica en el tema a estudio*, ya que si recordamos, el principio de legalidad, desde un sentido negativo, implica la ausencia de discrecionalidad que aplicado así al caso concreto, proveerá de elementos suficientes para poder establecer la ausencia de discrecionalidad de las Partes para considerar tal o cual práctica de comercio como una del tipo indeseable.

Al margen de esta vinculación esencial, la premisa que da contenido al principio de seguridad jurídica es la interdicción de la arbitrariedad. Por ende, es respecto de esta premisa de la que se busca su vinculación en el presente ensayo, pues a mi entender, es esa la sustancia de análisis que puede albergar el artículo 1904 del TLCAN²⁴ y no de una preeminencia de un derecho sobre otro.

Así, tenemos que ambos principios desarrollan la idea de certeza como una exigencia del principio de seguridad jurídica, siendo que sus manifestaciones fundamentales²⁵ se dan por la estabilidad del derecho, el suficiente desarrollo normativo de las instituciones jurídicas empleadas y las obligaciones atribuibles a las Partes, así como la certidumbre sobre los medios jurídicos de defensa de las Partes en caso de existir una resolución en materia de cuotas antidumping y compensatorias.

En lo concerniente a la estabilidad del Derecho, puede concebirse que el artículo 1904 del TLCAN constituye el elemento formal del principio de seguridad jurídica dentro del mecanismo de revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias y por ende el que adquiere una mayor trascendencia, no solo por atender el desarrollo de cuestiones comerciales, sino incluso por vincularse con exigencias derivadas de la propia estructura jurídica de las Partes en cuestión y que se sintetizan por que los sistemas jurídicos de cada Parte atienden a un sistema rígido o a uno del tipo flexible para su modificación (anglosajón y *common law*).

Ahora bien, si la conclusión de que el derecho interno no abriga la posibilidad de contradecir el derecho internacional no fuera analizada atendiendo la postura de Gil Ibarra, sino que esta se produjera a partir de la concepción de un desarrollo de las normas de rango superior (normas internacionales) por las relativas de rango inferior (normas internas) atendiendo a los principios de legalidad y seguridad jurídicas, ello acercaría más la realidad actual que vive el capítulo XIX del TLCAN *per se*.

Esto es así, pues evidenciaría que el suficiente desarrollo normativo de las instituciones jurídicas empleadas y las obligaciones atribuibles a las Partes, entendidas (como manifestación fundamental de los principios de legalidad y segu-

²⁴ Al margen de que su aplicación también comprende vincular dos sistemas de derecho como el anglosajón y el derecho del *common law*, lo que debe ser atendido conforme a las reglas de procedimiento del artículo 1904 y del comité de impugnación extraordinaria del TLCAN publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de junio de 1994 con una respectiva aclaración publicada en el mismo órgano de difusión con fecha 20 de marzo de 1996.

²⁵ PÉREZ DE AYALA Y GONZÁLEZ GARCÍA, *op. cit.* págs. 33 a 51.

ridad jurídica), han ocasionado que se den preceptos inaplicados por falta de desarrollo legislativo, reglamentario o procesalmente hablando, de falta de interés jurídico de las Partes.

A propósito de lo anterior, se presenta el caso del mecanismo del artículo 1903 del TLCAN, que concede el derecho a las Partes de pedir la modificación a la legislación interna de otra Parte, que al realizar una propuesta de legislación correctiva y resultando ésta no aprobada en un plazo de nueve meses, a partir del fin del periodo de consultas de noventa días mencionado en el inciso a) del propio artículo y sin haberse alcanzado ninguna otra solución mutuamente satisfactoria, la parte que haya solicitado la integración del panel podrá adoptar medidas legislativas o administrativas equiparables, o denunciar el tratado respecto a la parte que hace la reforma.

Consecuentemente la inaplicación a la que se hace referencia, se presenta porque la historia de este proceso indica que éste mecanismo nunca se ha utilizado atento a una especie de *pacto tácito* entre las Partes porque políticamente es claro que tendría un impacto significativo modificar la legislación de un país por injerencia de otro Estado.

En el caso de México, han existido varias oportunidades de que nuestro país sea sometido a este tipo de mecanismos en razón de algunas reformas a la Ley de Comercio Exterior, así como al artículo 238 del Código Fiscal de la Federación;²⁶ los Estados Unidos de Norteamérica también efectuaron una reforma a su legislación antidumping para establecer que las cuotas compensatorias se repartieran entre los denunciantes y ni Canadá, ni México, utilizaron el mecanismo del artículo 1903 del TLCAN para revisar esas modificaciones internas.²⁷

Y es que la realidad anterior, al momento de ser aplicada a la revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias, incide con la última de las manifestaciones fundamentales de los principios de legalidad y seguridad jurídica señaladas, consistente en la precisa notificación de las Partes de los medios de defensa jurídica a utilizar en contra de la resolución definitiva de cuota antidumping y compensatoria.

Lo anterior es así, pues según lo dispone el artículo 1904 del TLCAN, cada una de las partes podrá reemplazar la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional,²⁸ por lo cual debe precisarse con toda nitidez que, lo que ésta disposición representa, en realidad se determina por la consagración de una opción de impugnación a favor de las Partes para acudir al mecanismo internacional o al mecanismo nacional, para revisar las resoluciones definitivas sobre cuotas compensatorias y antidumping impuestas, sin que ello represente una renuncia al derecho interno, sino que simplemente se consigan una opción de impugnación.

²⁶ CRUZ BARNEY, *op. cit.*, pág. 136.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ Sobre el modo de llevar a cabo la aplicación de normas extranjeras *Vid.* LEONEL PEREZNIETO CASTRO. *Derecho Internacional Privado Parte General*, Séptima Edición, Oxford, México, 2001, pág. 163.

Ahora bien, por cuanto toca al desarrollo de la premisa de la interdicción de la arbitrariedad, debe decirse que tradicionalmente esta premisa corresponde a un aspecto negativo del principio de seguridad jurídica que específicamente debe referirse como un “principio de jerarquía normativa”, ya que este último constituye formalmente el instrumento jurídico más adecuado para garantizar la seguridad jurídica, al impedir la arbitrariedad de las autoridades tanto en el desarrollo de funciones normativas, como aplicativas.²⁹

El orden jerárquico de las normas constituye una exigencia constitucional del principio de legalidad y un apoyo sustancial del diverso de seguridad, de tal suerte que pudiendo generarse la arbitrariedad de los órganos resolutores en materias de cuotas antidumping y compensatorias,³⁰ es lógico contemplar un principio de jerarquía normativa como mecanismo generador de seguridad y simultáneamente como un mecanismo limitativo de la posible arbitrariedad de los órganos de una Parte encargados de emitir las resoluciones definitivas en esta materia.

Es así como en la esfera creadora de normas jurídicas, el artículo 1904 del TLCAN recoge el principio de jerarquía normativa, al imponer una escala que contempla la incorporación (ya de manera voluntaria, ya de manera obligatoria), de la inclusión de reformas a que las Partes se obligaron a llevar a cabo en su legislación interna en la medida en que fueren aplicables a la materia de cuotas compensatorias y antidumping, al orden jurídico de cada una de las Partes.

Consecuentemente, la inclusión de las reformas en nuestro orden jurídico nacional debe ser concebida a partir de los principios de legalidad y seguridad jurídica como vehículos de unificación del derecho, y no a partir de una preeminencia³¹ de un derecho (internacional) sobre otro (interno), pues aplicando aquélla concepción, será posible dimensionar con mayor nitidez si los mecanismos del capítulo XIX generan certidumbre del derecho y su aplicación, o en su defecto, si son proclives a generar un comportamiento arbitrario de la autoridad resolutora competente para imponer una cuota antidumping y compensatoria en el ámbito de su esfera de actuación normativa.

Es claro entonces que una posible denuncia del TLCAN tiene repercusiones de tal magnitud que no solamente restringen el ámbito comercial de los países signantes, sino que la incursión de este tratado en nuestro sistema de derecho se ha configurado como una expresión manifiesta de un principio general de derecho cuyos efectos, quizás, ni siquiera han sido considerados por las administraciones involucradas en el escenario que actualmente vive el propio tratado.

²⁹ PÉREZ DE AYALA y GONZÁLEZ GARCÍA, *op. cit.* págs. 33 a 51.

³⁰ Destaca el antecedente histórico de nuestro país antes de la celebración del TLCAN en donde no recibíamos la oportunidad de acceder a llamada *prueba del daño* al no estar comprendidos en ninguna de las hipótesis legales a que se refería la Sección Primera de la *Trade Act* de 1974. RODOLFO CRUZ MIRAMONTES. *El comercio exterior de México en la última década*, Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, núm. 29, 1999, nota 8, en CRUZ BARNEY, *op. cit.*, pág. 3.

³¹ Sin que sea óbice a lo anterior que en líneas anteriores se enfatizó que cuando el principio de legalidad despliega su eficacia en la esfera aplicativa del derecho interno de las Partes, recibe propiamente el nombre de “principio de preeminencia de la Ley”.

3. CONSIDERACIONES FINALES.

PRIMERA. Las cuotas compensatorias en su acepción más amplia tienen la finalidad de generar equilibrio tanto en los precios como entre los comerciantes de las mismas Partes, lo que supone una tutela en la competitividad de sus productos y comerciantes. Por ende, si el mecanismo de solución de controversias en la revisión de las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias, no se desvincula de esa finalidad, con ello es permisible concebir este mecanismo como un vehículo generador de certeza que impide la interdicción de la arbitrariedad en la imposición de aquéllas lo que sin duda representa que el artículo 1904 del TLCAN no solo contempla, sino además respeta el principio de legalidad en su máxima expresión como un vehículo unificador del derecho.

SEGUNDA. Si bien la doctrina ha sostenido el criterio de una preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno por distintos factores, la eficacia de esta concepción debe enfocarse a partir de una integración y unificación de los principios de legalidad y seguridad jurídicas, pues a partir de ellos se tendría una noción más real del capítulo XIX del TLCAN *per se*.

TERCERA. El desarrollo del principio de legalidad además de conciliar la arraigada tradición de los juristas mexicanos de contemplar este principio en toda institución jurídica, no manifiesta una oposición al sistema rígido de nuestro derecho, por el contrario, contribuye a su desarrollo y finalidad.

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes Legislativas

Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa, México, 2011.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Porrúa, 2^a ed., México, 1998.

II. Obras

CRUZ BARNEY, Oscar. *Solución de controversias y antidumping en el tratado de libre comercio de América del Norte*, Porrúa, México, 2007, págs. 302.

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. *El comercio exterior de México en la última década*, Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, núm. 29, 1999.

CABANELAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Argentina, Editorial Heliasta, 1988, pág. 107.

COSSIÓ DÍAZ, José Ramón *et al.* *El caso Radilla*. México, Porrúa, 2012. págs 1064.
DÍAZ, Luis Miguel, *I Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil Memorias en Homenaje al Dr. Cipriano Gómez Lara*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Estudios Judiciales, México, 2005, pág 629.

JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2000, traducción, estudio preliminar por Adolfo Posada, págs. 169.

- MARTÍNEZ VERA, Rogelio. *Legislación del comercio exterior*, México, McGraw-Hill, 1997, p.264.
- ORTIZ AHLF, Loretta, et. al. *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus acuerdos paralelos*, 2^a. ed., México, Themis, 1998, colección Ensayos Jurídicos, pág. 3.
- _____, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, Porrúa, México, 2008, 167. págs.
- _____, *Derecho internacional público*, 3^a ed., Oxford University Press, México, 2004.
- PÉREZ DE AYALA, José Luis y GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio, *Derecho Tributario I*, Ed. Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, España, 1994.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel. *Derecho Internacional Privado, Parte General*, Séptima Edición, Oxford, México, 2001, 780 págs.
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto. *Derecho Internacional Público*, México, Porrúa, 2005, págs. 991.

III. Fuentes Publicaciones Periódicas

- CREMADES, Bernardo. *La participación de los Estados en el Arbitraje Internacional*, Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, Núm. 27, Diciembre, México, 2010, págs. 23.
- SILVA GARCÍA, Fernando. *Derechos humanos efectos de las sentencias internacionales*. México, Porrúa, 2007, págs 349.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto, *La territorialidad o exclusividad del orden jurídico estatal. Algunas precisiones semánticas*, Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, Núm. 27., Diciembre, México, 2010, págs. 79 a 86.

LA SUPERVISIÓN SOCIAL EN EL PROCESO DE FISCALIZACIÓN COMO ESTRATEGIA DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN*

ALEJANDRO ROMERO GUDIÑO **

RESUMEN

El artículo expone cómo los riesgos detectados por las auditorías practicadas por la entidad superior de fiscalización, pueden ser controlados adecuadamente mediante la participación social. Para ello se ha creado la figura de la contraloría social y se ha dado mayor transparencia a las actuaciones de la Auditoría Superior de la Federación. El artículo propone cómo aprovechar la participación social como factor de eficacia para la fiscalización.

Palabras clave: Rendición de cuentas, control parlamentario, contraloría social, riesgos, cuenta pública

ABSTRACT

In this paper I expose how can be a good control of risks detected by our supreme audit institution, by mean or social participation. For that exist the figure of a social comptroller in the Mexican Chamber of Deputies and is more transparent the actuation of the Supreme Audit of Federation. This paper proposes how can be more productive the social participation for a more efficient control.

Keywords: Accountability, parliamentary control, social comptroller, risks, public finance, Public accounts.

Con las reformas constitucionales en materia anticorrupción materializadas en el mes de mayo de 2015, se dio un gran paso de trascendencia para integrar un entramado institucional denominado “Sistema Nacional Anticorrupción (SNA)”. Del cual recientemente se han decretado un conjunto de siete leyes que dan vida a este sistema y establece los mecanismos de coordinación entre diversos actores

Recibido: 25/01/17 Aprobado: 15/02/17

* Las opiniones y posiciones expresadas son responsabilidad exclusiva del autor y no necesariamente reflejan la posición de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac.

** Doctor en Derecho y Titular de la Unidad de Evaluación y Control de la Comisión de Vigilancia de la ASF en la Cámara de Diputados, LXIII Legislatura.

para coordinar el sistema y el diseño de acciones integrales en materia de fiscalización de los recursos públicos, así como para prevenir y disuadir actos de corrupción en la administración pública de México.

Aparece en primera instancia la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (LGSNA) en donde se establece el mecanismo de articulación del SNA y define los elementos de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno en la prevención, detección y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos. El SNA es el instrumento que determinara y evaluara la política en combate de la corrupción.

Como se enuncia en el artículo 7 de la referida ley, el Sistema Nacional se integra por:

- I. Los integrantes del Comité Coordinador;
- II. El Comité de Participación Ciudadana;
- III. El Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización, y
- IV. Los Sistemas Locales, quienes concurrirán a través de sus representantes.

Como se identifica, el SNA se ciudadaniza en su lucha contra los ilícitos de corrupción, el Comité de Participación Ciudadana jugará un papel fundamental en la implementación del modelo, encontrando con ello, una mayor confianza de la sociedad mexicana, sobre las políticas que se deriven del sistema.

Otro de los imperativos legales resultantes de este paquete de aprobaciones y decretos en el año 2016, fueron la nueva Ley General en materia de Responsabilidades Administrativas que establece un nuevo régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos y la nueva Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación (LFRCF). Se crea el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y se robustece el trabajo de fiscalización que realiza la Auditoría Superior de la Federación (ASF).

Como se planteó en el dictamen de ley de la LFRCF, se considera la facultad de la ASF para investigar, substanciar y promover ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, la imposición de sanciones por la comisión de faltas administrativas graves, en especial aquellas que se adviertan del ejercicio de sus funciones fiscalizadoras y que deriven en un daño al erario público.¹

En este sentido, en su función de fiscalización la ASF, dispone de más capacidad para fiscalizar los recursos derivados de las participaciones federales a entidades federativas y municipios, así como la deuda pública de las entidades federativas y municipios que cuenten con garantía del gobierno federal.

En este sentido, es pertinente reflexionar sobre las posibilidades que tiene para afrontar los retos antes descritos en materia de combate a la corrupción y hacer que el Sistema Nacional Anticorrupción sea eficiente. Para que esto suceda, es necesario que los principales actores del SNA tomen en cuenta información

¹ Cámara de Diputados, Gaceta Parlamentaria, Dictámenes de Comisión. *Gaceta Parlamentaria(4554-V)*, Anexo V. México: Cámara de Diputados, 16 de Junio de 2016, p. 32.

relevante derivado del proceso de fiscalización superior para enfocar las actividades en la materia.

Cabe señalar que, el trabajo que desarrolla la entidad de fiscalización superior prevé en la entrega de los resultados de la fiscalización de la cuenta pública las denominadas “áreas clave con riesgo”. En el Informe del Resultado de la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública que la ASF entrega a la Cámara de Diputados identifica circunstancias que afectan el funcionamiento de las políticas y programas públicos. Estas áreas son una oportunidad y deben considerarse en la conformación de las estrategias y políticas de combate a la corrupción en el marco del SNA.

En el Informe del Resultado de la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública 2014 que entregó en el mes de febrero la ASF a la Cámara de Diputados, reconoce derivado de su trabajo de auditoría, *once áreas clave de riesgo* del aparato gubernamental mexicano “con importancia relativa en el presupuesto y relevancia en el funcionamiento del aparato estatal”.²

Dichas áreas de riesgo son identificadas a partir de las revisiones realizadas por la Auditoría Superior de la Federación (ASF) a las diversas entidades públicas, por lo cual, considera que la materialización de los riesgos puede llegar a repercutir en los siguientes ámbitos:

- a. Gasto público aplicado de manera inadecuada e inercial;
- b. Recursos públicos utilizados fuera de lo dispuesto en la normativa aplicable;
- c. Metas propuestas en programas y políticas públicas no alcanzadas, a pesar de cumplir con la norma y
- d. Deterioro de la imagen que la sociedad tiene del Estado.³

Por su relevancia se transcriben a continuación las denominadas áreas clave con riesgo (ASF, 2016):

- i. Información sobre beneficiarios de programas sociales
- ii. Revelación de pasivos y gastos
- iii. Integración efectiva de la participación ciudadana en la gestión de los programas públicos
- iv. Adquisiciones, contrataciones o inversiones que cumplen la norma pero que no representan las mejores condiciones para el Estado
- v. Obra pública
- vi. Participación de intermediarios en la dispersión del gasto público
- vii. Subejercicios
- viii. Débil incorporación de tecnologías de información en el ejercicio gubernamental
- ix. Programas públicos duplicados y sin coordinación

² Auditoría Superior de la Federación, *Informe General Cuenta Pública 2014*. Auditoría Superior de la Federación. México: ASF. Obtenido de www.asf.gob.mx, 2016, p. 47.

³ Ibidem, p.48.

- x. Servicios suministrados por particulares
- xi. Diseño e implementación de la política para atender el problema público

Estas áreas con riesgo del sector público las podemos agrupar en cuatro rubros para su análisis y descripción. El primero relacionado con el diseño e implementación de políticas públicas; el segundo con el rubro de finanzas públicas; en el tercer rubro con riesgos de corrupción y el cuarto rubro se relaciona con aspectos de tecnologías de información (TIC's).

Tabla 1
Rubros de áreas clave con riesgos del Sector Público Mexicano

Políticas Públicas	Finanzas Públicas	Corrupción	TIC'S
Información sobre beneficiarios de programas sociales. Participación ciudadana en la gestión de los programas públicos. Programas públicos duplicados y sin coordinación. Diseño e implementación de la política para atender el problema público.	Revelación de pasivos y gastos. Subejercicios	Adquisiciones, contrataciones o inversiones. Obra pública. Participación de intermediarios en la dispersión del gasto público. Servicios suministrados por particulares	Débil incorporación de tecnologías de información en el ejercicio gubernamental.

Fuente: elaboración propia con datos de la ASF del Informe General Cuenta Pùblicas 2014

En relación al rubro de las áreas de riesgo de Políticas Públicas, la ASF encontró una serie de debilidades al no definir de forma adecuada la población objetivo de los programas públicos, que lleva consigo una deficiente integración de padrones de beneficiarios particularmente en los programas de tipo social; hay ausencia y en algunos casos débiles elementos de evaluación de los programas gubernamentales. Aunado a la escasa participación ciudadana en el proceso de diseño e implementación de los programas gubernamentales, aquí el gran reto, de acuerdo a la ASF, es “romper con la concepción tradicional que persiste en el sector público respecto a la participación social” y contemplarla como un elemento de fiscalización social que incluya evaluación de políticas públicas y programas de interés social.⁴

Dentro de este mismo rubro, también se han identificado la falta de coordinación entre las dependencias gubernamentales al implementar programas públicos, que en muchas ocasiones conllevan duplicación de acciones y de esfuerzos gubernamentales y que resultan en ineficiencias en la asignación de recursos e ineeficacia de la acción de gobierno.⁵

⁴ *Ibidem*, p. 53

⁵ De acuerdo con la ASF los casos más evidentes son los programas relacionados con la atención de servicios de salud. Los objetivos del programa llamado Seguro Popular y el Fondo de Aportaciones a los Servicios de Salud son parecidos, el problema no se aborda de forma integral, por lo que se tienen resultados de forma aislada.

En el segundo rubro concerniente a los riesgos de finanzas públicas, la ASF describe la falta de información pertinente de las obligaciones y requerimientos financieros del gobierno federal, se enuncian diversos tópicos que son de atención precisa y acertada, ya que pueden generar choques financieros, entre los que se enuncian el problema de las pensiones, las obligaciones derivadas de fideicomisos y las necesidades financieras del sector público, entre otros.⁶

También se consideran en este renglón, los riesgos debidos al problema de los subejercicios que se llegan a presentar en las entidades públicas, el cual demuestra la falta de capacidad de operación administrativa para ejercer el gasto público en los tiempos y calendarios de los presupuestos, así como el retraso en la entrega de los recursos en el contexto del gasto federalizado, que generan en un muchas ocasiones que no se puedan aplicar de forma adecuada y oportuna.

En el rubro de riesgos que están estrechamente relacionados con posibles actos de corrupción, se agrupan aquellos que resultan de los procesos de adquisiciones en los cuales, aunque se identifica el cumplimiento de las formalidades normativas, no necesariamente se obtienen las mejores condiciones para el Estado que garanticen el interés público;⁷ se observan de forma recurrente problemas relacionados con sobreprecios, proveedores comunes y pruebas insuficientes de la realización de trabajos contratados.⁸

Otro de los casos susceptibles de corrupción, son aquellos en donde los servicios suministrados por particulares de orden público son deficientes, el sector privado no está exenta de incumplimientos en el suministro de bienes y servicios de calidad, por lo cual es necesario una mayor supervisión y control por parte de los responsables en busca de alcanzar eficiencia en el aprovechamiento de los recursos, eficacia y la innovación en su función.

La obra pública es un sector vulnerable a la ocurrencia de prácticas como el fraude, los sobornos y malos manejos discrecionales en las contrataciones, debido a las cantidades de recursos que se destinan a este renglón y por la característica técnica de las obras y servicios. La ASF en el Informe del Resultado de la Fiscalización de la Cuenta Pública 2014, enuncia una serie de observaciones genéricas y recurrentes en los procesos de planeación, contratación, ejecución y supervisión de la obra pública, se encuentran aspectos con el pago de obra no ejecutada, con el objetivo de evitar los reintegros de recursos al final del ejercicio presupuestal y una serie de irregularidades en cada una de las etapas.⁹

La participación de intermediarios en la dispersión del gasto público, es otro de los riesgos que tiene como consecuencia posibles actos de corrupción, la entidad de fiscalización ha detectado que un conjunto de fallas administrativas y de índole financiero al transferir los recursos mediante diversos medios y entes hacia las entidades ejecutoras del gasto, perjudican y generan retrasos en el ejercicio de

⁶ *Ibidem*, p. 51.

⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁸ *Ibidem*, p. 56.

⁹ *Ibidem*, pp. 60-68.

los recursos, aparecen subejercicios, desincentiva la instrumentación de proyectos plurianuales, se presentan movimientos financieros indebidos con el objetivo del salir al paso en sus requerimientos financieros, lo que se traduce en opacidad en la administración de los recursos e incentivos negativos para implementar controles y procesos de seguimiento y evaluación.¹⁰

En el cuarto rubro se encuentran, las áreas de riesgos en la aplicación de herramientas y tecnologías de información (TIC's) en el ejercicio gubernamental; aparecen problemas de costos elevados en su instrumentación y subutilización de la herramienta, por lo cual no repercute en mejoras en los procesos gubernamentales, de forma adicional, también se presenta los riesgos en seguridad que implica que los servicios de este tipo, sean proporcionados por proveedores privados que suelen no contar con supervisión, ya que las entidades públicas no cuentan con personal calificado.¹¹

Para la ASF los factores explicativos de los riesgos latentes en la Administración Pública, radican principalmente en *i*.- las deficiencias en los sistemas de Control Interno y en *ii*.- las fallas del diseño de la normatividad.

De aquí partir, para abrir una oportunidad en el diseño de una política pública integral en la materia, que derive en reforzar estos dos factores. Se reconoce que la entidad de fiscalización superior de México, ha realizado un esfuerzo de importancia y que su labor detecta áreas de oportunidad para mejorar las condiciones de eficiencia y eficacia en el ejercicio gubernamental.

El Sistema Nacional Anticorrupción debe considerar como un insumo de gran valor en su análisis las áreas de riesgos detectadas por la Auditoría Superior de la Federación (ASF).

Cabe recordar, que el artículo 113 de la Constitución General establece que corresponde al Comité Coordinador del Sistema, entre otras...

...“el diseño y promoción de políticas integrales en materia de fiscalización y control de recursos públicos, de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, en especial sobre las causas que los generan”....

En este sentido el Comité de Participación Ciudadana, en relación a las atribuciones delineadas en la LGSNA en su artículo 22, fracción VII, inciso a),¹² debe impulsar una estrategia que se encamine a implementar mediante el apoyo de la ASF y de la Secretaría de la Función Pública (SFP) el reforzamiento de los mecanismos de Control Interno (CI) contemplando la supervisión de actores ciudadanos, bajo un esquema de supervisión social.

El mecanismo de supervisión social, se debe considerar como un elemento del sistema de fiscalización, es decir, como un instrumento de participación ciudadana en el proceso de fiscalización, para implementar mecanismos que lleve a

¹⁰ *Ibidem*, p. 69.

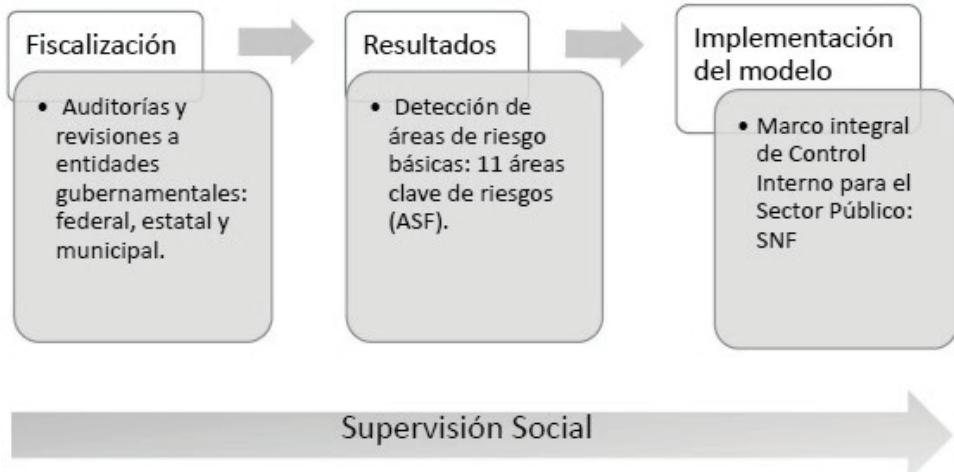
¹¹ *Ibidem*, pp. 73-74.

¹² ...Proponer al Comité Coordinador, a través de su participación en la Comisión Ejecutiva, para su consideración: a) Proyectos de bases de coordinación interinstitucional e intergubernamental en las materias de fiscalización y control de recursos públicos, de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, en especial sobre las causas que los generan;

reforzar el CI en las entidades gubernamentales. Por ello en este modelo de fiscalización, control interno y supervisión social, la participación ciudadana se debe de presentar en los dos primeros (*ver figura 1*).

De acuerdo al grado de participación ciudadana en la fiscalización, tendrá responsabilidad en supervisar las acciones de gobierno; un buen ejemplo corresponde **a).**- abrir los espacios para captar y recoger las observaciones ciudadanas de obras inconclusas y abandonadas por más de un tiempo definido, e **b).**- incrementar el número de auditorías con base en las denuncias ciudadanas fundadas y argumentadas, para abrir espacios de colaboración y participación en el proceso de fiscalización.

Figura 1.- Fiscalización – Control Interno – Supervisión Social



Fuente: Elaboración propia

Lo anterior, lo podemos denominar como componentes de un modelo de supervisión social, que es apropiado para la denominada Sociedad Civil Organizada¹³ sin fines de lucro y para las instituciones de investigación y de educación superior.

En estas nuevas circunstancias, con la aparición del paradigma de gobernanza en el proceso de fiscalización, el CI es concebido como un instrumento de control y dinamismo,¹⁴ de actuación ordenada de las entidades públicas, con un sentido de responsabilidad social y ética.

En México, la normatividad aplicada del CI fue publicada a través de un Acuerdo, por la Secretaría de la Función Pública (SFP) en el año 2006 y modificadas en 2008; esta normatividad, sigue una fundamentación en relación a las normas internacionales del Marco Coso (Committee of Sponsoring Organizations

¹³ En México también conocida como Organismo No Gubernamentales (ONG's) y/o Grupos de Interés.

¹⁴ ALEJANDRO, ROMERO G., Nueva Gobernanza en el Sector Público y Control Interno. *Foro Jurídico*, Agosto de 2015, pp. 30-37.

of the Treadway Commission),¹⁵ y que han sido integrados al mecanismo de CI para el sector público, diseñado por los integrantes del Sistema Nacional de Fiscalización (SNF).

La ASF reconoce que el principal factor explicativo de la aparición de las áreas de riesgos y de la recurrencia de observaciones, es como resultados de las fallas que se presentan en la implementación de los sistemas de CI. En este sentido, la ASF llevó a cabo un estudio general para diagnosticar el estado que guardaba el marco del CI establecido en las entidades públicas¹⁶ resultados que se publicaron en 2013 y 2015, encontrándose áreas de oportunidad y sugiriendo algunas estrategias dirigidas al mejoramiento del Sistema de CI Institucional.

Para la ASF “aún queda mucho por hacer para consolidar una cultura administrativa saludable, que genere mayor valor público como resultado del ejercicio institucional, restaure la confianza de la sociedad en la acción de gobierno, reduzca la posibilidad de actos corruptos desde un enfoque preventivo y mejore efectivamente el nivel de bienestar de los ciudadanos”.¹⁷

Lo anterior, da sentido para valorar de forma positiva los mecanismos de supervisión social, como apoyo al esquema de CI, para reforzar los valores de transparencia y rendición de cuentas de las instituciones públicas. Por esta razón, se plantea que la supervisión social, sigue la fase de la detección de una irregularidad, en diferentes áreas de riesgo, en obra pública, hechos de corrupción, deficiencias administrativas y, bienes y servicios no adecuados, seguidos de una investigación, mediante la instrumentación de una auditoría forense (*ver figura 2*).

Como se puede identificar, las auditorías de investigación o como se denomina en este trabajo **auditorías forense**, juega un papel importante como elemento para detectar actos de corrupción, ya que derivado de la supervisión social, dada la detección de las posibles irregularidades en diversas materias de la acción gubernamental, las auditorías de investigación es el resultado para confirmar un ilícito.

¹⁵ Recordemos que el Marco COSO se conforma por los siguientes componentes: ambiente de control, administración de riesgos, actividades de control, información y comunicación y supervisión.

¹⁶ El estudio incluyó a los Poderes de la Unión y Órganos Constitucionales Autónomos

¹⁷ Auditoría Superior de la Federación, *Continuidad a los Estudios de Control Interno y a la Difusión del Estudio de Integridad en el Sector Público* Estudio No. 1198, ASF, 2015, p. 71

Figura 2.- Supervisión Social



Fuente: elaboración propia

De acuerdo con la Auditoría Superior de la Federación (ASF), la Auditoría Forense es una “rama de la auditoría que se orienta a participar y coadyuvar en la investigación de fraudes, es decir de actos conscientes y voluntarios con los cuales se burlan o eluden las normas legales, o se usurpa lo que por derecho corresponde a otros sujetos, mediante el uso de mecanismos dolosos para obtener una ventaja o un beneficio ilícito”.¹⁸

Bajo el argumento anterior, podemos enunciar que es una disciplina especializada que se enfoca a la detección de actos de corrupción administrativa y financiera, se dirige al vínculo más débil del control interno.

Autores como Rozas Flores, considera que este tipo de auditorías “es una alternativa para combatir la corrupción, porque permite que expertos emitan ante los jueces conceptos y opiniones de valor técnico, que le permiten a la justicia actuar con mayor certeza”.¹⁹

La auditoría forense “consiste en la revisión rigurosa, pormenorizada, objetiva y crítica de los procesos, hechos y evidencias derivados de la fiscalización, para la investigación y documentación de un presunto ilícito”.²⁰ Por lo tanto, la instrumentación de una auditoría forense, radica de los primeros resultados de las revisiones de las acciones gubernamentales y hace énfasis en las debilidades de los controles internos de los entes auditados.

De acuerdo con Buchahin²¹ en la esfera de gobierno, este tipo de auditorías, se enfoca a obtener ‘las evidencias legales para documentar la existencia de un posible

¹⁸ Auditoría Superior de la Federación, *Introducción a Auditoría Forense*. (ASF, Ed.) México: ASF. Recuperado el 9 de Noviembre de 2016, de <http://www.asf.gob.mx>, s.f.

¹⁹ ALAN, ROZAS FLORES, Auditoría Forense, *QUIPUKAMAYOC, Revista de la Facultad de Ciencias Contables-UNMSM*, 2009, 16(32), p. 7.

²⁰ Auditoría Superior de la Federación, Tipos de Auditorías. Recuperado el 19 de enero de 2017, http://www.asf.gob.mx/Section/53_Tipos_de_auditorias_desarrolladas

²¹ MUNA D. BUCHAHIN ABULHOSN, *Auditoría Forense. Delitos contra la Administración Pública*. México: Bosch- México, UNAM – IIJ, 2015, p. 100.

acto delictuoso, e indagar modo, tiempo, lugar y circunstancia del hecho, asimismo demostrar quién lo llevó a cabo dolosa o negligentemente causando un daño o perjuicio patrimonial, para presentar ante las autoridades la denuncia o querella, acompañada de los documentos probatorios obtenidos en la auditoría, y, en su caso, que puedan iniciarse los procedimientos administrativos y resarcitorios que correspondan”.²²

La ASF en el proceso de fiscalización de la Cuenta Pública 2014, realizó diez auditorías forenses de un grupo total de 1,659 auditorías, es decir, corresponde al 0.6 % del total. Un número aún bajo, en relación a la ejecución de otros tipos de auditorías.²³

Dado el esquema de supervisión social, planteado en la sección anterior, la auditoría forense juega un papel relevante para detectar actos de corrupción. La LFRCF contempla que la entidad de fiscalización, podrá promover ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa la imposición de sanciones y presentar las denuncias y querellas penales, que correspondan ante la Fiscalía Especializada en materia de combate a la corrupción, por los probables delitos que se detecten derivado de los resultados de sus auditorías, es decir, los resultados de las revisiones de la ASF podrán tener, si es el caso vinculación inmediata para determinar sanciones. Lo anterior, será fortalecido mientras la integración en el proceso de fiscalización, la ciudadanía asume el papel promotor de la supervisión.

En relación a las áreas clave con riesgo analizadas anteriormente, con este tipo de auditorías pueden mitigarse los riesgos relacionados con la obra pública, adquisiciones, contrataciones e inversiones, los riesgos derivados de la intermediación en la dispersión del gasto público, los pasivos, subejercicios, tecnologías de información y los servicios suministrados por particulares.

Mientras aspectos como los riesgos que se derivan del diseño e implementación de políticas públicas, duplicación y falta de coordinación en la ejecución de programas e información sobre beneficiarios de los programas sociales, se mitigan y toman acciones por la ejecución de auditorías de desempeño.

CONCLUSIONES

— En este trabajo, se asume que los esquemas de supervisión social deben ser contemplados por los actores del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) como parte de las políticas integrales de fortalecimiento de la fiscalización y del combate contra la corrupción venideras y a delinear en el comité coordinador.

— La supervisión social dentro del proceso de fiscalización generará incentivos positivos en ampliar la participación e interés ciudadano en observar y controlar las acciones de gobierno. Mediante la detección de irregularidades en

²² Muna D. Buchahin, agrega que “esta es la única manera de re conducir con eficacia y eficiencia las averiguaciones previas iniciadas contra quienes han faltado a su deber de lealtad con la administración pública y traicionado la confianza ciudadana”, en: Buchahin Abulhosn, Muna. D. (2015). Auditoría Forense. Delitos contra la Administración Pública. México: Bosch- México, UNAM - IIJ.

²³ Es importante recordar, que los tipos de acciones de fiscalización que lleva a cabo la ASF, comprende auditorías de: *i.- cumplimiento financiero con enfoque de desempeño, ii.- cumplimiento financiero, iii.-desempeño, iv.- inversiones físicas, v.- forenses, y de forma adicional la vi.- evaluación de políticas públicas, vii.- estudios y, viii.- revisión de situaciones excepcionales.*

materia de obra pública, contrataciones y en general de hechos de corrupción, que se denuncien y se vinculen con acciones de fiscalización, mediante la ejecución de auditorías de investigación y/o forense.

— En materia de las áreas clave con riesgo detectadas por la Auditoría Superior de la Federación (ASF), es un trabajo que el SNA debe considerar como insumo de gran valor en el seno del desarrollo de los análisis para delinear las políticas integrales de combate a la corrupción.

— La instrumentación de auditorías forenses, debe ser una herramienta que cierre el ciclo del proceso de supervisión social, con el objetivo de detectar y prevenir actos ilícitos relacionados con la corrupción. Su uso, debe contemplar una mayor proporción en la planeación y programación de las acciones de fiscalización de la ASF.

REFERENCIAS

- AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN, *Continuidad a los Estudios de Control Interno y a la Difusión del Estudio de Integridad en el Sector Público Estudio No. 1198*. ASF. ASF, 2015.
- AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN, *Estudio General de la Situación que Guarda el Sistema de Control Interno Institucional en el Sector Público Federal. Estudio No. 1172*. México: ASF, 2014.
- AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN, *Informe General Cuenta Pública 2014*. Auditoría Superior de la Federación. México: ASF. Obtenido de www.asf.gob.mx, 2016.
- AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN, *Introducción a Auditoría Forense* México: ASF. Recuperado el 9 de Noviembre de 2016, de <http://www.asf.gob.mx>, s.f.
- BUCHAHIN ABULHOSN, Muna D. , *Auditoría Forense. Delitos contra la Administración Pública*. México: Bosch- México, UNAM - IIJ, 2015.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. (Última reforma del 18 de Julio de 2016). Recuperado el 9 de Noviembre de 2016, de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
- CÁMARA DE DIPUTADOS, *Gaceta Parlamentaria(4554-V)*, Anexo V. México: Cámara de Diputados, 16 de Junio de 2016.
- ORTIZ RAMÍREZ, Jorge A., *El impacto de la fiscalización superior en la eficacia del gobierno*. México: Cámara de Diputados - UDG. doi:10.13140/RG.2.1.1485.2728, 2016.
- ROMERO GUDIÑO, Alejandro, Nueva Gobernanza en el Sector Público y Control Interno. *Foro Jurídico*, 30-37, Agosto de 2015.
- ROZAS FLORES, ALAN, Auditoría Forense. *QUIPUKAMAYOC, Revista de la Facultad de Ciencias Contables-UNMSM*, 16(32), 73-101, 2009.

TÓPICA JURÍDICA

LA IMPLEMENTACIÓN DE PRÁCTICAS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

GUILLERMO GARCÍA CANO GALINDO*

La implementación de prácticas de Gobierno Corporativo en la Administración Pública, tanto a nivel federal, estatal o municipal, constituye una medida que debiera ser adoptada, para la adecuada organización y funcionamiento de las dependencias y entidades que forman parte de la misma, sin embargo, solamente algunas entidades paraestatales de carácter federal, en particular, las empresas de participación estatal mayoritaria de carácter bancario, son quienes más las han desarrollado.

Lo anterior, considerando que el Estado, al contar con recursos o capital humano, recursos materiales y recursos financieros, al igual que cualquier empresa o sociedad de naturaleza privada, podría ser tratado o considerado como una gran empresa, con independencia de las funciones y finalidades que tiene atribuidas.

Es así, que para muchos profesionales, entre los que se incluyen abogados de carácter empresarial o corporativo, así como notarios y corredores públicos, es todavía desconocido el Código de Mejores Prácticas Corporativas, emitido por el Comité de Mejores Prácticas Corporativas del Consejo Coordinador Empresarial, a través del cual, se establecen en su gran mayoría, las más innovadoras prácticas de gobierno corporativo, para las sociedades y empresas, incluyendo a los entes estatales, sin importar su naturaleza o regulación, cuya adopción, ha permitido su desarrollo, bajo altos estándares de organización, control y eficiencia en la operación que llevan a cabo, eliminando cualquier tipo de riesgo.

Ello a su vez, se ha traducido en un signo de confianza para los inversionistas, y de respaldo por parte de la sociedad civil en el Gobierno, respecto de aquellas sociedades y empresas que regula, así como de los entes estatales que administra directa o indirectamente.

En este sentido, el establecimiento de dichas prácticas de gobierno corporativo, permite por una parte, lograr una toma de decisiones razonada y fundamentada, libre de conflictos de interés, sobre la base de un análisis previo, llevado a cabo, sobre todo, por órganos colegiados de naturaleza intermedia entre el Consejo de Administración o Directivo y el Director o Gerente General, encargados éstos últimos de la administración, y por otra, hacer corresponsables a quienes laboran en dichas sociedades, empresas o entes estatales, con indepen-

* Catedrático de la Universidad Anáhuac México.

dencia del empleo, cargo o comisión que desempeñen en las mismas, así como de su jerarquía.

En el caso, de la Administración Pública, por regla general, dada mi experiencia, solamente las entidades de la administración pública federal, entre las que se encuentran los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal mayoritaria, han implementado en cumplimiento a la normatividad que las crea o las regula, algunas prácticas de gobierno corporativo, sin adoptar en su cabalidad el Código de Mejores Prácticas Corporativas.

Es así, que entre las diferentes prácticas de gobierno corporativo, que han adoptado dichos entes estatales, se encuentran, algunas de las siguientes:

- a) La eliminación de la figura del Administrador único.
- b) El establecimiento del Consejo de Administración o Directivo, como órgano colegiado, integrado de manera impar.
- c) El establecimiento de facultades a cargo del Consejo de Administración o Directivo, fuera de las facultades tradicionales que se le han asignado a sus integrantes como meros apoderados.
- d) El reconocimiento del cargo de Director o Gerente General, como encargado de la administración u operación diaria.
- e) El establecimiento de facultades específicas a cargo del Director o Gerente General.
- f) La participación de Consejeros Independientes, que cuenten con experiencia, capacidad y prestigio profesional en materia financiera, administrativa o jurídica, dentro del Consejo de Administración o Directivo, así como en Comités u órganos colegiados intermedios entre el Consejo de Administración o Directivo y el Director o Gerente General, con el objeto de que con sus opiniones, se logre seguridad y certidumbre en la toma de decisiones, eliminando el mayor número de riesgos y discrecionalidad posible.
- g) La creación de Comités, Subcomités u órganos colegiados intermedios, tales como, entre otros, el Comité de Dirección, el Comité de Auditoría, el Comité de Operación, el Comité de Riesgos, el Comité de Control Interno, el Comité de Crédito, el Comité de Ética, el Comité de Tecnologías de la Información, Comité de Negocios Fiduciarios, Subcomité de Gobierno Electrónico, Subcomité de Normas, Políticas y Procedimientos, Subcomité de Atención de Reclamaciones, muchos de los cuales, se han tenido que establecer por disposición de la ley, pero algunos otros no, lo que ha facilitado la operación de dichos entes públicos.
- h) La integración de carpetas impresas o electrónicas, que contengan de manera detallada la información relativa a los diferentes asuntos a tratar del orden del día, en el Consejo u órganos colegiados intermedios, a fin de hacer efectivo el derecho de información de los participantes.
- i) La eliminación del rubro de “Asuntos Generales” o “Asuntos Varios”, dentro del orden del día, ya que implica una franca violación al derecho de información de los participantes.

- j) La integración del rubro de “Seguimiento de Acuerdos”, a fin de darle seguimiento a todas aquellas resoluciones en trámite de realización o pendientes de autorización.
- k) El establecimiento de Lineamientos para la Integración y Funcionamiento de Comités y Subcomités u órganos intermedios, donde se establezcan reglas relativas al marco legal, objetivo, integración, lineamientos, facultades y obligaciones de los participantes.
- l) La creación de directrices, para la elaboración de las notas y anexos relativos a los temas que integran el orden del día, de los diferentes órganos colegiados, a fin de lograr uniformidad institucional.
- m) El establecimiento de un Código de Conducta, que regule la actuación y comportamiento de los servidores públicos que laboran en dichos entes públicos, tomando en consideración valores éticos, que guíen su conducta, logrando la confianza y la credibilidad de la sociedad.
- n) La integración de Manuales de Organización que contemplen las facultades y funciones de los servidores públicos, tanto de mandos superiores, como de mandos medios y operativos.
- o) La formación de una matriz de poderes, a fin de mantener un adecuado control sobre los mismos.

No obstante lo anterior, es importante destacar, que al día de hoy existen ciertas figuras, que bajo mi opinión, deberían desecharse o eliminarse, en materia de gobierno corporativo, tanto en sociedades, empresas, como entes estatales, tal y como es, de acuerdo con la Ley del Mercado de Valores, la figura de los Comisarios, en el caso de las sociedades anónimas bursátiles, tomando en consideración, que es el propio Consejo de Administración o Directivo, así como el Comité de Auditoría y de Prácticas Societarias, quienes llevan a cabo la función de inspección, supervisión y vigilancia, lo que hace innecesario la existencia de Comisarios en dichas sociedades.

En conclusión, el establecimiento de mejores prácticas de gobierno corporativo en la Administración Pública, hará más ágil y eficiente la organización, funcionamiento y operación de los entes públicos, eliminando los riesgos a que se encuentran sujetos, al suprimirse o limitarse en buena medida, todo rasgo de discrecionalidad, en la toma de decisiones.

REFLEXIONES EN MATERIA DE MOVILIDAD: CASO UBER

MARIANA GONZÁLEZ HERNÁNDEZ*

EL NUEVO PROBLEMA DERIVADO DEL USO DE LA TECNOLOGÍA

El creciente auge de la tecnología ha tenido como consecuencia el surgimiento de nuevos negocios que satisfacen las necesidades de la población. Tal es el caso de personas morales como UBER o Cabify que, gracias a la tecnología y el uso de la geolocalización, por medio de una aplicación conectan a las personas que necesiten transportarse con las personas que pueden prestarles ese servicio, mismas que son conocidas como Empresas de Redes de Transporte (**ERT**).¹

Sin embargo, lo que en principio podría parecer una solución al problema de la inseguridad e inefficiencia del servicio de transporte urbano y una mejora en la movilidad de las personas, ha generado diversas controversias ya que, al menos en nuestro país, las instituciones jurídicas no se han desarrollado con la misma rapidez que la tecnología. Por lo tanto, todos estos nuevos fenómenos no se encuentran asimilados por el mundo del derecho y son situaciones que no se encuentran previstas en la ley y carecen de un adecuado marco jurídico, en gran parte del territorio nacional. Aunado a lo anterior, existe un desconocimiento generalizado de la naturaleza jurídica de las empresas que prestan servicios tecnológicos. Por ello, si no se logra entender el objeto de estas innovadoras personas morales, muy difícilmente puede proporcionarse el marco legal adecuado para la regulación de sus actividades.

En ese contexto, en diversos estados de la República Mexicana han surgido distintos problemas políticos y jurídicos, como por ejemplo que a nivel local se emita una regulación para las personas morales que operan aplicaciones para la contratación del servicio de transporte privado con chofer, actualmente la naturaleza jurídica de las **ERT** no están definidas en ley y continúan las discusiones pertinentes al marco jurídico al que deben sujetarse.

Un claro ejemplo de lo anterior, es el caso actual del Estado de Yucatán, cuya Cámara de Diputados, promovió la acción de inconstitucionalidad, radicada

* Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México.

¹ Dicho nombre fue utilizado por la Comisión Federal de Competencia Económica, misma que en lo sucesivo será referida como la **COFECE**.

en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo el número de expediente 63/2016; en contra del decreto 400/2016 publicado en junio del 2016 que plantea diversas reformas a la Ley de Transporte del Estado de Yucatán,² relativa a la regulación a la que están sujetas las **ERT**, misma que fue resuelta en sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 25 de mayo de 2017.³

Las disposiciones legales contenidas en la **LTY** impugnadas fueron principalmente las siguientes:

- Los artículos 40 bis y 40 quinquies que establecen que únicamente podrán proporcionar el servicio de transporte de pasajeros contratado a través de plataformas electrónicas quiénes cuenten con certificado vehicular expedido por autoridad competente.
- El artículo 40 quáter que limita el cobro de los servicios de las **ERT** únicamente con tarjeta de crédito o débito.
- El artículo 40 sexies que contiene los requisitos para tramitar el certificado vehicular, entre los que destacan: (i) ser propietario del vehículo que se utilizará para prestar el vehículo; (ii) que éste exceda de un valor de 2,750 UDIS, no siendo anterior a 7 años; (iii) con una capacidad máxima para 7 pasajeros; (iv) mínimo de 4 puertas; y (v) aire acondicionado y equipo de sonido.
- El artículo 40 septies que obliga a las **ERT** a prestar los servicios de conformidad con las tarifas y términos que establezcan los contratos y la **LTY**.
- El artículo 41 que determina los datos que debe contener el certificado vehicular, limitando la prestación del servicio a un municipio o ruta.⁴

Al respecto, mediante la resolución dictada por el Pleno de la Corte, se declaró como infundada la acción de inconstitucionalidad hecha valer por la Cámara de Diputados del Estado de Yucatán, bajo el principal argumento que mediante la reforma a la **LTY** únicamente se establecen estándares razonables que deben cubrir las **ERT** y no se crea una barrera de entrada para la prestación de servicios de transporte, ni se afecta la regulación privada de las empresas o, en su caso, la libre concurrencia.

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS DE REDES DE TRANSPORTE.

El objetivo principal de las **ERT** consiste en conectar a los usuarios, por medio de un dispositivo electrónico que busquen utilizar el servicio de transporte

² En adelante denominada como **LTY**.

³ Cfr. “Discusión Sobre Uber Divide Suprema Corte”, El Economista, 23 de mayo de 2017, <http://eleconomista.com.mx/tecnociencia/2017/05/23/discusion-sobre-uber-divide-suprema-corte>, consultado el 9 de junio de 2017.

⁴ Cfr. Artículos 40 bis, 40 quinquies, 40 quáter, 40 sexies, 40 septies y 41 Ley de Transporte del Estado de Yucatán, <file:///C:/Users/Notebook%20Pink/Downloads/4d7f31b12f2c866ef637e2beebd40224.pdf>, consultado el 9 de junio de 2017.

privado⁵, con aquellos particulares que estén dispuestos a prestarlo. En la página de UBER, una de las **ERT** más conocidas, se señala lo siguiente:

Al conectar perfectamente a los pasajeros con los choferes a través de nuestras aplicaciones, hacemos que las ciudades sean más accesibles, al mismo tiempo que brindamos más posibilidades para los pasajeros y más trabajo para los choferes.⁶

Por lo tanto, son las propias **ERT** quienes determinan que únicamente tienen como función conectar a los pasajeros con conductores con el objeto de optimizar el transporte en ciudades grandes y urbanizadas como lo es la Ciudad de México.

En este orden de ideas, queda claro que las **ERT**, no son quiénes prestan el servicio de transporte, sino únicamente administran la plataforma tecnológica que se utiliza para contratarlo. Es correcto afirmar que auxilian a satisfacer las necesidades de los consumidores de estos servicios por medio de conductores independientes, sin embargo, no forman parte de las **ERT**, toda vez que son también, usuarios de las aplicaciones. El modelo que utilizan las **ERT**, implica que quienes prestan el servicio en las unidades hacen uso de la plataforma al igual que quienes solicitan el servicio. A éstos se les denomina como “socios conductores” debido a que utilizan la aplicación pero con la finalidad de transportar a otros usuarios, no de ser transportados. En su página de internet UBER, empresa líder de las **ERT**, señala lo siguiente:

Usted reconoce que UBER no presta servicios de transporte o de logística o funciona como una empresa de transportes y que dichos servicios de transporte o logística se prestan por terceros contratistas independientes, que no están empleados por UBER ni por ninguna de sus afiliados.⁷

De la transcripción anterior se colige, que al aceptar los términos y condiciones del uso del servicio, se acepta que quién prestará el servicio de transporte es una persona independiente, un socio conductor, y no así las **ERT**. Cabe recalcar, que los automóviles que conducen pueden ser o no propiedad de los conductores, no pertenecen a las **ERT**, pero necesariamente deben de contar con las características técnicas requerida por la misma.

La naturaleza que se le ha atribuido a las **ERT** es conocida como “orquestradores de redes” es decir, organizadores del sistema que proporcionan los recursos a las personas para conectarse y poder cubrir la demanda de transporte del mercado, es decir, las plataformas son consideradas únicamente como el vínculo entre los usuarios.⁸ Aunado a ello, se considera que la prestación de este servicio de intermediación ayuda a cubrir la necesidad de movilidad de las personas colaborando con el desarrollo de nuevos mercados.

⁵ Como más adelante se detalla, es la **COFECE** quién determina que el servicio que se presta por medio de las **ERT** es de transporte privado.

⁶ UBER, Página Oficial, <https://www.uber.com>, consultado el 9 de junio de 2017.

⁷ *Ibid.*

⁸ Cfr. Tim Mcalpine, “*The Sharing Economy*”, Credit Union Management, Vol. 37, número 12, diciembre 2014. Traducción propia.

En línea con lo anterior, es posible afirmar que dada la esencia de las actividades que realizan las **ERT** éstas podrían considerarse como intermediarios mercantiles y no así como prestadores de servicios de transporte, en virtud de que únicamente operan una plataforma y ponen en contacto a los usuarios que quieren ser transportados, con otros usuarios que desean prestar dicho servicio, que como más adelante será detallado, es de carácter particular e individual. Por tanto, su función consiste principalmente en vincular a los usuarios de su aplicación, sin participar directamente en la prestación del servicio de transporte privado.

Este nuevo modelo de negocio, como anteriormente se mencionó, es complejo e implica una serie de cambios al modelo tradicional de prestación de servicios que no se encuentra definido totalmente y que está en constante evolución. Podría decirse, que el desconocimiento de la finalidad de las **ERT**, es lo que ha ocasionado su incorrecta regulación.

VENTAJAS DE UTILIZAR LAS EMPRESAS DE REDES DE TRANSPORTE

A medida que se ha ido popularizando la utilización de los servicios de transporte privado a través del uso de aplicaciones como UBER y Cabify, se ha debatido sobre las ventajas y desventajas que puede tener ser usuario de estas **ERT**. Lo anterior es así, debido a que en México la confianza en el comercio electrónico se ha ido desarrollando poco a poco. Sin embargo, cada día se incrementa el número de personas que prefieren utilizar la tecnología para satisfacer sus necesidades.

En ese sentido, no es de sorprender que las **ERT**, tuvieran un éxito impactante en el mercado. Aunado a la creciente desconfianza que existía en el transporte urbano, debido no solamente a su baja calidad y en la cómoda alternativa que éstas empresas representan, sino en la creciente inseguridad que se vive en el país y la necesidad de buscar opciones que brinden confianza a las personas. A continuación, pueden visualmente apreciarse las principales razones por las que los usuarios han preferido utilizar estas nuevas plataformas.⁹

PLATAFORMAS PARA CONTRATAR SERVICIOS DE TRANSPORTE PRIVADO.	TRANSPORTE PÚBLICO TRADICIONAL
• Certeza en los tiempos de espera, debido a que la hora aproximada de llegada del conductor es calculada por la aplicación y enviada al usuario.	• Irregularidad en los tiempos de espera, no hay una forma objetiva de saber en cuánto tiempo podrá abordarse un camión o taxi en la calle.
• Conocimiento de la identidad del conductor de manera anticipada.	• Se desconoce la identidad del conductor hasta el momento de ser trasladado.
• La forma de pago es flexible ya que acepta pago con tarjeta.	• La única forma de pago es el dinero en efectivo.
• El costo del viaje puede calcularse de manera anticipada.	• Se conoce el costo del viaje hasta el final del trayecto.
• La tarifa no puede ser alterada por el conductor.	• Puede alterarse el costo o el taxímetro.

⁹ Elaboración propia.

<ul style="list-style-type: none"> Conocer en tiempo real la disponibilidad del servicio. Evaluación del desempeño de los conductores. Planificación de la ruta para evitar costos elevados. 	<ul style="list-style-type: none"> Desconocimiento de la disponibilidad del servicio. No hay forma de evaluar la calidad de los conductores. El conductor generalmente es quién elige la ruta.
---	---

RELACIONES CONTRACTUALES DERIVADAS DE LAS EMPRESAS DE REDES DE TRANSPORTE

Es importante comprender que como consecuencia del desarrollo de la tecnología y la necesidad de satisfacer al exigente mercado, han surgido empresas tecnológicas que tienen una compleja naturaleza. Tal es el caso de las **ERT**, que no cuentan con una estructura tradicional de prestación de servicios. Dentro de este nuevo modelo de compañía, surgen diversos aspectos que dan lugar a múltiples confusiones.¹⁰

Es claro que las **ERT**, simplemente son un intermediario entre la persona que contrata el servicio de transporte privado y el conductor que es quien presta el mismo. Sin embargo, se debe de definir la relación contractual de las partes que intervienen en una transacción similar. Podría afirmarse que, en una operación común derivada del uso de una plataforma, participan tres sujetos: el usuario que contratara el servicio de transporte, el conductor que lo llevará a su destino y las **ERT**, la persona que vincula al usuario con el conductor por medio de la aplicación. Por lo tanto, de este negocio surge una multiplicidad contractual que podría clasificarse en tres tipos de relaciones contractuales.

La primera relación contractual es entre las **ERT** y el usuario que desea ser transportado. El usuario, que puede ser cualquier persona mayor de edad con capacidad de pago, utiliza los servicios de la plataforma tecnológica para contactar a un chofer que los traslade de un lugar a otro. Las personas que recurren a esta aplicación, lo hacen confiando en la calidad del servicio que ofrecen las **ERT** y las ventajas que ya se han mencionado con anterioridad, como la facilidad de pago, el tiempo de espera, etc. En el sitio oficial de una de éstas aplicaciones se lee:

Podrá utilizar los servicios de UBER para solicitar y planificar servicios de transporte, bienes o logísticos con terceros proveedores, pero acepta que UBER no tiene responsabilidad alguna hacia usted en relación con cualquier servicio de transporte, bienes o logístico prestado a usted por terceros proveedores que no sea como se ha establecido expresamente en estas condiciones.¹¹

Por tal razón, es evidente que las **ERT** simplemente son el medio que une al usuario con el conductor que le prestará el servicio. En tal virtud, los usuarios no conciernen con la empresa algún servicio, y ningún empleado de la empresa

¹⁰ Cfr. Evgeny Morozov, “Fetichismo de la Innovación” El País, 28 de noviembre de 2014. En https://elpais.com/elpais/2014/11/24/opinion/1416850643_127519.html, consultado el 2 de junio de 2017.

¹¹ UBER LEGAL, UBER, Página Oficial, <https://www.uber.com>, consultado el 17 de junio de 2017.

es quién lo presta. Las personas recurren a la plataforma para contratar el servicio y realizan su pago a través de ella, como efecto de la confianza que tienen hacia la marca, pero no son clientes de los servicios que prestan las **ERT** como empresas de transporte, sino simplemente son usuarios de las plataformas, al igual que los choferes.

La segunda relación contractual se origina entre el conductor y el usuario de la aplicación que busca ser transportado. Podría decirse que en este caso, se produce un contrato privado de transporte de pasajeros. En ella, el conductor se obliga a llevar a la persona de un destino a otro, tomando en cuenta que la tarifa y el precio del viaje son fijados por las **ERT**. Por otra parte, el usuario se obliga a cubrir el importe que resulte del viaje. Es importante tomar en cuenta, que quienes son usuarios de la plataforma provienen de segmentos de la población que tienen acceso a formas de pago electrónicas y cuentan, en su mayoría, con teléfonos inteligentes y conexión a internet.

Finalmente, surge una relación contractual entre el conductor y las **ERT**. Es de suma relevancia aclarar que entre estos dos no se origina una relación laboral. Lo anterior es así, toda vez que el conductor es también un usuario de la aplicación y no se encuentra subordinado a las **ERT** en aspecto alguno. Los llamados socios conductores, cuentan con la libertad de elegir el horario en el que prestarán sus servicios y las condiciones en las que lo harán, con independencia de que el automóvil que utilicen pertenezca a un tercero ajeno a esta operación. Sin embargo, las **ERT** capacitan a los socios conductores, les proporciona información técnica y les permite utilizar su plataforma y su marca.¹² Es decir, el socio conductor es usuario de la plataforma, pero al ser quién presta el servicio se somete a las condiciones que la compañía le establece tales como los requisitos técnicos de las unidades, las características del servicio y la tarifa. Las **ERT** además de capacitar al conductor, lo evalúan, lo vinculan con el usuario que desea realizar el viaje, realizan las gestiones de cobro y se quedan con una comisión por cada viaje contratado por medio de la plataforma. Por lo tanto, las **ERT** seleccionan las unidades aptas y vigilan el desempeño del chofer, participando de forma indirecta en la prestación del servicio pero sin ser la propia empresa quién lo proporcione al usuario.

En virtud de lo anterior, el modelo de negocios de las **ERT** es innovador ya que no tiene un esquema tradicional. La referida persona moral no tiene como objetivo ser un patrón que obtenga una ganancia por medio de empleados que aportan su mano de obra. Al contrario, busca que por medio de convenios, exista un beneficio para todos los que participen en este modelo, optimizando los recursos y disminuyendo los gastos.

Las **ERT** han tenido un gran impacto social, ya que por medio de la tecnología ha logrado cubrir las necesidades del mercado. La plataforma ha sido innovadora y ha tenido en poco tiempo beneficios tanto económicos como sociales. De acuerdo a la **COFECE**: “Los servicios de transporte de personas por medio

¹² Cfr. Miguel Adolfo Rosillo Sánchez, “*UBER: Nuevo producto en la industria de transporte urbano de pasajero.*” Revista Abogado Corporativo, ANADE, número 49, septiembre octubre 2015. pág. 17

de plataformas móviles, como Uber y Cabify, son resultado de los avances tecnológicos y del proceso innovador, constituyen un nuevo producto en el mercado y generan bienestar social”.¹³ Sin embargo, como consecuencia de este nuevo modelo de negocio se necesita un derecho dinámico que se adapte a él y que comprenda la naturaleza del servicio, regulándolo como una intermediación mercantil y no la prestación de un servicio de transporte.

¿CUÁL SERÍA UNA FORMA MÁS ADECUADA PARA QUE EL MARCO JURÍDICO NO AFECTARA LOS DERECHOS DE LAS EMPRESAS DE REDES DE TRANSPORTE?

Debido a la extrema relevancia que el tema de la presente investigación cobró a nivel político, la **COFECE** emitió la opinión OPN-008-2015, el día 4 de junio de 2015, en la que profundizó acerca del impacto de los servicios de transporte de personas por medio de plataformas móviles, desde una perspectiva de competencia económica.

A este respecto, dicha autoridad señaló que la movilidad de las personas en una ciudad es un factor que determina el desarrollo de la economía y por lo tanto, es de suma importancia que en ciudades grandes existan condiciones óptimas y seguras de transporte. Para satisfacer esta necesidad existen dos tipos de transporte, el público y el privado. El transporte público a su vez puede ser colectivo o individual.¹⁴

Para la **COFECE** el servicio de transporte público individual es prestado principalmente por los taxis, y señala que existen dos problemas graves en la prestación de este servicio. El primero consiste en la falta de información respecto de la capacidad e idoneidad del conductor, así como del precio del servicio. El segundo versa sobre los problemas de coordinación entre los taxistas y los pasajeros, por ejemplo en los tiempos de espera y los lugares donde pueden abordar.¹⁵

En términos de la opinión de la **COFECE**, las empresas dedicadas a mediar el acuerdo entre usuarios y proveedores de servicio de transporte privado a través de aplicaciones o plataformas son denominadas: Empresas de Redes de Transporte.¹⁶ Dichas compañías realizan sus operaciones de dos formas distintas. La primera, consiste en la que utilizan empresas como Yaxi, que conectan a usuarios con taxistas para que les presten el servicio de transporte público individual. La segunda, es aquella que utilizan empresas como UBER y Cabify, por medio de la cual los usuarios utilizan la plataforma para contratar el servicio de transporte privado.¹⁷

¹³ Comisión Federal de Competencia Económica. <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/prensa/historico-de-noticias/opina-cofece-sobre-los-servicios-de-transporte-de-personas-por-medio-de-plataformas-moviles> consultado el 17 de junio de 2017.

¹⁴ Cfr. Comisión Federal de Competencia Económica, opinión OPN-008-2015, en <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/resoluciones-y-opiniones> consultado el 17 de junio de 2017. Pág 2.

¹⁵ Cfr. *Ibid.* pág. 2.

¹⁶ Definidas anteriormente como **ERT**.

¹⁷ Cfr. *Ibid.* Pág 3.

Ahora bien, para la **COFECE**, los servicios que prestan las **ERT**, no equivalen a un servicio público de transporte de pasajeros y no debe de ser regulado bajo el mismo esquema ya que tendría como consecuencia la disminución del uso de la tecnología en perjuicio del consumidor. Sin embargo, es necesario contemplar los criterios siguientes para regular este tipo de empresas, resultado del desarrollo de la tecnología:

1. Que exista una necesidad de regular estos servicios en beneficio de la sociedad.
2. Que de existir una regulación, esta deberá ser flexible.
3. El objetivo debe ser la seguridad de los usuarios y conductores, sin imponer cargas regulatorias innecesarias.¹⁸

Por lo tanto, podría afirmarse que de acuerdo a los criterios anteriores, la regulación de las empresas que operan aplicaciones para la contratación de servicio de transporte privado, se encuentra sujeta a que se cumplan las condiciones expuestas por la **COFECE**. Sin embargo, regular el fenómeno en cuestión, debe forzosamente implicar el reconocimiento de una nueva modalidad en los servicios de transporte ya que tiene un impacto en la sociedad y no así una previamente existente. Mas, la regulación que se origine debe ser en cuanto a seguridad, por ejemplo, contar con un seguro de daños de cobertura amplia y, el cumplimiento de las disposiciones legales que al efecto surjan, no deberá implicar mayores obligaciones para la autoridad, por lo que se debería facilitar a terceros o a las propias **ERT** acreditar el mismo.

En este sentido, el marco normativo deberá en todo momento evitar el registro de vehículos o limitar su número, la imposición de requisitos adicionales como placas especiales, así como, la regulación de las tarifas determinadas por la ley de la oferta y la demanda.¹⁹ Lo anterior, siempre tomando en cuenta el interés general y el beneficio del consumidor.

A nivel internacional se han adoptado dos grandes posturas, la primera de aceptación y adaptación del marco jurídico a fenómenos como UBER y, la segunda de rechazo y prohibición a esta nueva modalidad en el transporte. Los máximos representantes internacionales de ambas posturas son Estados Unidos y España. El país norteamericano en varios estados ha modificado su legislación en aras de regular este fenómeno, sin embargo, la misma es sumamente flexible e impone requisitos mínimos para llevar a cabo sus operaciones. Por otro lado en España, se ha prohibido completamente que estas nuevas empresas realicen sus actividades, bajo el argumento de competencia desleal a los taxistas.²⁰ Como reflejo de ambas posturas sirven de referencia países como Reino Unido²¹ y Francia que toman

¹⁸ Cfr. *Ibid.* Pág 4.

¹⁹ Contrario a lo que sucedió en la contingencia de abril de 2016, en el que el Gobierno de la Ciudad de México llegó a un acuerdo con UBER para evitar una tarifa excesiva, debido al aumento de demanda.

²⁰ Cfr. Ana Anabitarte, “*Varios países prohíben el uso de Uber*”, El Universal, 23 de abril de 2015. En <http://app.vlex.com/#/vid/566718538> consultado el 10 de junio de 2017.

²¹ ,Cfr. “*A Victory for Common Sense: Uber Continues to operate legally in london, UK*”, Anthony James Tomilson, UK Law Articles in English, 2014. En http://app.vlex.com/#WW/search/*/uber+in+London/p2/WW/vid/585605286, consultado el 17 de junio de 2015. Traducción propia.

posición en uno u otro bando con argumentos que difieren de los otros pero con igual validez. Por ende, esta falta de comprensión a la naturaleza de empresas que operan aplicaciones para la contratación de servicios de transporte no han sido uniformemente aceptadas o prohibidas y existe la posibilidad de inclinarse más hacia alguna de las dos posturas.

Ahora bien, un claro ejemplo de la postura receptiva de Estados Unidos es el estado de California, dónde UBER es considerado como un simple intermediario que no es empleador o patrón de los conductores, con independencia de que participe en todo el proceso de registro y capacitación de los mismos.²² Sin embargo, en un principio debido a la falta de comprensión de la naturaleza de los servicios que prestaban estas recién surgidas compañías, se les impuso una multa por llevar a cabo operaciones ilegales en el año de 2012. No obstante lo anterior, un año después se les reconoció con la categoría de “compañías de redes de transporte” aseverando que las empresas únicamente operaban la plataforma de internet para conectar a los pasajeros con los usuarios que buscaban contratar el servicio de transporte privado.²³ Con este reconocimiento, se le impuso una serie de requisitos a las personas morales que manejan estas aplicaciones, ya que además de requerir una licencia para operar, deben cubrir ciertas condiciones tales como revisar los antecedentes de los choferes, capacitarlos, asegurarse de que las unidades estuvieran aseguradas, entre otras. Despues de California, se dieron fenómenos similares en las diferentes ciudades a lo largo del país. Las entidades que cuentan con una legislación similar a la de California son Colorado, Illinois, Tennessee, Carolina del Norte y Pennsylvania. Cabe precisar que, al igual que en México, no en todas las entidades se encuentran reguladas las personas morales que operan aplicaciones para vincular a usuarios que quieran contratar el servicio de transporte privado con conductores.

Al respecto, México ha adoptado una postura similar a la de Estados Unidos y Reino Unido,²⁴ en la que contrario a países como España o Francia,²⁵ se ha tenido apertura a pesar de los problemas y presión política, tomando la decisión de modificar el marco normativo a fin de que el fenómeno de las ERT se encuentre previsto en la ley.

Ahora bien, debido a que el objetivo principal de las ERT es facilitar la movilidad en sitios donde hay una población densa y grandes zonas urbanas y, tomando en consideración que las personas que utilicen la plataforma deben contar con dispositivos electrónicos y formas de pago especiales, como tarjetas de

²² Cf. MZ Zeinab Yousif, “*California Decision Finds that UBER is an Employee*”, United States Law Articles in English, 2008. Traducción propia.

²³ Cf. Ibid. pág. 4.

²⁴ Consultar: “*App Based On-Demand Ride Services: Comparing Taxi and Ridesourcing Trips and User Characteristics in San Francisco*”, University of California Transportation Center, noviembre 2014. pág. 2. En http://tsrc.berkeley.edu/sites/default/files/RidesourcingWhitePaper_Nov2014Update.pdf, consultado el 17 de junio de 2017.

²⁵ Cf. Evgeny Morozov, El País, “*La Ofensiva de Uber*”, El País, 28 de febrero de 2015. En http://app.vlex.com/#WW/search/juris_diction:ES+content_type:1+source:346/uber/WW/vid/559119514, consultado el 17 de junio de 2017.

crédito, es innecesario hablar de una legislación federal, aplicable para todos los estados de la República. Esto es así, debido a que no en todas las ciudades del país las **ERT** tendrán presencia, por lo que objetivamente puede decirse que no hay necesidad de que a nivel federal exista una regulación para las **ERT** ya que la misma no tendría aplicación en todas las entidades federativas, lo cual es muy similar a la regulación local que surgió en Estados Unidos. Además de que, es facultad de los estados regular en materia de movilidad.

No obstante lo anterior, la regulación de esta nueva modalidad, para ser efectiva y cumplir verdaderamente con el objetivo de velar por el interés general, sin restringir en exceso a las **ERT**, necesariamente debe respetar una serie de criterios, que han adoptado países como Estados Unidos y Reino Unido, siendo los más importantes los siguientes:

- Evitar limitar el número de vehículos.
- No regular las tarifas dinámicas.
- No imponer la obligación a los usuarios conductores de contar con un tipo de placa u holograma especial.
- Exigir que se cuente con un seguro de daños de cobertura amplia.
- No establecer requisitos tales como un mínimo en el precio de los coches utilizados por los conductores.
- Destinar las aportaciones que se hagan de cada viaje a fondos previstos en ley.

Por otro lado, es necesario permitir que las **ERT** participen en la verificación del cumplimiento de las obligaciones previstas en ley. Lo anterior, debido a la poca capacidad de las autoridades locales de asumir mayores responsabilidades y, como forma de reconocimiento a la libertad que tienen las empresas de operar en el mercado.

A pesar de que, desde un punto de vista de competencia económica no es conveniente una regulación para los nuevos negocios que son resultado del desarrollo tecnológico, el caso en cuestión se relaciona indirectamente con la prestación de un servicio que es de interés general (aunque solamente sea por parte de los conductores de las **ERT**) y, cuyas implicaciones políticas necesariamente requieren de una moderada y flexible intervención del Estado. Sin que la misma derive en el establecimiento de mayores cargas administrativas para los choferes, propietarios de los vehículos y/o las **ERT**.

En consecuencia de lo ya mencionado, la regulación que debería ser aplicable para las **ERT** esencialmente debe ser emitida con una exacta observancia de la distribución de competencias y el principio de división de poderes, reconociendo una nueva modalidad del transporte y en todo momento procurar la libertad de operación y manejo del negocio.

BENEFICIOS DE MODIFICAR EL MARCO JURÍDICO.

De existir una regulación apegada a derecho, que haya sido emitida considerando la libertad de las **ERT**, se tendría como consecuencia una mejora con-

siderable en la calidad de la movilidad de las personas en México, debido a las ventajas que ya fueron mencionadas con anterioridad.

Es por ello que el Estado no debe sobre regular a las **ERT**, toda vez que, limitando sus operaciones y administración únicamente tendría como resultado que no se desarrollara el negocio en el mercado y la necesidad del consumidor no se cubriera.

Por eso, además de los requisitos de forma previstos en ley, el contenido de las disposiciones legales aplicables al tema, debe ser flexible y no restrictivo, permitiendo el desarrollo de nuevas empresas que satisfagan las necesidades de la población.

LA INMINENTE ADAPTACIÓN DEL MARCO JURÍDICO.

El avance de la tecnología ha generado el desarrollo de nuevos negocios que la utilizan como medio para satisfacer las necesidades de la población. Sin embargo, la rapidez con la que el marco normativo evoluciona para adaptarse a ellos es incomparablemente más lenta y el mundo del derecho no alcanza a asimilar del todo este fenómeno.

Derivado del desarrollo tecnológico, se han constituido nuevas empresas que buscan innovar en la prestación de servicios para satisfacer las necesidades de la población y mejorar considerablemente la calidad de los mismos. En el caso de la presente investigación se analizaron las **ERT**. De lo anterior se concluye que, éstas son empresas que únicamente sirven de intermediarias para que usuarios que buscan ser trasladados de un lugar a otro ingresen a sus plataformas y contraten los servicios de otro usuario conductor que esté dispuesto a proporcionárselos.

Como consecuencia del surgimiento de estas nuevas empresas se han dado grandes beneficios que ya fueron mencionados anteriormente, sin embargo, debido a la compleja naturaleza de empresas como las **ERT**, surgen diferentes aspectos a considerarse. En primer lugar, se concluye que las **ERT** únicamente es un intermediario entre usuarios y conductores. Asimismo, de las transacciones que se realizan utilizando las plataformas se originan diversas relaciones contractuales. Una de ellas, se origina entre la empresa que administra la aplicación o plataforma con el usuario, el cuál usa la plataforma para contratar los servicios de un tercero, por ello se dice que las **ERT** no son quienes presta el servicio de transporte, sino que facilita el medio para su contratación. En un segundo plano, se da en la relación que genera entre el conductor y el usuario de la aplicación que desea ser trasladado. En este caso, el conductor es quién proporciona en servicio de transporte y no las **ERT**. Finalmente, surge una relación contractual entre las **ERT** y los conductores, que de ninguna manera debe considerarse como laboral, toda vez que el conductor es a su vez, un usuario más de la aplicación.

En la México se adoptó una postura similar a la de Estados Unidos, decidiéndose a emitir una legislación que contemplara a las personas morales que operan plataformas con la finalidad de que los usuarios contraten el servicio de transporte privado con chofer. Sin embargo, dicha regulación contiene diversas disposiciones que imponen obligaciones y cargas innecesarias a las **ERT**.

En ese sentido, las disposiciones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó de la **LTY**, vulneran el principio de igualdad y no discriminación ya que al contener criterios subjetivos y, con la finalidad de regular una situación jurídica determinada es una ley privativa. Conjuntamente, transgrede los derechos de libertad de trabajo y oficio al imponer restricciones y cargas administrativas que perjudican a aquellas personas que utilizan la plataforma para prestar servicios de transporte privado.

Aunado a ello, la **COFECE** señaló que las **ERT** surgen como una nueva modalidad no prevista en ley. Igualmente resuelve que las mismas han beneficiado a la movilidad de las personas y, presentan una alternativa a la crisis y mala calidad del transporte público. Asimismo, defiende la existencia de una regulación sumamente flexible y que permita la libre competencia y desarrollo de las **ERT**.

Las **ERT**, al ser empresas que únicamente tiene como función conectar a los pasajeros con conductores con el objeto de optimizar el transporte, no es necesaria una regulación federal para éstas, toda vez que la misma no tendría aplicación en la mayoría de las entidades federativas de la República.

No obstante lo anterior, las disposiciones de ley que se emitan deben en todo momento ser flexibles y velar por el interés general sin restringir en exceso a las **ERT**. Se concluye que, principalmente se debe evitar limitar el número de vehículos, así como las tarifas dinámicas o establecer el uso forzoso de permisos o placas especiales, manteniendo como obligación principal contar con un seguro de cobertura amplia que proteja a todas aquellas personas participantes en los viajes.

Como resultado de una regulación emitida con apego a derecho y, respetando la distribución de competencias, se generarían grandes beneficios en la movilidad de las personas, mismos que ya han sido mencionados con anterioridad en el presente artículo.

El creciente avance científico ha tenido como consecuencia la necesidad de un derecho dinámico que se adapte a los nuevos fenómenos que han surgido gracias a la tecnología. Proporcionando una adecuada legislación, sin excesos y que verdaderamente ponga solución al reto jurídico que representan las personas morales referidas a lo largo de los presentes capítulos, sin limitarlas y al contrario, promoviendo el surgimiento de más empresas que busquen brindar calidad en servicios que se encuentran en decadencia.

BIBLIOGRAFÍA

I. *Legislación Consultada*

Ley de Transporte del Estado de Yucatán, Orden Jurídico Nacional, consultado el 9 de junio de 2017. Artículos 40 bis, 40 quinquies, 40 quáter, 40 sexies, 40 septies y 41.

II. *Publicaciones Periódicas*

- ANABITARTE, Ana, “*Varios países prohíben el uso de Uber*”, El Universal, 23 de abril de 2015. En <http://app.vlex.com/#/vid/566718538>, consultado el 15 de febrero de 2016.
- MCALPINE, Tim, “*The Sharing Economy*”, Credit Union Management, Vol. 37, número 12, diciembre 2014. Traducción propia.
- MOROZOV, Evgeny, “*Fetichismo de la Innovación*” El País, 28 de noviembre de 2014. En https://elpais.com/elpais/2014/11/24/opinion/1416850643_127519.html, consultado el 2 de junio de 2017.
- “*La Ofensiva de Uber*” El País, 28 de febrero de 2015. En http://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:ES+content_type:1+source:346/uber/WW/vid/559119514, consultado el 13 de febrero de 2016.
- RAYLE, Lisa, “*App Based On-Demand Ride Services: Comparing Taxi and Ridesourcing Trips and User Characteristics in San Francisco*”, University of California Transportation Center, noviembre 2014. Pág. 2. En http://tsrc.berkeley.edu/sites/default/files/RidesourcingWhitePaper_Nov2014Update.pdf, consultado el 6 de febrero de 2016. Traducción propia.
- RIQUELME, Rodrigo, “Discusión Sobre Uber Divide Suprema Corte”, El Economista, 23 de mayo de 2017, <http://eleconomista.com.mx/tecnociedad/2017/05/23/discusion-sobre-uber-divide-suprema-corte>, consultado el 9 de junio de 2017.
- ROSILLO SÁNCHEZ, Miguel Adolfo, “*UBER: Nuevo producto en la industria de transporte urbano de pasajero.*” Revista Abogado Corporativo, ANADE, número 49, septiembre octubre 2015. Pág. 20.
- TOMLINSON, Anthony James, “*A Victory for Common Sense: Uber Continues to operate legally in london, UK*”, UK Law Articles in English, 2014. En http://app.vlex.com/#WW/search/*/uber+in+London/p2/WW/vid/585605286, consultado el 27 de febrero de 2015. Traducción propia.
- MZ Zeinab Yousif, “California Decision Finds that UBER is an Employee”, United States Law Articles in English, 2008. Traducción propia. Pág. 4.

III. *Otras Fuentes*

- Comisión Federal de Competencia Económica. <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/prensa/historico-de-noticias/opina-cofece-sobre-los-servicios-de-transporte-de-personas-por-medio-de-plataformas-moviles>, consultado el 17 de junio de 2017.
- Opinión OPN-008-2015*, Comisión Federal de Competencia Económica, en <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/resoluciones-y-opiniones>, consultado el 17 de junio de 2017.
- UBER, Página Oficial, <https://www.uber.com>, consultado el 9 de junio de 2017.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL DERECHO DE FAMILIA, EL CASO DEL DISTRITO FEDERAL

ANGÉLICA JOSEFINA LAURENT PAVÓN

El consentimiento es un elemento esencial en toda relación jurídica, que consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, pero es necesario que esta voluntad tenga una manifestación exterior. Las partes que intervienen en el acto, haciendo uso de su autonomía, manifiestan esta voluntad de manera expresa o tácita de conformidad con la norma.

De acuerdo con Magallón Ibarra,¹ el consentimiento se refiere a la aceptación voluntaria de una conducta, tanto propia como ajena, que va a producir en un concurso las consecuencias jurídicas que las partes pretenden.

De igual manera, Martínez Alfaro² establece que el consentimiento es el acuerdo de voluntades respecto a un objeto común que consiste en producir consecuencias jurídicas como son la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones.

Por su parte, Zamora y Valencia señala que la voluntad es el deseo o el ánimo, la resolución de hacer una cosa. Desde el punto de vista jurídico es esa intención para realizar un acontecimiento referido a la obtención de efectos jurídicos previstos.

El concurso de voluntades que caracteriza al acto jurídico, desde el enfoque de la teoría clásica, se entiende como el acuerdo de las libres voluntades de los contratantes o particulares para realizar los negocios jurídicos dentro del campo de las relaciones del derecho privado. Esta noción de libertad individual en general se expresa con la máxima jurídica de que “todo lo que no está prohibido está expresamente permitido”, principio que obedece esencialmente al hecho de que las partes son independientes para contratar o no, y al contratar sobre un plano de igualdad, eligiendo la cláusula para fijar los términos del contrato, sin mayor limitación en un principio, que el propio orden público, lo cual se traduce en la autonomía de la voluntad.

De la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, las partes pueden celebrar los actos que deseen, aún cuando no estén regulados por la ley.

¹ JORGE MARIO MAGALLÓN IBARRA, *Instituciones de derecho civil*, México, Porrúa, 1987, p. 213.

² JOAQUÍN MARTÍNEZ ALFARO, *Teoría de las obligaciones*, México, Porrúa, 1993, p. 23.

Si bien la autonomía de la voluntad obedece a un principio de igualdad jurídica, es importante mencionar que no es absoluta, pues presenta limitaciones o restricciones no sólo para garantizar la mencionada igualdad, sino también la seguridad y la justicia en la contratación con el propósito de nivelar, en algunos casos, factores de poder: económicos, políticos o sociales que impiden alcanzar las garantías antes citadas.

La autonomía de la voluntad es un elemento más de la libertad en general; es la libertad jurídica: el poder del hombre de crear por un acto volitivo una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito.

Es decir, la autonomía es el poder que tiene todo ser humano de establecer un acto de propia voluntad jurídica, y por ende, este deseo debe ser protegido por la sociedad misma mediante el cuidado, expresamente señalado por la ley.

Así, podríamos decir que todo sujeto de derecho es una persona con capacidad de obligarse; este acto debe ser protegido por la sociedad, pero la persona está condicionada a la voluntad que se manifieste con el objeto de crear consecuencias de derecho en la búsqueda de un objeto lícito (se entiende por licitud estar conforme con las leyes de orden público y las buenas costumbres); por tanto, al haber plena concordancia entre los sujetos se origina la relación de causalidad jurídica, en la cual una de las partes se convierte en sujeto activo, y la otra en sujeto pasivo de dicha relación.

La noción de libertad individual se expresa habitualmente diciendo que todo lo que no está prohibido está permitido, aunado al principio jurídico de que “la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos”. Esto en términos del derecho se llama principio de la autonomía de la voluntad.³

La concepción de la voluntad soberana en el contrato tiene su origen en el derecho canónico, sostenida por la Escuela del Derecho Natural y por los filósofos del siglo XVIII, y ha sido exaltada por los partidarios del individualismo liberal del siglo XIX.

Según Treviño García,⁴ el principio de la autonomía de la voluntad, que tuvo su mayor auge en el siglo XIX a raíz del desenvolvimiento de la doctrina del individualismo liberal, se encuentra atemperado con las nuevas corrientes ius-filosóficas de la socialización del derecho.

Este principio fue acogido por el Código de Napoleón —principio que en el caso del derecho civil mexicano se transmitió a los códigos civiles de 1870 y 1884. El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, publicado en 1928, y la legislación vigente aplica-

³ Es importante mencionar la distinción que realiza Ramón Sánchez Medal entre libertad para contratar y libertad contractual, siendo esta última la marcada dentro de los límites de la ley, la cual sostiene que las partes tienen la facultad de fijar libremente el contenido de los contratos, de celebrar contratos diferentes a los previstos por la norma o inclusive de incluir cláusulas que ellos mismos convengan, de igual manera se podrán reunir en un mismo contrato las reglas de dos o más negocios total o parcialmente regulados por la ley. A diferencia de la libertad contractual, la libertad para contratar sólo permite celebrar o no el contrato adhiriéndose en su totalidad a las cláusulas del mismo, ya sea que estuvieren pactadas por las partes o previstas por la ley.

⁴ Ricardo Treviño García, *Epítome de los contratos*, México, Oxford, 2000, p. 6.

ble al Distrito Federal del año 2000, relegó en parte este principio, al cual le encontró ciertas limitaciones que no existían en su origen.

De acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes son capaces de celebrar o no contratos, y al efectuarlos obran libremente sobre un principio de igualdad; los contratantes se ponen de acuerdo, establecen los términos del acto y determinan su objeto sin más limitaciones, que las que se señalarán más adelante.

Duguit⁵ señala que esta voluntad que interviene para la formación de las obligaciones convencionales, al igual que el concurso real de voluntades, no es completa, que en los actos celebrados imperan las necesidades personales de los contratantes, y que siempre existirá una parte fuerte y una débil en cualquier relación jurídica.

Si bien es cierto que esta voluntad ya no es absoluta, sino que conoce límites, no es menos cierto que el principio de la autonomía de la voluntad sigue siendo la base de la contratación, sujeta a una doble influencia: la dependencia material del individuo que contrata, así como de la sociedad que no es indiferente a los efectos de dicho acto, por lo que como dice Planiol: “La voluntad de los particulares no es ni absolutamente libre ni está absolutamente sujeta a la ley, sino que goza de una autonomía parcial”.⁶

Esta misma idea la ratifica Galindo Garfias,⁷ al mencionar que la voluntad es la expresión de la libertad en el área del derecho privado, y en consecuencia es inherente a la persona misma, y necesaria para poder alcanzar sus fines.

A su vez, Sánchez Medal⁸ sostiene que la autonomía privada es aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades dentro del ámbito de libertad, que le pertenece como sujeto de derecho, para crear regla de conducta para sí y en relación con los demás, con la siguiente responsabilidad en cuanto a su actuación en la vida social.

Como ya se mencionó antes, no basta la formación de la voluntad interna, sino que tal voluntad tiene valor en tanto se manifiesta al mundo exterior. Para ello, es necesario que esto ocurra de modo reconocible o aprehensible por los demás sujetos con los cuales se pretende relacionar o contratar, ya que de otra manera estaríamos en una manifestación carente de significado jurídico. Esta voluntad puede ser conocida por medio de la unidad, que es la declaración negocial de voluntad; es decir, se debe distinguir entre la voluntad interna (lo que verdaderamente se desea), la declaración (el vehículo idóneo para dar a conocer la voluntad interna), y la voluntad declarada: la sumatoria de las dos anteriores.

Así las cosas, en la vida de cualquier acto jurídico se va a encontrar:

1. La formación de la voluntad que procede de la intimidad psíquica del sujeto y sólo es conocida por la autoconciencia del agente.

⁵ Cf. LEÓN DUGUIT, citado por Manuel Borja Soriano, *Derecho de las obligaciones*. 12^a ed., México, Porrúa, 1982, p. 86.

⁶ Cf. MARCEL PLANIOL, *Tratado elemental de derecho civil*, t. 1, trad. de la 12^a ed. francesa, por José Ma. Cajica, s. f., p. 147.

⁷ Cf. IGNACIO GALINDO GARFIAS, *Derecho civil*, 20^a ed., México, Porrúa, 2000, p. 228.

⁸ RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 1999, p. 10.

2. El de la declaración que le da una instancia externa y una objetividad accesible al conocimiento de terceros.
3. El de la documentación por virtud de la cual se registra en forma material y permanente.

Es importante señalar que la voluntad no manifestada carece de relevancia jurídica; por tanto, sería imposible fundarse en ella para solicitar una acción de incumplimiento o de nulidad del contrato, ya que esto atenta contra la idea misma de la seguridad y la certeza jurídicas.

Acorde con la idea anterior, la voluntad debe exteriorizarse de manera expresa (modos objetivos de declaración) tácita (comportamiento o hechos concluyentes o *facta concludentia*; es decir, se utiliza un medio que advierte que el sujeto tiene una voluntad determinada), verbal, escrita o por signos inequívocos.

Otras formas de manifestación son la declaración ficta o presunta, denominada por Savigny como “inducida”, la cual se presenta en casos en que existe un precepto legal que la autoriza. Los supuestos jurídicos previstos por la norma sólo son presunciones de la ley, las cuales pueden ser *iuris et de jure* o *iuris tantum*, en tanto admitan o no prueba en contrario; por tanto, la expresión de la voluntad puede resultar igualmente de la presunción de la ley en los casos en que expresamente lo disponga.

También se encuentran la manifestación directa y la indirecta. La primera consiste en que por la naturaleza del acto, y para obtener una mayor seguridad jurídica y libertad a los contratantes, debe expresarse personalmente sin la intervención de un nuncio o apoderado. En tanto, la segunda, la indirecta, admite su manifestación a través de un representante.

Es necesario señalar que este concepto no sólo debe entenderse por la voluntad de los contratantes, sino que deberán tomarse en cuenta las conductas o actitudes que de conformidad con cada caso permitan deducir la verdadera intención que tuvieron las partes para la celebración del acto. En muchos casos, la legislación le confiere preponderancia a la intención sobre el mismo sentido literal del clausulado de un contrato, aplicable si presentara ambigüedad, o cuando las palabras no son claras.

Cabe hacer mención que pueden existir dos declaraciones: la aparente y la oculta; es decir, la interna que no coincide con la declarada, en este sentido se está ante la presencia de un verdadero acto de simulación en el cual las partes manifiestan falsamente la voluntad con el objeto de defraudar o de causar un perjuicio a un tercero. En nuestra legislación, los actos simulados acarrean su inexistencia, ya que nunca se dio origen al nacimiento de una verdadera voluntad.

Este consentimiento debe entenderse en dos sentidos: como voluntad individual del deudor para obligarse y como concurso o acuerdo de voluntades, para lo cual:

1. El consentimiento, en su primera acepción como voluntad del deudor para obligarse, a cuyo elemento llama el Código Civil francés “el consentimiento de la parte que se obliga” y exige que se otorgue.

- a) Voluntad real. Implica que la voluntad se encuentre bien formada tanto interna como declarada, porque podría dar origen a distorsiones de la misma, que acarrearían vicios en el consentimiento.
- b) Voluntad seria y precisa. Se origina por un compromiso verdadero entre las partes para dar nacimiento a las consecuencias de derecho.
- c) Exteriorización de la voluntad. Exige que se manifieste a los demás sujetos de la relación jurídica de manera clara y determinante: expresa o tácitamente.
- d) Que su contenido se encuentre determinado. Las partes deben conocer o puedan llegar a conocer el contenido obligacional, consecuencia de la celebración del acto.

Suelen distinguirse dos clases de declaración de la voluntad: la declaración receptiva, que para producir la eficacia, que le es propia, debe estar dirigida a una determinada persona, y la no receptiva, que para tener efecto no requiere destinatario concreto o determinado.⁹

2. El consentimiento como acuerdo de voluntades requiere plena coincidencia de las voluntades de ambas partes, esto no ocurre cuando se presenta un vicio del consentimiento, como es el error, por mencionar un ejemplo. Sin embargo, no todas las deficiencias en el consentimiento lo hacen inexistente. Para llegar a un concurso de voluntades, siempre se realizan acuerdos previos en los que se discuten diversas cláusulas y demás circunstancias del contrato, hasta que las partes manifiestan que la voluntad ha sido declarada plenamente y que tienen conocimiento del contenido y alcance legal del documento que se contrata.

En esta etapa previa, a la que los tratadistas denominan precontractual, se debe actuar de buena fe, porque si se demuestra que los tratos se hicieron con el propósito de entretener a la otra parte e impedir que contratara con otra persona, se incurría en un acto ilícito, conocido como culpa in contrayendo.

Y esto que tiene que ver con el Derecho de Familia y más concretamente con el matrimonio por ejemplo, se presenta el siguiente planteamiento.

Benito Juárez es el padre del Registro Civil en México Institución que da certeza y legalidad jurídica a los actos y hechos del estado civil y en particular a uno de ellos que reviste gran importancia ya que protege a la Institución generadora de la familia, el Matrimonio, que por primera vez, se le reconoce su existencia jurídica mediante la Ley del Matrimonio Civil, pasando de ser un acto del poder eclesiástico para convertirse en un acto regulado por el estado, aunque a lo largo de más de 150 años han existido diferencias histórico no solo en la vida diaria sino de carácter legislativo, desde su primera regulación jurídica hasta la situación que actualmente guarda en el Distrito Federal. Solo se examinara el caso del Distrito Federal como entidad federativa, por ser el que más modificaciones ha introducido en su legislación.

⁹ Cfr. IGNACIO GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, p. 227.

La sociedad actual parece que solicita uniones por tiempo determinado, uniones light, uniones sin responsabilidades, en donde ante la primera controversia es mejor disolver el vínculo. “Hasta que la muerte nos separe”, una frase tan rara hoy en día, ya que hace alusión a una Institución jurídica en peligro de extinción, el Matrimonio, figura que viera nacer legislativamente el Benemérito de las Américas y que elevara al rango constitucional Sebastián Lerdo de Tejada y que hoy por designio del Constituyente Permanente de 1992, fuera derogado de la carta magna, sin razón jurídica aparente.

¿Cómo pueden variar tanto las condiciones socio-culturales en una país?, que de prever y dar gran importancia al Matrimonio hoy prácticamente estamos acabando con él, y para muestra basta solo reflexionar el tema de la reforma legal al Código Civil del Distrito Federal conocido como el Matrimonio entre dos personas del mismo sexo, la adopción por Matrimonios homoparental, o el Divorcio incausado, en donde se suprime todo tipo de causales de divorcio judicial, en donde haciendo uso de la autonomía de la libertad en una relación jurídica genera un efecto adverso a lo que en si misma no se puede buscar en el derecho de familia al ser una institución que prevé normas de orden público e interés social.

Al matrimonio se le ha convertirlo en una mera declaración unilateral de voluntad de uno de los cónyuges, para iniciarla o simplemente para terminarlo ya que con o sin motivo que pueda haber dado origen al divorcio se procede a declarar la disolución del vínculo matrimonial *¿y ante esto? ¿Con que nos encontramos? Con sociedades deficientes, con bases poco sólidas, en donde por la necesidad de proporcionar recursos materiales, que son necesarios para pagar los alimentos, la madre con la custodia, debe de salir a trabajar y dejar en muchas ocasiones a la deriva la formación* de los hijos.

Ciertamente la postura no es el tener que permanecer necesariamente en una unión matrimonial, en donde se ponga en peligro la integridad de la persona, como sería el caso de violencia intrafamiliar, hay que concientizarse de la necesidad de que en esas situaciones, se vele por la integridad de los miembros de la familia, pero no se puede compartir la idea de que los matrimonios hoy en día, se celebren por tantas causas equivocadas, y por ello mismo, en cualquier momento se presente la disolución del vínculo y la generación de más familias monoparentales.

La sociedad actual, considera que el matrimonio, en el mejor de los casos, es un contrato temporal, por tiempo determinado, y es preciso el comentar que de hecho ya se presentó la propuesta al cuerpo legislativo para fijar un plazo de 2 años para el mismo, idea que dista mucho de la concepción original que se le vio nacer, olvidándose, que las disposiciones del Derecho de Familia son de orden público e interés social, pero parece que eso no aplica para el matrimonio, ya que parecería que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos, como reza la máxima jurídica, regresando a los orígenes del derecho, en donde no existía una intervención del estado y bastaba la mera regulación privada entre las partes, suponiendo sin conceder que esto fuera cierto y en un sentido netamente *ius privatista*, si reconocemos al matrimonio como un contrato como se acaba de mencionar, entonces, también tendríamos que señalan que el cumplimiento del

contrato, no puede quedarse al arbitrio de una sola de las partes, por lo tanto, hay otro fundamento para rechazar las reformas legislativas en esta materia, ya que la facultad de rescindir las obligaciones se entiende implícita en las reciprocas, en consecuencia, si se inicia el vínculo conyugal de manera esencial con el consentimiento de ambas partes, en mera lógica jurídica debe de terminarse, en última instancia por la voluntad de ambas.

Qué diferencia hay entre esta nueva regulación normativa del divorcio y el repudio romano de hace más de dos mil años, ¿Esto es el progreso legislativo?

Es importante señalar que la forma natural de la terminación del matrimonio es exclusivamente a través de la muerte de uno de los cónyuges, aun cuando, la legislación civil reconoce que el matrimonio puede resolverse por una causa de nulidad, que es coincidente en la mayoría de las legislaciones de latino América, con la denominación de impedimentos dirimentes, es decir, que se presenta esta, cuando falta un elemento de validez, siendo siempre por causas anteriores al matrimonio o por Divorcio, el cual presume la existencia de un matrimonio válido pero que por causas supervenientes a la celebración del vínculo o por voluntad de una o ambas partes, se inicia un procedimiento, que puede ser administrativo o judicial para dar por terminado el matrimonio.

Entonces, que vio el Presidente Juárez para legislar en materia de matrimonio civil, que, ni aún él, considerado el liberal por autonomía, se atrevió a prever la existencia de esta forma de disolución del contrato matrimonial. Se presenta en 1859, el 23 de julio, cuando por primera vez, basándose en un Código Civil Francés, el muy célebre Código de Napoleón, cuya fuente latino romanista se ve inmersa aún en la legislación de hoy en día, código que sirvió como fundamento al Código Civil español, García Goyena y al anteproyecto Justo Sierra del Código Civil del Distrito Federal, pero ni aún ellos, que prevén el matrimonio como un contrato, se atreven a considerar que dicho vínculo jurídico pueda disolverse, y mucho menos, a simple capricho de una de las partes, no era sino en sociedades bárbaras, que preveían el repudio, un repudio, que nada tiene de jurídico, un repudio que convierte a la institución matrimonial en un acto hedonista, caprichoso e infamante, en donde la subjetividad es el elemento fundamental, en donde lo importante es romper con la vida conyugal aunque se deje en total desprotección a los hijos, a los alimentos y a la guarda y custodia de los mismos.

Hasta donde la autonomía de la voluntad puede ser generadora de tantos efectos jurídicos adversos y no solo eso, sino permisiva del incumplimiento de obligaciones, siendo a toda luz contrarias con los principios generales de derecho y en especial los que se aplican a la materia *ius-privatista*.

Como se puede hablar de un progreso cuando reformas legislativas a la luz de la globalización y la modernidad promulgan leyes irresponsables que repercuten directamente en la violación de derechos, aquí la pregunta es ¿debe de prevalecer el acto volitivo autónomo, libre frente a los derechos de terceros, aun cuando esto es específicamente uno de los límites más importantes para su ejercicio?

Solo por repasar algunos supuestos normativos, en los que se constata el uso abusivo de la libertad autonómica en el ejercicio en el derecho de familia, dentro

de los que se pueden mencionar en lo que respecta a las relaciones de pareja, en donde la variante es tan amplia que incluye la celebración de matrimonio entre personas de igual o diferente sexo; o escoger uniones de hecho con efectos jurídicos limitados como es el concubinato o actos jurídicos como al sociedad de convivencia (antecedente del matrimonio homoparental). Si bien debe de existir una manifestación exteriorizada de la voluntad libre y autónoma para la toma de decisiones, ciertamente excede a los límites de la protección del derecho de familia, queda de manifiesto que si no se protege a la persona, mucho menos al tema de los bienes, ya que existe la posibilidad de celebrar el acto bajo el régimen patrimonial de sociedad conyugal o de separación de bienes, con una limitada regulación en materia de donaciones.

De la misma manera, en un divorcio, como ya se mencionó, se promueve judicialmente por la voluntad de una de las partes, al no necesitar ninguna causa que le de origen al rompimiento del vínculo, además se puede pactar en el mejor de los casos que medie convenio respectivo, no solo la manera de dividir los bienes, aun cuando aquellos que no se encuentren en una mancomunidad, sino temas de mayor trascendencia como los referentes al tema del pago de los alimentos o más importante aún temas como el régimen de convivencia, en el mejor de los escenarios, ya que al promover, el juez aún sin convenio determinara en unas sentencia el divorcio, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio, extinguiendo los deberes de fidelidad y ayuda mutua, como si fuera el centro de una relación matrimonial la vida de pareja, sin tomar en cuenta el interés superior del menor o las obligaciones de crianza, que serán resueltas *a posteriori* en sentencias interlocutorias, así basta un período de 15 días para dejar insubsistente, por la voluntad de una las partes el matrimonio.

Y ni hablar del fin procreativo del matrimonio, queda la arbitrio de una de las partes el hacer uso de la libertad de planificación permitida y señalada por la Constitución, así lo que antes era determinante de la Institución conyugal, hoy se permite el realizar pactos contrarias a la procreación, dar en adopción al producto de la concepción, renunciando al ejercicio de la patria potestad o forzar el hecho de la fecundación mediante la utilización de métodos de fertilización artificial, porque no, también el poder llevar a cabo en los términos de un acto la contratación de una madre gestante que se subrogue en el desarrollo del embarazo, claro, sin dejar de mencionar que también se permite la interrupción legal del mismo durante las doce primeras semanas gestacionales.

A todas luces parece un cuento de terror, en donde lejos de creer y proteger la esencia de toda sociedad, la familia y por ende el matrimonio, esta todo el aparato legislativo destinado a destruirlo, pero eso sí, bajo la bandera de una presunta autonomía de la voluntad en la celebración de todo acto jurídico que hace permisible cualquier cosa imaginable, ni Julio Verne podría haber creado en sus novelas el mundo al que nos enfrentamos hoy en la actualidad.

Los que todavía creemos en el Derecho de Familia, estamos llamados a trabajar mucho más, crear una conciencia clara y cierta del mundo que queremos, en fomentar y transmitir los valores esenciales, que si bien debe de prevalecer la

libertad contractual en todo acto jurídico entre particulares, no se puede dejar a un lado la responsabilidad que se tiene, porque no es herencia sino reclamo, es derecho pero también obligación el formar e informar, en alzar la voz para defender a la familia.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

De todo lo anteriormente expresado y analizado podemos concluir:

Primero. Es un elemento esencial consistente en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que esta voluntad tenga una manifestación exterior. Las partes que intervienen en el acto, haciendo uso de su autonomía, manifiestan su voluntad para intervenir en el mismo. La misma deberá declararse de manera expresa o tácita de conformidad con la norma.

Segunda. El Derecho de la Familia es una rama del Derecho Civil que regula las relaciones entre particulares en lo que respecta a parentesco, relaciones de pareja y relaciones paterno filiales, que se regulan por normas de orden público e interés social, cuya principal característica es que son irrenunciables.

Tercera. Si bien la libertad contractual se basa en la teoría de la autonomía de la voluntad, esta debe de tener límites que respeten y protejan a los integrantes de un núcleo familiar en donde se deben de imperar el respeto, igual y ayuda mutua, basados en principios de solidaridad y bien común entre todos los integrantes del grupo familiar y en consecuencia se debe de estar obligado a fomentar los valores necesarios para lograr un desarrollo armónico dentro de la colectividad.

Cuarta. La norma debe de ser revisada para lograr una verdadera protección de la familia, en donde prevalezca el interés colectivo frente a los de los particulares, fomentando y respetando las virtudes que coadyuvan al desarrollo de una mejor sociedad.

FUENTES

I.- *Legislación*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

Código Civil para el Distrito Federal. <http://www.aldf.gob.mx/codigos-107-4.html>

II. *Obras*

ASPE ARMELLA, Virginia, (Compiladora) *Familia, Naturaleza, Derechos y Responsabilidades*, Porrua, México 2006.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez, *Derecho de Familia y Sucesiones*; Harla, México, 1990.

- BORJA SORIANO, Manuel; *Derecho De Las Obligaciones*. 12^a ed., México, Porrúa, 1982.
- CHÁVEZ ASENIO, Manuel; *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídico Familiares*, 4ta. Edición, Porrúa, México, 1997.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio; *Derecho Civil*, 20^a ed., México, Porrúa, 2000.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; *Instituciones De Derecho Civil*, México, Porrúa, 1987.
- MANZUR TAWILL, Elías; *El Divorcio sin causa en México Génesis para el Siglo XXI*; Porrúa, México, 2006.
- MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría De Las Obligaciones*, México, Porrúa, 1993.
- MONTERO DUHALT, Sara; *Derecho de Familia*, 3era. Edición; Porrúa, México, 1987.
- PLANIOL, Marcel; *Tratado Elemental De Derecho Civil*, t. 1, trad. de la 12^a ed. francesa, por José Ma. Cajica, México, s./f..
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo; *Contratos Civil*, 9na. Edición; Porrúa, México, 2003.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia*, 12ma. Edición, Porrúa, México, 1976.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón; *Contratos Civiles*, México, Porrúa, 1999.
_____, *Los Grandes Cambios de Derecho de Familia*, Porrúa, México, 1979.
- TREVIÑO GARCÍA, Ricardo; *Epítome de los Contratos*; McGrawHill, México, 1994
- VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, Francisco; *El Matrimonio y la Suprema Corte*, Porrúa, México, 2012.

EL IDEALISMO ALEMÁN. IMMANUEL KANT

FERNANDO NAÑEZ DELGADILLO*

*Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra.*¹

La antropología kantiana es una antropología pragmática que pone su fundamento en una autoconciencia. Es el sujeto el que se conoce a sí mismo en su subjetividad, en efecto, toda la obra kantiana es un intento de exponer la antropología humana, las tres grandes preguntas: ¿Qué puedo conocer? (crítica de la razón pura) ¿Cómo debo obrar? (crítica de la razón práctica) ¿Qué puedo esperar?, se resumen en esta única pregunta: ¿Qué es el hombre?

La ley kantiana nace de una necesidad moral, pues en la pregunta ¿Cómo debo obrar? La respuesta siempre vendrá en imperativo: debes. Bajo esta razón práctica es necesario admitir algunos postulados tales como la libertad, el alma y Dios, sin los cuales este deber no tendría sentido, es aquí donde nace el imperativo categórico: el imperativo del deber universal. Esta será pues la ley natural: la razón práctica que manda a la voluntad libre.

Kant hace por ende una separación de la moral y la ley y con ello de las dos instituciones que representan a cada una: Iglesia y Estado, la división entre ley interna y ley externa trae consigo un nuevo orden donde la ley interna se relegará sólo a la moral y la ley externa sólo a la ley civil coactiva.

En el presente capítulo presentaremos el pensamiento kantiano en lo que atañe al fundamento de los derechos humanos y sus consecuencias en el derecho práctico, así pues comenzaremos por exponer los pilares en los que Kant basa la dignidad humana, siendo estos: la autoconciencia y libertad. Las consecuencias de esta dignidad en el derecho práctico las dividiremos en consecuencias dentro del derecho privado y derecho público, finalizando entonces con una visión consecuente en el derecho internacional.

1 LA AUTOCONCIENCIA (SELBSTANSCHAUUNG)

Kant en su antropología pragmática comienza dando luz sobre la base y fundamento de la persona humana. En efecto es la capacidad de poder represen-

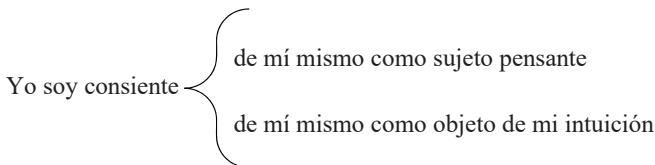
* Alumno de la Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac México.

¹ IMMANUEL KANT, *La Metafísica de las costumbres. Metaphysik der Sitten* (1787), Editorial Tecnos, Madrid 1999 3º edición, nº 331-332, § 49 E-I, pág.166-167.

tarse a uno mismo como un “yo” aquello que hace al hombre superior a todo el resto del orbe, pues este último (el orbe) carece de racionalidad. Es pues el intelecto aquella facultad por la cual nos conocemos a nosotros mismos y somos personas, como un ser diverso en grado y dignidad.

El hecho de que el hombre pueda tener una representación de su yo le realza infinitamente por encima de todos los demás seres que viven sobre la tierra. Gracias a ello es el hombre una persona, y por virtud de la unidad de la conciencia en medio de todos los cambios que pueden afectarle es una y la misma persona, esto es, un ser totalmente distinto, por su rango y dignidad, de las cosas, como son los animales irracionales, con los que se puede hacer y deshacer a capricho.²

En la cuarta parte del “opus postumum” explica la posición de si y del objeto. La autoconciencia se explica en el enunciado: yo soy consciente, el individuo como primera persona (yo) se representa a sí mismo como un objeto de su intelecto en tercera persona (él), haciendo de tal modo posible el conocimiento sobre sí mismo.



La autoconciencia de la intuición y del pensamiento, se conjuga en una representación, esta es la conciencia, y el imperativo al cual el intelecto se somete (coñóctete a tí mismo) es el principio de hacer un concepto del propio sujeto como objeto de la intuición, o así mismo de subordinarlo a eso.³

Es este autoconocerse un a priori indispensable como condición de posibilidad de la experiencia, es pues una facultad natural del hombre, no es un juicio pues este necesita dos conceptos que se unan en una cónyunta, en el yo soy, el sujeto y el objeto son idénticos pues el predicado se encuentra en el mismo sujeto, por lo tanto el enunciado es mera intuición.

Yo pienso (*cogito*) yo soy consciente de mí mismo (*sum*). Yo, el sujeto, hago de mí un objeto (*apprehensio simplex*) y este acto no es aún un juicio, es decir no es aún una representación de la relación entre un objeto con el otro, no es un juicio: Yo soy pensante (*iudicium*); y aún menos un raciocino: yo pienso por lo tanto existo (*cogito ergo sum*).⁴

2 LA LEY NATURAL

Kant en las lecciones de ética expone la definición de ley, esta es toda formula que exprese la necesidad universal de una acción. El ejemplo más evidente es el de la ley física, concerniendo estas a la naturaleza. La ley natural práctica

² IMMANUEL KANT, *Antropología en sentido pagmático*. Aleanza Editorial, Madrid 1991, §1 pág. 15.

³ IMMANUEL KANT, *Opus postumum*. Editori laterza, Bari 1984, pág. 281.

⁴ *Ibid.*, pág. 301-302.

será una necesidad universal en cuanto que esta expresa la necesidad de la acción, los actos subjetivos en el hombre serán aquellos donde se actúe según la propia naturaleza animal (instintos) mientras que las objetivas serán aquellas en las cuales la razón juzga la acción libre.

Toda fórmula que exprese la necesidad de mis acciones es una ley. Así, puede haber leyes naturales en las que las acciones se hallan bajo una regla universal o también leyes prácticas. Todas las leyes son físicas o prácticas.⁵

Las prácticas expresan la necesidad de las acciones libres y son, o bien subjetivas, en la medida en que éstas son llevadas a cabo por los hombres, o bien objetivas, en la medida en que deben tener lugar.⁶

En la autoconciencia de sí, el sujeto se concibe a sí mismo como objeto. El sujeto es pues el yo pensante como ser racional que juzga como señor de sí el actuar libre práctico subjetivo del sujeto objeto que obra según los instintos de su naturaleza.

El hombre alberga en su interior una especie de pueblo que ha de ser sometido a las reglas de un gobierno alerta e investido de un poder coactivo. Este «pueblo» no es otro que las acciones de la sensibilidad, acciones que no se compadecen con las reglas del entendimiento, siendo así que tales acciones sólo son buenas en tanto que coincidan con estas reglas. El hombre requiere disciplina.⁷

Ahora pues es necesario basar los actos de la libertad en un principio práctico objetivo, que sea necesariamente universal, en el cual todo hombre racional base sus acciones, esta base objetiva será la base de toda moral y derecho: el deber.

Será en efecto el deber impuesto por la razón a la voluntad aquel principio necesario y universal. Kant busca entonces el primer deber práctico del actuar libre moral. Cuando se pregunta ¿Cómo debo obrar razonablemente? Descubre que la respuesta siempre vendrá en imperativo, de allí nace el imperativo categórico cuya máxima suprema será el respeto de la propia dignidad y de la dignidad de los demás.

El imperativo práctico será por lo tanto éste: Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio.⁸

Esta ley sobre la cual se basan el resto de las leyes, no tiene otro fundamento que la naturaleza misma del hombre que es su humanidad, por ello toda ley pragmática o positiva debe en virtud de la razón estar dirigida al supremo deber que es el imperativo categórico. Es pues el hombre por ser hombre, es decir fin en sí mismo cuya existencia tiene un valor absoluto, el fundamento de la dignidad

⁵ IMMANUEL KANT, *Lecciones de Ética*. Editorial Crítica, Barcelona 1988, pág.72.

⁶ *Ibid.*, pág. 72.

⁷ *Ibid.*, pág. 178.

⁸ IMMANUEL KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Aleanza Editorial, Madrid 2012, pág. 139.

humana, por lo cual el respeto a sus derechos humanos constituirá a su vez el fundamento de toda ley práctica positiva, pues el hombre debe ser el fin al cual la ley está ordenada.

Suponiendo que hubiese algo cuya existencia en sí misma posea un valor absoluto, algo que como fin en sí mismo pudiera ser un fundamento de leyes bien definidas, ahí es donde únicamente se hallaría el fundamento de un posible imperativo categórico, esto es, de una ley práctica. Yo sostengo lo siguiente: el hombre y en general todo ser racional existe como un fin en sí mismo, no simplemente como un medio para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad.⁹

3 LA LIBERTAD

La libertad es el carácter de la voluntad autónoma que hace a esta independiente de las cosas externas que la determinan. La libertad está más allá de la experiencia empírica, se constituye por tanto en un a priori que hace posible la moralidad misma del hombre, y en ella está el fundamento de su obrar ético que lo hace persona. Esta libertad por ende debe estar exenta de toda ley física o moral, pues si no fuese así, esta sería mera ilusión, ello quiere decir que la libertad no puede estar determinada, pues sería contradictorio e ilusorio una libertad sometida a leyes que acaecen necesaria y universalmente. Kant no puede justificar dentro de su sistema el hecho irrefutable de la libertad, por ello lo ofrece como un postulado de la razón.

La voluntad es un tipo de causalidad de los seres vivos en tanto que son racionales, y libertad sería la propiedad de esta causalidad para poder ser eficiente independientemente de causas ajena que la determinen; tal como la necesidad natural es la propiedad de la causalidad de todo ser irracional para ver determinada su actividad por el influjo de causas ajena.¹⁰

Kant aún viendo la evidencia de la existencia de la libertad no logra dar una explicación racional de la misma, puesto que la persona no adquiere su libertad mediante la generación que de ella han hecho sus padres, sino que procede de un ámbito suprasensible el cual debe de existir pero no podemos conocerlo desde la razón pura. Kant atribuye entonces a la divinidad el hecho de la creación de seres libres y se limita a demostrar que la teoría creacionista no es contradictoria con la razón.

Así pues, la razón ha de presuponer más bien que entre la libertad y la necesidad natural de las mismas acciones humanas no se hallará contradicción alguna, puesto que no puede renunciar al concepto de naturaleza ni mucho menos al de libertad.¹¹

La libertad será pues el derecho innato del cual todo hombre goza inefablemente, será pues el principio por el cual se manifiesta la igualdad entre los hombres, encontrándose sus facultades (*veriloquium et falsioquium*) ya en su libertad innata.

⁹ *Ibid.*, pág. 137

¹⁰ *Ibid.*, pág. 166.

¹¹ *Ibid.*, págs. 181-182.

Todas estas facultades se encuentran ya en el principio de la libertad innata y no se distinguen realmente de ella.¹²

La libertad será el centro de la filosofía kantiana, es el punto medio que une la razón pura y la razón práctica, estando como ya hemos visto más allá de estas.

La libertad del arbitrio es la independencia de su determinación por impulsos sensibles; este es el concepto negativo de la misma, el positivo es: la facultad de la razón pura de ser por sí misma práctica. ¹³

Hemos comprobado ya la dignidad humana desde el puro aspecto natural, es decir basándonos únicamente en la naturaleza misma del hombre manifestado en su autoconciencia y libertad. Ahora tenemos que ver las implicaciones de este resultado en la ley pragmática de las costumbres o el derecho, buscando los derechos y deberes inherentes que emanan de la dignidad humana y del imperativo categórico.

4 EL DERECHO

El derecho nacerá entonces para la regulación de la libertad y en la distinción misma de la ley moral. Si la ley es al mismo tiempo fundamento de la acción será entonces una ley ética, si en cambio la ley se refiere a las acciones externas y a la conformidad con la ley son entonces leyes jurídicas. En el caso de estas últimas, para que su validez no sea de tipo ético, es necesario que deba existir una fuerza externa de coacción que dicte su cumplimiento, un móvil distinto a la idea del deber que hace que se cumpla la ley.

Si afectan solo a acciones meramente externas y a su conformidad con la ley se llamarán jurídicas; pero si exigen también de ellas mismas deban ser los fundamentos de determinación de las acciones entonces son éticas.¹⁴

El campo de la legalidad nacerá entonces de la adecuación o inconformidad con la ley, por ser externa no importa el móvil de la acción, se debe coaccionar al cumplimiento. Estamos entonces distinguiendo la doctrina de la virtud: acto que en sí mismo tiene el móvil de su acción, y la doctrina del derecho: acto de conformidad con la ley sin tener en cuenta el móvil de la acción.

A la mera concordancia o discrepancia de una acción con la ley sin tener en cuenta los móviles de la misma se le llama legalidad [...] los deberes nacidos de la legislación jurídica solo pueden ser externos porque la legislación no exige que la idea de este deber, que es interior o sea de por sí misma fundamento del arbitrio.¹⁵

Una vez ya visto que el derecho tiene su raíz más profunda en el hombre como fin en sí mismo, y que el derecho se distingue de la ética por su posibilidad

¹² IMMANUEL KANT, *La metafísica de las costumbres. Metaphysik der Sitten* (1787), Editorial Tecnos, Madrid 1999 3º edición, nº 238 pág. 49.

¹³ *Ibid.*, nº 213 pág. 17.

¹⁴ *Ibid.*, nº 214 pág. 17.

¹⁵ *Ibid.*, nº 219 pág. 24.

de legislación exterior, debemos pues desarrollar la ciencia cuyo conocimiento organizado se basa no en la aplicación sino en el principio fundamental que es la doctrina del derecho natural racional, esta es la ciencia del derecho (*iurisscientia*).

Pero sin ambas juntas (*iurisperitus et iurisprudentia*) queda solo la ciencia del derecho (*iurisscientia*). La última denominación corresponde al conocimiento sistemático de la doctrina del derecho natural (*ius naturae*).¹⁶

El derecho es aquel que regula las libertades de los hombres, conciliando las relaciones entre las personas y basándolas en un principio universal. Este principio universal Kant lo propone con la siguiente máxima:

Una acción es conforme al derecho cuando permite o cuya máxima permite a la libertad de arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos, según una ley universal.¹⁷

5 EL DERECHO PRIVADO

El derecho privado está relacionado con el derecho natural y se refiere a la adquisición personal de bienes materiales externos. Es privado porque es el derecho que concierne al individuo concreto en su relación con otro individuo. Este se dividirá en tres apartados: 1) el modo de tener algo exterior como suyo. 2) el modo de adquirir algo externo 3) la adquisición subjetivamente condicionada por la sentencia de una jurisdicción pública.

5.1 Derecho de propiedad.

Lo jurídicamente mío es la relación que existe entre sujeto y objeto, y la posesión de este segundo al primero. La relación es tan estrecha que cualquier atentado contra el objeto se considera un daño al sujeto mismo, es en razón de la dignidad de la libertad del hombre donde se funda el principio de propiedad o posesión externa de los bienes materiales.

Lo jurídicamente mío (*meum iuris*) es aquello con lo que estoy tan ligado, que cualquier uso que otro pudiera hacer de ello sin mi consentimiento me lesionaría.¹⁸

Una particularidad de esta posesión es que no es una posesión absoluta sino del uso del objeto, con esto Kant quiere dar a entender que la posesión externa es siempre adquirida, el uso del objeto lo dividirá en (*potentia*) objeto cuyo uso está en mi poder, y en (*in potestatem meam redactum*) tener el objeto en mi potestad.

Un objeto de mi arbitrio es aquello que tengo capacidad física de usar discrecionalmente, aquello cuyo uso está en mi poder (*potentia*); de ello hay que distinguir el tener el mismo objeto en mi potestad (*in potestatem meam redactum*) lo cual presupone no solo una capacidad sino también un acto del arbitrio.¹⁹

¹⁶ *Ibid.*, nº 229 pág. 37.

¹⁷ *Ibid.*, nº 230 pág. 39.

¹⁸ *Ibid.*, nº 245, § 1 pág. 55.

¹⁹ *Ibid.*, nº 246, § 2 pág. 57.

Basándose en esto Kant afirma la ley permisiva (*lex permissiva*) como aquella por la cual los demás están obligados a abstenerse de usar ciertos objetos del arbitrio del otro, pues estos se posecionaron del objeto con anterioridad.

Ahora tenemos que indagar los tipos de posesión que existen. Kant los divide en tres: 1) cosas 2) prestaciones 3) estado de relación. En la primera hay una posesión física (corporalmente) y otra efectiva (no físicamente), la prestación es la posesión efectiva de algo por el arbitrio del otro, el estado de relación concierne a la posesión en el estado de relación con otra persona y es meramente jurídica.

Según las categorías de sustancia, causalidad y comunidad entre los objetos externos y yo, atendiendo a leyes de la libertad, los objetos exteriores de mi arbitrio solo pueden ser tres: una cosa corporal fuera de mí, el arbitrio de otro respecto a un acto determinado y el estado de otro con relación conmigo mismo.²⁰

Kant hace una definición nominal para la distinción de los objetos, esta explicara que la propiedad exterior es aquello de lo que si se privase de su uso, atentaría contra la libertad del individuo, la posesión física Kant la definirá como posesión en el fenómeno (*posetio phenomenon*) mientras que la posesión inteligible será definida como (*posetio noumenon*), ambas posesiones serán meramente jurídicas.

Lo mío exterior es aquello fuera de mí, cuyo uso discrecional no puede impedírmelo sin lesionarme.²¹

Si recordamos la filosofía kantiana, recordaremos que el noumenon es inteligible y por ello no podemos conocerlo con la razón, si queremos fundamentar la posetio noumenon tenemos que encontrar su deducción en una proposición jurídica sintética a priori. Esta proposición será la base para la fundamentación legítima de la adquisición y el haber de bienes. En efecto la posesión del suelo “libre” (suelo que otro no haya tomado en posesión arbitraria de ella) será el ejemplo del cual nacerá dicha proposición, pues de acuerdo a una concepción innata de que en la sociedad primitiva el suelo era propiedad común y con la voluntad de una ley universal esta paso a ser propiedad privada. La máxima es la siguiente

Es deber jurídico actuar con respecto a otros de tal modo que lo exterior (útil) pueda llegar a ser también para cualquiera suyo.²²

El concepto jurídico será entonces solo el de la razón y no el de las cosas exteriores. Así lo material que sea mío será mi posesión, pero aquello que es mío pero que no está en mi posesión (lo inteligible) será mi haber. La fundamentación de esta es que la posetio noumenon como legislación universal valida es aquella que prescinde de la simple posesión externa para entenderse según conceptos del entendimiento.

²⁰ *Ibid.*, nº 247, § 4 pág. 58.

²¹ *Ibid.*, nº 249, § 5 pág. 60.

²² *Ibid.*, nº 252, § 6 pág. 64.

La tesis dice: es posible que yo tenga algo exterior como mío, aunque no estoy en posesión de ello.

La antítesis dice: no es posible que tenga algo exterior como mío si no estoy en posesión de ello.

Solución: las dos proposiciones son verdaderas, la primera cuando entiendo por posesión la posesión empírica (*posetio pheomenon*) la otra cuando entiendo bajo este término la posesión inteligible (*posetio noumenon*).²³

Para que el derecho de propiedad se garantice, está por un lado la ley universal ya expuesta por lo que los otros se abstienen del uso de lo que es mío y en una igualdad universal equitativa, yo debo a la vez abstenerme del uso de lo que es del otro. Ahora bien, esta ley es universal. Es necesario por tanto una voluntad colectivo-universal común, que pueda velar y proteger estos derechos, asegurando su acatamiento y cumplimiento: para ello emerge el estado civil.

Así pues solo una voluntad que obliga a cada cual, por tanto colectivo-universal y poderosa, puede ofrecer a cada uno aquella seguridad. Pero el estado sometido a una legislación exterior universal (es decir pública) acompañada de poder es el estado civil.²⁴

Sin embargo lo que fundamenta la posibilidad de la posesión de algo no es el estado pues este debe garantizar y proteger los derechos de propiedad, será entonces el derecho natural que contiene en sí el principio jurídico y este no puede ser dañado por leyes estataarias, positivas o arbitrarias del estado.

El principio jurídico: me lesiona quien procede según una máxima, según la cual me es posible tener como mío un objeto de mi arbitrio.²⁵

5.2 Derecho de adquisición

La adquisición es hacer una cosa mía, hacer que algo venga a ser mío, esta adquisición tiene pasos: 1) la aprehensión: toma de posesión del objeto del arbitrio en el espacio y tiempo, esta es *posetio phenomenon*. 2) la declaración: por la cual afirmo que es mío y aparto de él a otro. 3) la apropiación: es la actuación de mi voluntad de arbitrio interiormente y exteriormente por la ley universal que lo aparta de otros.

El principio de la adquisición exterior es entonces: lo que someto a mi potestad (según la ley de la libertad exterior) y tengo facultad de usar como objeto de mi arbitrio (según el postulado de la razón práctica) en fin, lo que yo quiero (de acuerdo con la idea de una posible voluntad unificada) que sea mío, eso es mío.²⁶

5.2.1 Derecho Real.

Los bienes materiales son comunes desde el punto de vista de una concepción originaria y de naturaleza, el derecho real es aquel por el cual se convierte una propiedad común en un bien de uso privado, no es únicamente el derecho

²³ *Ibid.*, nº 255, § 7 pág. 68.

²⁴ *Ibid.*, nº 256, § 8 págs. 69-70.

²⁵ *Ibid.*, nº 256, § 9 pág. 70.

²⁶ *Ibid.*, nº 258, § 10 pág. 73.

a una cosa, sino el conjunto de todas las leyes que velan y regulan que adquisición para que se efectúe un mío y un tuyo.

La definición real tendría por tanto que decir así: el derecho a una cosa es el derecho al uso privado de una cosa de la que estoy en posesión común (originaria o instituida) con todos los demás, porque esto último es la única condición bajo la que es posible que yo excluya a cualquier otro poseedor del uso privado de la cosa. (*ius contrat quemlibet huius rei possesorem*).²⁷

La primera adquisición será la propiedad del suelo, este acto jurídico se hace por medio de la ocupación voluntaria convirtiéndola en una residencia (sede), la apropiación tiene como condición que ser la adquisición omnilateral, y después de esta se pasa a la ocupación, este derecho está basado en el postulado de la razón práctica y en la cual el libre arbitrio de cada cual se respetara según tres tipos de acuerdos: unilaterales, bilaterales y omnilaterales.

Una voluntad que ordena absolutamente, unificada a priori (es decir, por la unificación del arbitrio de todos los que pueden llegar entre sí a una relación práctica); porque la voluntad unilateral (a la cual pertenece también la unidad bilateral, pero todavía particular) no puede imponer a cada uno una obligación, que en si es contingente, sino que para ello se necesita una voluntad omnilateral no contingente, sino a priori, por consiguiente necesariamente unificada y legisladora.²⁸

La voluntad de todos (omnilateral) será la condición de posibilidad para la adquisición, esta voluntad reside en la constitución civil, esta es convencional en su realidad pues es el acuerdo de las voluntades de todos, sin embargo por su naturaleza a priori es necesaria y universal, es pues esta constitución civil protegida por el estado civil la que garantizara que la adquisición de una propiedad no es de forma provisoria sino perenne y legítima, (provisionalmente/perentoriamente), la adquisición de posesión será pues provisional (originaria), y cuando se hace por medio de una constitución civil en acuerdo es perenne (ley) garantizándose así dicha posesión.

Lo que yo someto a mi potestad conforme a leyes de la libertad exterior y quiero que sea mío es mío, pero el título racional de la adquisición solo puede residir en la idea de una voluntad de todos unificada a priori, (que hay que unificar necesariamente) que se presupone aquí tácitamente como condición indispensable (*conditio sine quam non*) porque por medio de una voluntad unilateral no puede imponerse a otro una obligación, que de otro modo no tendría por sí. El estado de una voluntad realmente unificada de modo universal con vistas a la legislación es el estado civil.²⁹

El suelo de la tierra entera es de dominio común, todos los hombres tienen derecho a utilizarlo pues les corresponde por naturaleza según una justicia distributiva, esto es que una adquisición original-provisional necesita pasar a una adquisición jurídica-perenne, salir del estado de natura para pasar al estado civil, logrando así la posesión particular del suelo común.

²⁷ *Ibid.*, nº 261, § 11 pág. 76.

²⁸ *Ibid.*, nº 263, § 14 pág. 79.

²⁹ *Ibid.*, nº 264, § 15 págs. 80-81.

Todos los hombres están en posesión común del suelo de la tierra entera, (*comunio fundi originaria*), (cada uno) con la voluntad de usarlo, que le corresponde por naturaleza (*lex Iusti*) esta voluntad, debido al enfrentamiento inevitable por naturaleza del arbitrio de uno con el de otro, anularía todo uso de suelo, sino contuviera a la vez la ley para éste, según la cual puede determinarse a cada uno una posesión particular sobre el suelo común (*lex iuridica*).³⁰

Se ha desarrollado ya la adquisición a título (condiciones espaciales de posesión exterior) y la adquisición en modo (la toma de posesión), es pues necesario argumentar la posesión inteligible (*possessio noumenon*) esta es la posesión del mero derecho de poseer, se refiere a la relación entre personas y no a la relación sujeto cosa, es en otras palabras el dominio o derecho a una cosa independiente-mente de la relación con la cosa, por ello un hombre puede ser dueño de sí, pero no propietario de si, ni mucho menos de otro hombre, esto se comprueba porque el hombre posee (es dueño) de la humanidad, pero esta no es de su propiedad.

Pero de aquí resulta naturalmente que tal objeto, solo puede ser una cosa corporal, (hacia la que no se tiene obligación alguna), por tanto un hombre puede ser su propio dueño (*sui iuris*) pero no propietario de sí mismo (*sui dominus*). (No puede disponer de si a su antojo), ni mucho menos, pues, de otros hombres, porque es responsable de la humanidad en su propia persona.³¹

5.2.2 Derecho Personal

La esclavitud en todas sus formas es antinatural y va en contra del derecho, pues el primer derecho de todo ser humano es la libertad, la dominación absoluta sobre el arbitrio de otro, es atentar el corazón mismo de la ética, el derecho y la moral, pues es dañar en su fundamento la máxima del imperativo categórico.

La adquisición de un derecho personal (la posesión del arbitrio del otro, como facultad para determinarle, por medio del mío, a un cierto acto) nunca puede ser originaria y arbitraria (porque una adquisición semejante sería inadecuada al principio del acuerdo de la libertad de mi arbitrio con la libertad de cada cual; por lo tanto sería injusta).³²

El derecho personal concierne no a la posesión de un objeto, sino a la posesión del arbitrio del otro y del usufructo de parte de los bienes adquiridos por este mediante una relación basada en las leyes de la libertad, esta relación puede entenderse de dos modos: negativamente o positivamente. Negativamente es que los bienes adquiridos por el trabajo de una de las partes pertenece en su totalidad a la otra, pues esta última es la poseedora, esto es: alienación. Positivamente cuando los bienes adquiridos por el trabajo de una de las partes le pertenece al que la ha adquirido y da una parte a la otra por ser propietaria de los bienes tra-bajados, esto es: contrato.

³⁰ *Ibid.*, nº 267, § 16 pág. 84.

³¹ *Ibid.*, nº 270, § 17 págs. 88-89.

³² *Ibid.*, nº 271, § 18 págs. 89-90.

Por tanto la adquisición que se produce por un acto de otro, es siempre derivada de lo suyo del otro [...] únicamente puede realizarse por trasmisión (*translatio*) que solo es posible por una voluntad común, mediante la cual el objeto llega a poder de uno o de otro, pues renunciando uno a su parte en esta comunidad, el objeto, por la aceptación de este (un acto positivo del arbitrio) se convierte en suyo. La trasmisión de su propiedad a otro es la enajenación. El acto del arbitrio unificado de dos personas por lo que en general lo suyo de uno pasa al otro es el contrato.³³

El contrato nace de la voluntad unificada en espacio y tiempo determinados por ambas partes, estas partes se dividen en el que ofrece y promete por un lado y el que aprueba y acepta por otro, el lapso de tiempo entre ambas acciones no constituye una obligación, por lo cual cualquiera de las partes en cuestión pueden retractarse, el contrato se representa cuando se dan las formalidades exteriores, que simbolizan un momento simultaneo de aceptación por los contratantes.

En todo contrato hay dos actos jurídicos del arbitrio preparatorio y dos constitutivos; los dos primeros son los del trato: oferta (*oblatio*) y la aprobación del mismo (*approbatio*); los otros dos son la promesa (*promissum*) y la aceptación (*acceptatio*).³⁴

Esta voluntad unificada implica una transformación de lo mío por medio de un contrato ateniéndose a una ley de continuidad, por la cual no renuncia a la posesión, sino que la transfiere al acreedor para que este produzca algo para mí, siendo el objeto perteneciente en un momento a ambos por medio de una parábo-la cuyo punto medio se puede considerar de subida o bajada.

La trasmisión de lo mío mediante contrato se realiza conforme a la ley de continuidad, (*lex continui*) es decir que la posesión del objeto no se interrumpe en ningún momento durante este acto.³⁵

Lo que hace que una cosa pertenezca a los dos por una voluntad unificada en un contrato no es la aceptación de la promesa sino la entrega efectiva de dicha promesa, por ello el derecho del contrato es solo personal y en cuanto tradición llega a ser un derecho real.

El contrato al que sigue la entrega inmediatamente (*pactum re initium*) excluye todo intervalo de tiempo entre la conclusión y la ejecución, y no precisa esperar todavía ningún acto especial, por el que lo suyo de uno se trasmite al otro.³⁶

5.2.3 Derecho Personal de Carácter Real. (El derecho conyugal)

El derecho personal de carácter real no es un contrato (adquirir el arbitrio de otro) sino una ley permisiva natural por la cual se forma una comunidad, es un derecho que está más allá del derecho real y del personal, pues el objeto de adquisición es una persona, la cual se adquiere sin atentar contra su libertad y a la vez un contrato libre y reciproco por lo cual ambas partes se dan a sí mismos

³³ *Ibid.*, nº 271, § 18 pág. 90.

³⁴ *Ibid.*, nº 272, § 19 pág. 90.

³⁵ *Ibid.*, nº 274, § 20 págs. 93-94.

³⁶ *Ibid.*, nº 275, § 21 pág. 95

el uno con el otro, esta adquisición puede ser triple: hombre-mujer, pareja-hijos, familia-criados. Este es el derecho más personal de todos.

Este derecho es el de poseer un objeto exterior como una cosa y usarlo como una persona. Lo mío y lo tuyo según este derecho es lo doméstico y la relación de este estado es la relación de una comunidad de seres libres que por influencia mutua (de la persona de uno sobre el otro) constituyen según el principio de la libertad (causalidad) exterior, la sociedad de miembros de un todo (de personas que están en comunidad) que se llama el régimen doméstico.³⁷

Siguiendo esta ley, la adquisición es triple según el objeto: el varón adquiere a una mujer, la pareja adquiere hijos y la familia, criados.³⁸

El uso mutuo que un hombre y una mujer hacen de su propia capacidad sexual y sus órganos como instrumentos para dicho fin en relación del uno con el otro es de carácter natural y por lo tanto de ley. El uso contra natura sea de personas del mismo sexo o con animales (acto homosexual o acto de zoofilia) es una trasgresión contra la ley pues lesionan a la humanidad en la propia persona y en la de los demás, es reprobable y no hay excepción alguna.

El uso de la sexualidad en cuanto natural puede ser de dos formas, la primera es meramente conforme a la naturaleza animal: (vaga libido, venus vulgava, fornicatio) o según la ley: matrimonio, esta última puede tener como fin la procreación de hijos o el placer, el fin sin embargo no es lo que legitima el contrato pues si fuese así una vez que estos terminen se disolvería la obligación a esta ley, se basa pues en la ley de la humanidad.

Esta última es el matrimonio (*matrimonium*), es decir, la unión de dos personas de distinto sexo con vistas a poseer mutuamente sus capacidades sexuales durante toda la vida.³⁹

El contrato por lo tanto se efectuara en el momento de la entrega, en esta entrega el hombre y la mujer se cosifican, esto va en contra del imperativo categórico, sin embargo si los dos se cosifican recíprocamente recuperan su humanidad, pues en la entrega de un miembro se entrega toda la persona, de este modo la unión para el goce del otro solo puede darse dentro del matrimonio, es por tanto un derecho personal de carácter real pues si uno se entrega en posesión de otro, la otra parte está legitimada a su restitución dado que el pacto solo puede ser para toda la vida, el pacto que constituye el matrimonio será entonces la fidelidad a la entrega personal hecha al otro.

La adquisición de un miembro del cuerpo de un hombre es a la vez adquisición de la persona entera, porque este es una unidad absoluta.⁴⁰

Solo en el matrimonio se da la relación de igualdad, esta solo se concibe en la monogamia, pues en la poligamia varias partes se darían a un único otro, y

³⁷ *Ibid.*, nº 276, § 22 págs. 96-97.

³⁸ *Ibid.*, nº 276, § 23 pág. 97.

³⁹ *Ibid.*, nº 277, § 24 pág. 98.

⁴⁰ *Ibid.*, nº 278, § 25 pág. 99.

al ser esta una única parte no podría darse a todas las otras por igual. En efecto la poligamia afecta el contrato legal y el imperativo categórico, del mismo modo el (pacto fornicatio) que es alquilar a una persona para hacer uso de sus capacidades sexuales por un corto plazo es antinatural pues trata al otro como objeto, por ello no puede ser sujeto a contrato, de igual modo el concubinato está fuera de toda legalidad dado que una de las partes en cuestión estaría agrediendo a un tercero.

Por las mismas razones, la relación de los casados es una relación de igualdad en cuanto a la posesión, tanto de las personas que se poseen recíprocamente, como también de los bienes; estando autorizados, sin embargo, a renunciar uso de una parte de estos, aunque solo mediante un contrato especial.⁴¹

La conservación y cuidado del fruto del acto conyugal es un deber de los padres, ordenado este por la ley natural, los hijos deben ser tratados como personas, pues su ser racional y su libertad no son producto de sus padres, los hijos fueron traídos a este mundo por el consentimiento mutuo de los padres y sin el consentimiento los primeros, por ello los padres se ven obligados a hacerse cargo de ellos hasta que ellos puedan hacerse cargo de ellos mismos.

De la procreación en esta comunidad resulta el deber de conservar y cuidar su fruto; es decir, los hijos, como personas [...] En efecto puesto que lo engendrado es una persona, y es imposible concebir la producción de un ser dotado de libertad mediante una operación física.⁴²

Los padres por lo mismo tienen obligación de la tutela y formación, alimentación y educación práctica y moral hacia sus hijos hasta el momento de su emancipación. Cuando el hijo se emancipa los padres pierden toda obligación hacia él, y si estos la conservan será únicamente por gratuidad y virtud de los padres.

La relación padres-hijos tiene una dificultad jurídica a resolver. En efecto el hijos pertenece a lo mío de los padres, en cuanto que estos están en posesión de los otros, sin embargo no son propiedad de los padres, pues no son objetos y por lo tanto no es meramente un derecho real, por otra parte no es un derecho personal pues los hijos son personas y estos por el imperativo categórico no pueden ser tratados como cosas, sin embargo si el hijo antes de terminar su educación y lograr la edad de emancipación escapa de casa, el padre tiene derecho de hacer posesión de ellos y encerrarlos.

Aquí salta, pues, a la vista que el título de un derecho personal de carácter real (*auf dingliche art*) en la doctrina del derecho ha de añadirse necesariamente al derecho real (*sachen recht*) y personal; por tanto la división hecha hasta ahora no ha sido del todo completa.⁴³

Cuando los hijos pueden valerse por sí mismos han logrado la mayoría de edad, no se necesita ningún contrato sino que es dada por la ley natural, así pues

⁴¹ *Ibid.*, nº 278, § 26 pág. 99.

⁴² *Ibid.*, nº 280, § 28 pág. 102

⁴³ *Ibid.*, nº 282, § 29 pág. 104

las obligaciones naturales entre ambos quedan abrogadas recíprocamente, ahora la figura doméstica familiar pueden seguir conservándola pero de forma formal, sin los compromisos de natura, así pues si un hijo trabaja para el padre será tratado como siervo y este le pertenecerá por contrato, de esta forma el dueño de la casa está en estado de posesión como señor, pero en cuanto cohabitante de su casa el dueño no puede hacer uso de su arbitrio como si fuese su propietario. La obligación del hijo hacia al padre después de su emancipación será únicamente la de contrato.

Kant dividirá dogmáticamente (realizada según principios a priori) la división del contrato, este está hecho por tres personas, el que promete, el que acepta y el garante, el contrato se divide en tres partes: a) unilateralmente: contrato de beneficencia b) reciproca: contrato oneroso c) seguridad de lo suyo: Caución.

En esta tabla, que contiene todas las clases de trasmisión (*translatio*) de lo suyo a otro, se encuentran conceptos de objetos o de instrumentos de esta trasmisión que parecen ser totalmente empíricos.⁴⁴

El dinero es el más común y útil de los contratos, el intercambio sin embargo tiene un aspecto empírico y otro abstracto, el empírico es la materia en sí: la moneda, el papel (billete) los cuales representan lo abstracto: mercancía (valor), el dinero por lo tanto debe valer lo mismo o más que la mercancía misma, sino el dinero carecería de abstracción y se convertiría en un material con el cual no se podría dar un intercambio de contrato.

Aquí podemos fundar provisionalmente una definición real del dinero: es el medio universal para intercambiar el trabajo de los hombres.⁴⁵

Money [...] has become in all civilized nations the universal instrument of commerce by the intervention of which goods of all kinds are bought and sold, or exchanged for one another.⁴⁶

5.3 *La adquisición condicionada por la sentencia de una jurisdicción pública.*

Este apartado tratará sobre las relaciones comerciales entre personas, (justicia comutativa y distributiva). El encargado de administrar la justicia es la corte y sus funciones caen en un tribunal, por tanto no se expondrá lo que es justo en la relación entre individuos, sino lo que es justo ante la corte de justicia. Se dividirá entonces en dos apartados, el primero que consta del contrato de donación y el del préstamo, en lo referente al derecho privado, el segundo que consta de la reivindicación y la prestación de juramento en lo referente al derecho público.

Por tanto, la cuestión aquí no es meramente en determinar que es en sí justo, es decir, cómo ha de juzgar cada hombre por sí mismo sobre ello, sino qué es justo ante una corte de justicia, o sea, qué es de derecho.⁴⁷

⁴⁴ *Ibid.*, nº 286, § 31 pág. 109.

⁴⁵ *Ibid.*, nº 287, § 31-I pág. 111.

⁴⁶ Cf. A. SMITH, *The Wealth of Nations* (1723-1790), Book I, Ch.4.

⁴⁷ IMMANUEL KANT, *La Metafísica de las costumbres. Metaphysik der Sitten* (1787), Editorial Tecnos, Madrid 1999 3º edición, nº 297 § 36 Pg. 124.

El contrato de donación es enajenar gratuitamente una cosa entre el donante y el donatario, al ser una promesa gratuita el donante no está obligado a cumplirla, por lo cual si se retractase, no cometería injusticia, por consiguiente no se le puede obligar a cumplir la promesa judicialmente.

Este contrato por el que enajeno lo mío, mi cosa (o mi derecho) gratuitamente (gratis) contiene una relación de mí, el donante (*donans*) con otro, el donatario (*donatarius*) según el derecho privado: relación por lo que lo mío pasa a él por su aceptación (*donum*).⁴⁸

El comodato es el contrato de préstamo (sin dinero) de una cosa, pactando el retorno del objeto al dueño, el riesgo al daño (no de uso) que puede ocurrir a la cosa lo adquiere el comodatario, en el caso de dicho siniestro deberá devolver lo mismo o el equivalente, sin embargo en el estado civil, el daño cae en el que presta, puesto que este dona su libertad sobre el objeto poseído, y a pesar de que la sentencia va contra el sentido común, será así, puesto que un juez no debe indagar las presunciones sino el acto.

En este contrato (*commodatum*), por lo que permito a alguien usar gratuitamente lo mío, y en el que, cuando lo mío es una cosa, los pactantes convienen en que se me devuelva la misma cosa.⁴⁹

La reivindicación es la recuperación de lo perdido, este derecho se da cuando un no propietario enajena formalmente una cosa a otro, se crea una disputa entre el propietario legítimo y el nuevo legal adquisidor. La legalidad de todo intercambio se basara en la formalidad de todo acto jurídico entre el poseedor y el adquiriente, por tanto en vistas de la imposibilidad de reclamar la rectitud de lo poseído (pues esto sería una injuria) no se considera por parte del adquiriente un robo, sin embargo toda adquisición a un no propietario es nula, por tanto un no propietario puede reivindicar lo suyo, ninguna adquisición externa es completamente segura del todo, por ello en el estado civil, si el adquiriente lo hace a toda regla, el objeto adquirido es totalmente suyo, y el propietario originario solo podrá reivindicar su derecho al propietario falso.

Si una cosa perdida me llega (*res amissa*) y llega a mí por otra de buena fe (*bona fide*) como un supuesto hallazgo, o por enajenación formal del poseedor que se comporta como propietario, aunque no lo es, es menester saber si, dado que no puedo adquirir una cosa de un no propietario (*a non domino*) quedo excluido por el propietario de todo derecho a la cosa y sólo me resta un derecho personal frente el poseedor ilegítimo.⁵⁰

El juramento para obligar decir la verdad en declaraciones, es el único caso jurídico en donde se puede obligar a creer y reconocer que existe la divinidad, (un poder invisible que los castigaría si fuesen falsas) sin esta herramienta de

⁴⁸ *Ibid.*, nº 298, § 37 pág. 125.

⁴⁹ *Ibid.*, nº 298, § 38 pág. 126.

⁵⁰ *Ibid.*, nº 301, § 39 pág. 129.

religión o superstición, no se podría estar suficientemente capacitado para administrar justicia. Pero el juramento de fe no se puede pedir en un tribunal pues es contradictorio, dado que se opone a la libertad humana, pues se le determina a no decir más que la verdad.

La única razón que puede darse, para obligar jurídicamente a los hombres a creer y reconocer que hay dioses es la siguiente: que así pueden prestar juramento y se les puede obligar a ser veraces en sus declaraciones.⁵¹

6 EL DERECHO PÚBLICO

El derecho público son las leyes promulgadas para un pueblo o el conjunto de estos que se relacionan entre sí y necesitan una ley para todos que unifique las voluntades de estos, esta será la constitución, la relación entre pueblos será el estado civil, el conjunto de pueblos en relación con sus propios miembros será el Estado.

El conjunto de leyes que precisan ser universalmente promulgadas para producir un estado jurídico, es el derecho público – Este es por tanto un sistema de leyes para el pueblo.⁵²

El estado jurídico necesitara por ende que se salga del estado de naturaleza donde cada cual obra a su antojo (bien o mal) y en el cual gobierna aquel que puede imponer su fuerza, para salir al estado de derecho en donde se someten a una ley común entrando así en el campo de la legalidad, salvaguardando de este modo el derecho privado.

Si antes de entrar en el estado civil no se quisiera reconocer ninguna adquisición como legal, ni siquiera provisionalmente entonces aquel estado sería imposible.⁵³

Kant fundamenta que así como se divide un razonamiento práctico en tres proposiciones: mayor: la ley de la voluntad, menor: contenedor del mandato de proceder conforme a la ley. Conclusión: fallo judicial. De la misma manera se divide el estado: Poder soberano: poder legislativo. Gobierno bajo la ley: poder ejecutivo. Aplicación de la ley: poder judicial.

Cada estado contiene en si tres poderes, es decir, la voluntad universal unida a una triple persona (tríada política): el poder soberano (la soberanía) en la persona del legislador, el poder ejecutivo en la persona del gobernador (siguiendo la ley) y el poder judicial (adjudicando lo suyo de cada uno según la ley).⁵⁴

El poder legislativo como poder supremo que dicta las leyes a toda una nación, debe por lo tanto corresponder a la voluntad unida de toda la nación, pues dictar leyes para otro es una injusticia, por ello es el pueblo mismo por voluntad

⁵¹ *Ibid.*, nº 303, § 40 págs. 132-133.

⁵² *Ibid.*, nº 311, § 43 pág. 139.

⁵³ *Ibid.*, nº 312, § 44 pág. 141.

⁵⁴ *Ibid.*, nº 313, § 45 pág. 142.

universal unida quien debe dictar las leyes. Estos miembros que forman el estado y que son los ciudadanos tienen atributos jurídicos inalienables, los cuales están basados en su libertad (no obedecer otra ley que no sea la propia), la igualdad (todos son iguales, reconociéndose todos bajo la ley) la independencia (no estar sometido al arbitrio de otro en el pueblo) personalidad civil (ser representante de uno mismo en un asunto jurídico). Toda ley positiva que vaya en contra de estos atributos que se basan en la ley natural: libertad e igualdad, sería contradictoria y por lo tanto errónea.

De ahí que solo la voluntad concordante y unida de todos, en la medida de que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre cada uno, por consiguiente solo la voluntad popular universalmente unida puede legislar.⁵⁵

Solo se infiere que, sea cual fuere el tipo de leyes positivas que ellos votan, no han de ser contradictorias a las leyes naturales de la libertad y de la igualdad —correspondientes a ella— de todos en el pueblo de poder abrirse paso desde ese estado pasivo al activo.⁵⁶

Esto se basa y tiene su fundamento en la voluntad popular. En efecto los hombres (salvajes) renuncian a su libertad individual exterior para entrar en una comunidad y recobrarla general e integralmente en el respeto de su individualidad, por ello desde este punto de vista, el poder soberano o legislativo se fundamenta en el pueblo que le ha dado la soberanía universal a este para que los gobierne como súbditos a todo el conjunto de individuos que es el pueblo. Así pues la voluntad popular es la señora y súbdita al mismo tiempo de la sociedad.

(El estado) comprenden la relación de un soberano universal (que desde el punto de vista de las leyes de la libertad, no puede ser ningún otro más que el pueblo unido mismo) con el conjunto de individuos del pueblo como súbdito, es decir la relación del que manda (imperans) con el que obedece (subditus).⁵⁷

Los tres poderes del estado se complementan entre sí, para lograr un equilibrio en integridad y subordinación, pues integra a todo el pueblo y al mismo tiempo lo subordinan. La unión de estado y pueblo es la unión en el derecho.

Aunque manda en calidad de persona particular, sin embargo lo hace condicionado por la voluntad de un superior.⁵⁸

Al gobernante del estado le corresponde el poder ejecutivo, nombra a los magistrados y prescribe al pueblo las reglas por la que todos por él pueden adquirir o conservar algo como suyo legalmente, tiene la facultad de disponer decretos (no leyes) que son decisiones particulares y modificables, se distingue del soberano pues este es el pueblo, si el gobernante tuviese la capacidad de legislar entonces se convertiría en un déspota pues el soberano no podría ya quitarle el poder, de-

⁵⁵ *Ibid.*, nº 314, § 46 pág. 143.

⁵⁶ *Ibid.*, nº 315, § 46 pág. 145.

⁵⁷ *Ibid.*, nº 315, § 47 pág. 145.

⁵⁸ *Ibid.*, nº 316, § 48 pág. 146.

ponerlo o reformar su gabinete, sin embargo al representante del poder ejecutivo no se le podrá castigar por el rol que desempeña, pues sería contradictorio coaccionar a quien el pueblo eligió como garante de la coacción de la ley. La capacidad de juzgar es del pueblo mismo mediante los representantes que este mismo elige en libertad constituyendo así el poder judicial, el cual debe ser investido por el poder legislativo y ejecutivo, esto da autonomía y autorregulación al estado, el estado de armonía de los poderes entre sí y estos con el pueblo será la salud del estado, la armonía entre la constitución y los principios jurídicos los manda la razón por medio del imperativo categórico.

Así pues en virtud de los tres poderes diferentes (potestas legislatoria, executoria, iudicaria) tiene su autonomía el estado (*civitas*) es decir se configura y mantiene a sí mismo en leyes de libertad [...] se entiende un estado de máxima concordancia entre la constitución y los principios jurídicos, estado al que la razón nos obliga a aspirar atreves de un imperativo categórico.⁵⁹

El origen del estado es incontestable, si hubiese un descontento, este sería únicamente dirigido a la administración actual, ir contra el estado (visto como estado originario dentro ya del sistema de derecho) es un crimen que debe ser penado y castigado pues el pueblo mismo ha elegido a sus representantes y todo acto contra estos se puede considerar (según el caso) como sedición, rebelión o revolución. El atentar contra la voluntad universal del pueblo mismo en sus representantes debe ser considerado como alta traición, pues no hay resistencia legítima dado que la sumisión al poder legislativo es lo que posibilita a todos el estado de jurídico. Todo acto contra el estado debe ser considerado como alta traición. Existe sin embargo un problema sobre quien es el juez cuando dos personas morales (pueblo y Estado) tienen un conflicto, pues cada uno sería juez de su propia causa, el conflicto puede ser solucionado por el soberano mismo mediante reforma o el pueblo por medio de revolución, si se produce esta solo debe afectar al ejecutivo destituyéndolo pero no castigándolo, y la constitución que nazca de la revolución a pesar de ser ilegítima, obliga a todos los ciudadanos.

Por tanto, un cambio en una constitución política (defectuosa), que bien puede ser necesario a veces, solo puede ser introducido por el soberano mismo mediante reforma, pero no por el pueblo, por consiguiente, no por revolución; y si se produce solo puede afectar al poder ejecutivo, no al legislativo.⁶⁰

Los tres poderes del estado resultan de la voluntad misma del pueblo, en una idea pura que es el estado, las formas de concebir al estado pueden ser: la autárquica (uno manda sobre todos), aristocrática (un grupo de iguales manda sobre todos), democrática (todos juntos mandan sobre cada uno). La mejor forma es la más simple, pero es al mismo tiempo la más peligrosa, pues la autocracia puede ser la administración más eficaz, pero el estado dependería en su totalidad de la bondad del soberano.

⁵⁹ *Ibid.*, nº 318, § 49 pág. 149.

⁶⁰ *Ibid.*, nº 321-322, § 49 A págs. 153-154.

Los tres poderes del estado, que resultan del concepto de comunidad en general (*res publica latius dicta*) no son sino relaciones de la voluntad unida del pueblo, que procede a priori de la razón, y una idea pura del jefe del Estado, que tiene realidad práctica objetiva. Pero este jefe (el soberano) es solo un producto mental (que representa al pueblo entero) mientras falte una persona física que represente al supremo poder del Estado y proporcione a esta idea efectividad sobre la voluntad del pueblo.⁶¹

Excusar la rebelión contra la constitución (ley) argumentando que en el estado originario no era así es punible, pues busca la disolución a la que ha llegado la voluntad universal popular y por esto sería atentar contra el estado y en él contra el pueblo.

Tratar de investigar el origen histórico de este mecanismo es inútil, es decir, es imposible llegar al momento en el que comenzó la sociedad civil (porque los salvajes no establecen ningún dispositivo para someterse a la ley y hay que inferir también a partir de la naturaleza de los hombres incultos que habrán empezado a ser sometidos por la violencia). Iniciar esta investigación con el propósito, en todo caso, de cambiar por la fuerza la constitución actualmente existente es algo punible.⁶²

El soberano (estado) es el propietario supremo del territorio y es el que lo administra distributivamente, sin embargo esta propiedad universal es de orden público, pues si se convirtiese en privado dejaría de poder velar y garantizar la propiedad privada que le corresponde al pueblo que gobierna. El pueblo a su vez le pertenece, pero no como propietario (derecho real) sino como jefe supremo (derecho personal). En cuanto a las propiedades de corporaciones en el estado (ejército e iglesia) estas son propiedades del estado y aun gozando de estatutos, el estado puede abolirlos e indemnizar a los supervivientes, así pues las propiedades residen en el uso para el pueblo, si este último ya no necesita sus servicios es lícito retirárselos.

Puesto que el suelo es la condición suprema, la única bajo la que es posible tener cosas exteriores como suyas —cosas cuya posible posesión y uso constituye el primer derecho que puede adquirirse—, todo derecho semejante tendrá que derivarse del soberano como señor del país o mejor como propietario supremo (*dominus territorii*).⁶³

Kant expone la necesaria separación entre iglesia-estado, pues la iglesia no debe inmiscuirse en los asuntos del estado en cuanto a influir en la legislación o prescribir su fe a todo un estado, del mismo modo el estado no puede meterse en los asuntos referentes al credo de una iglesia o determinarla, sin embargo el estado debe asegurar la libertad religiosa puesto que él mismo debe considerarse súbdito de un poder supremo ininteligible, por ello el estado no puede decidir para el pueblo lo que el pueblo mismo no puede decidir para sí, impedir o imponer un credo se opone categóricamente al respeto a la humanidad y en ello al derecho supremo.

⁶¹ *Ibid.*, nº 338, § 51 págs. 176.

⁶² *Ibid.*, nº 339, § 52 págs. 177-178.

⁶³ *Ibid.*, nº 323, § 49 B pág. 155.

Puesto que, en lo que respecta a la iglesia (como institución para el culto divino público para el pueblo, en el que este tiene también su origen, sea opinión o convicción), que ha de distinguirse cuidadosamente de la religión como actitud interna, situada totalmente al margen de la esfera de acción del poder civil, es una verdadera necesidad para el estado considerarse como súbdito de un poder supremo invisible, al que ha de prestar juramento de fidelidad.⁶⁴

Los funcionarios del estado deben estar bien preparados y el jefe supremo del estado debe distribuir los cargos públicos con un salario fijo, para que no caiga en manos de ineptos. Al jefe del estado le corresponde de igual manera la distribución de dignidades según el mérito, estas dignidades no son hereditarias, pues el mérito es siempre personal, por ello el estado de nobleza es inaceptable, es necesario paulatinamente suprimirla para recuperar la división natural: soberano-pueblo.

El derecho del jefe supremo del Estado alcanza también: 1) a la distribución de los cargos, con funciones ligadas a un salario; 2) a la distribución de dignidades, que se fundan solo en el honor, porque se trata de elevar el rango sin paga; es decir, la atribución del rango al superior (al que ha de mandar) con respecto a los inferiores (que, aunque son libres y solo están obligados por la ley pública, están destinados de antemano, sin embargo a obedecer) y 3) además de este derecho (relativamente benéfico), también alcanza el derecho penal.⁶⁵

En todo estado de derecho todo hombre tiene dignidad pues todos son ciudadanos, esta dignidad (no la natural sino la adquirida) puede ser privada a aquel hombre cuyo uso de dicha libertad represente un atentado contra la libertad de otros por su abuso y merite su exención por el crimen cometido, este entonces se convierte en instrumento del arbitrio de otro (solo mediante juicio y derecho) convirtiéndose en siervo del Estado, sin embargo por razón de su dignidad humana natural no puede ser usado para fines vergonzosos ni el estado tiene derecho sobre su vida o miembros, sino que únicamente dispone del uso de sus fuerzas.

No puede haber en el estado ningún hombre que carezca de toda dignidad, ya que al menos tiene la de ciudadano; excepto si la ha perdido por su propio crimen, porque entonces se le mantiene en vida sin duda, pero convertido en mero instrumento del arbitrio de otro.⁶⁶

El soberano tiene derecho a coaccionar para que sea efectiva la ley, por ello tiene derecho de imponer una pena al que incumple la ley, es decir: al criminal que cometió un delito. El crimen es pues la trasgresión a la ley pública, esta puede dividirse en dos: cuando se efectúa a privados (crimen privado) o cuando se hace al orden público (crimen público) estos a su vez se dividen en los de carácter abyecto (indolis abyecte) sin violencia y los de carácter violento (*indolis violentiae*).

⁶⁴ *Ibid.*, nº 327, § 49 C págs. 160-161.

⁶⁵ *Ibid.*, nº 328, § 49 D pág. 162.

⁶⁶ *Ibid.*, nº 329, § 49 D pág. 164.

El derecho penal es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquel que le está sometido, de imponerle una pena por su delito.⁶⁷

Para que una pena sea justa se debe juzgar al individuo digno de castigo, y la pena únicamente tiene su razón de ser porque ha delinquido, imponer una pena a un individuo por el bien de la sociedad o para fomentar otro bien para la sociedad misma sin haber el sujeto delinquido va contra el imperativo categórico, pues el sujeto no puede ser tratado como objeto del derecho real, dado que esto atentaría contra su dignidad humana.

La pena judicial [...] no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo porque ha delinquido; porque el hombre no puede nunca ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*sachenrecht*); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder su personalidad civil.⁶⁸

La justicia será entonces el principio sobre el cual se basa la pena, si la justicia llega a ser negociada entonces las más grandes virtudes del género humano carecerán de valor y el derecho mismo no tendría sentido pues se ha puesto precio a lo invaluable.

La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquel que se arrastra por las siñuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica <<es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo>>! Porque si perezce la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra.⁶⁹

El modo de emplear la justicia más igualitario es la ley del talión, sin embargo no es justa por la desigualdad social, más el principio de retribución en calidad y cantidad de la ley del talión prevalece pues no es justo retribuir algo material (multa) por una injusticia inmaterial (injuría), pues lo justo sería una pena humilladora por haber humillado a otro.

Solo la ley del talión (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y la cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones.⁷⁰

Existe un problema que es el del asesinato intencionado, pues la justicia reclama la sangre del criminal: es decir la pena de muerte. El juez que dicta la sentencia no comete injusticia pues lo hace en nombre de la justicia. Kant defiende el punto que incluso si al criminal se le da a elegir entre una vida de trabajos

⁶⁷ *Ibid.*, nº 331, § 49 E-I págs. 165-166.

⁶⁸ *Ibid.*, nº 331, § 49 E-I pág. 166.

⁶⁹ *Ibid.*, nº 331-332, § 49 E-I págs. 166-167.

⁷⁰ *Ibid.*, nº 332, § 49 E-I pág. 167.

forzados y la muerte, este debe elegir la muerte pues en la visión de su época el valor del honor es más fuerte que la propia muerte. Sin embargo esta resolución no puede ser legislada por ir intrínsecamente en contra del deber del poder legislativo del estado, puesto que la misión de este es legislar para la preservación de la vida de sus miembros (como vimos páginas atrás) por tanto esta sentencia la tendrá que dar el tribunal judicial, puesto que ni siquiera un tribunal popular podría pues este (el reo) forma parte del mismo.

Pero si ha cometido un asesinato, tiene que morir. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia. No existe equivalencia entre una vida, por penosa que sea, y la muerte, por tanto, por tanto tampoco hay igualdad entre el crimen y la represalia, sino es matado el culpable por disposición judicial.⁷¹

El derecho de gracia que se le atribuye al soberano es el más injusto de todos los derechos, pues al mostrar este su magnanimitad, al mismo tiempo lesioná la dignidad del que fue agredido, por ello este solo puede darse en los casos donde el lesionado sea el mismo soberano (presos políticos). Este es el derecho de majestad.

El derecho de gracia (*ius aggratiandi*) para el criminal, sea suavizando el castigo, sea eximiéndole totalmente de él, es el más equivoco de los derechos del soberano, pues si bien prueba la magnificencia de su grandeza, permite, sin embargo, obrar injustamente en alto grado.⁷²

Dentro de la coexistencia de los seres humanos en sociedad existen pactos cuyo fin primordial es el bien común o privados, contrato que simplemente es un medio para conseguir dicho fin. El supremo contrato es la constitución, contrato que se diferencia de los otros por ser un fin en sí mismo, condición sin la cual no puede existir un Estado civil pues esta impone el deber de las leyes bajo coacciones públicas que velen para su cumplimiento, este derecho externo regula el ejercicio de la libertad de los hombres entre sí. Kant critica a Hobbes diciendo que el fin que los hombres buscan con este contrato no es la búsqueda de su autoconservación y felicidad, pues la razón pura legisla a priori sin tener en cuenta las finalidades empíricas, es decir legisla según el deber. Los principios jurídicos naturales en los que se basa el Estado Civil son:

1. la libertad de cada miembro de la sociedad, en cuanto hombre.
2. La igualdad de éste con cualquier otro en cuanto súbdito.
3. La independencia de cada miembro de la comunidad, en cuanto ciudadano.⁷³

La libertad que es el primer principio sobre el cual se basa la sociedad civil, es la búsqueda de la finalidad de cada uno siempre y cuando no se perjudique la libertad de los otros, esta coexistencia de voluntades es el principio de la constitución civil, un gobierno que imponga a sus súbditos el cómo deben ser felices

⁷¹ *Ibid.*, nº 333, § 49 E-I pág. 168.

⁷² *Ibid.*, nº 337, § 49 E-II pág. 174.

⁷³ IMMANUEL KANT, *Teoría y Práctica*, Editorial Tecnos, Madrid 1999 2º edición, PG. 27.

es un gobierno paternalista déspota, pues se viola el primer principio fundamental, por ello es necesario un gobierno patriota en donde todos se reconocen iguales por pertenecer a la misma madre que es la nación, al generar ella a sus hijos toda persona perteneciente a esa nación goza de la misma libertad siendo una persona capaz de tener derechos. La igualdad se da cuando toda persona queda excluido de toda coacción frente a otro, delegando esta potestad al jefe comunitario, por lo tanto todos los miembros de la comunidad están, excepto el jefe (físico o moral), sometidos a la ley. Es esta equidad bajo el peso de la ley la que hace compatible la igualdad dentro de la desigualdad material social, así pues los conflictos no se solucionaran por medio de la coacción violenta, sino por medio de la coacción de las leyes públicas, ello mismo logra la igualdad completa pues por la ley se hace todo contrato, por ello si se hiciese un contrato donde alguno cediera sus derechos de estar sometido a la ley, ipso facto este contrato no tendría soporte legal y por tanto se suprimiría y sería invalido otorgándole a esa persona todos sus derechos constitucionales, eliminándose así toda esclavitud.

Ningún hombre que viva en el estado jurídico de una comunidad puede declinar esta igualdad, a no ser por su propio delito, pero nunca por contrato o por la fuerza de las armas (*ocupatio bellica*); pues no puede, por medio de un acto jurídico alguno (ni propio ni ajeno), dejar de ser dueño de sí mismo e ingresar en la clase de los animales domésticos, que se usan a capricho para todo servicio y, sin contar con su consentimiento.⁷⁴

Esta igualdad así mismo da la posibilidad de alcanzar a cualquier miembro de la sociedad el nivel social que según sus habilidades pueda alcanzar, por ello no existen privilegios innatos, dado que el derecho de herencia sólo se da en las cosas materiales, las funciones en el entablado social se adquieren según el mérito. La igualdad por tanto no puede ser privada a ningún hombre sino es sólo por su propio delito, si con su libertad rompe la regulación de la ley, nadie por ende puede hacer uso del contrato para esclavizarse a sí mismo o a los otros, pues no se puede perder el derecho por medio del derecho.

La independencia se da a todo ciudadano por el hecho de ser co-legislador (el que tiene derecho a voto), pues la ley hace al derecho, donde todos unen sus voluntades a una voluntad que legisla, sin perder la independencia pues cuando todos eligen sobre todos, cada uno elige sobre sí mismo, siendo este el contrato originario, para ser ciudadano es por tanto necesario tener voto en la legislación, así tendrá la independencia política, para ello es así mismo necesario ser propietario, no solo de bienes materiales sino de los espirituales pertenecientes a cada nación, con los cuales pueda darse sustento a sí mismo.

7 EL DERECHO INTERNACIONAL.

Los habitantes nacidos en un mismo territorio y unidos por una misma constitución, son por nacimiento miembros de una patria, quien no cumpla esta con-

⁷⁴ *Ibid.*, págs.31-32.

dición es extranjero, todo súbdito tiene derecho a emigrar puesto que no es propiedad del estado, así mismo el gobernante puede favorecer la emigración siempre y cuando se respete la propiedad privada de los connacionales.

El territorio (*territorium*) cuyos habitantes son conciudadanos de la misma comunidad en virtud de la constitución misma, es decir, sin necesidad de realizar un acto jurídico especial (por tanto, por nacimiento) es la patria.⁷⁵

Los estados pueden considerarse entre sí como individuos en estado de naturaleza, por lo cual deben entrar en un estado de derecho por medio de una constitución republicana mundial o en su defecto basada en un sistema político de estados federados permanentemente, en donde se declare un derecho al que ninguno pueda oponerse en tiempos de guerra, si bien la guerra entre estados corresponde al estado de naturaleza (sin ley) aún hay una ley moral natural por la cual nadie discute que la guerra en sí misma es mala. Kant cita al padre del iusnaturalismo Hugo Grocio y a Pufendorf Vattel.

Los pueblos pueden considerarse, en cuanto Estados, como individuos que en su estado de naturaleza (es decir, independiente de leyes externas) se perjudican unos a otros por su mera coexistencia y cada uno, en aras de su seguridad, puede y debe exigir del otro que entre con él en una constitución semejante a la constitución civil, en la que se pueda garantizar a cada uno su derecho.⁷⁶

Pues la razón como máximo poder legislativo moral condena toda guerra y dicta la necesaria instauración de la paz entre los hombres, por ello en virtud de esta razón es necesario establecer los medios para una federación que no busque solo acabar con toda guerra (*pactum pacis*) sino que terminaría con todas para siempre (*foedus pacificum*) Esta federación de la paz no debería tomar poder pues los estados confederados no están ya en estado de naturaleza sino en estado de derecho, por lo tanto solo se debe limitar a garantizar la libertad entre los estados federados para la instauración de la paz perpetua entre estos.

Y, no obstante, la razón, desde el trono máximo del poder legislativo moral condena la guerra como una vía jurídica y convierte, en cambio, en un deber inmediato el estado de paz, que no puede establecerse o garantizarse ciertamente, sin un pacto entre los pueblos: tiene que existir por tanto una federación de tipo especial a la que se puede llamar la federación de la paz.⁷⁷

El derecho de gentes por tanto no es un derecho para la guerra, pues esto justificaría a esta, y por ende habría leyes donde el aniquilamiento de unos contra otros sería legal y justo, instaurando la paz bajo el campo de exterminio del género humano en el horror de la violencia y el fratricidio. El derecho de gentes deberá tener pues como fin el fin de toda guerra impidiendo que los estados retrocedan al estado salvaje del que salieron. Por tanto el derecho de gentes será siempre el derecho a la Paz.

⁷⁵ IMMANUEL KANT, *La Metafísica de las costumbres. Metaphysik der Sitten* (1787), Editorial Tecnos, Madrid 1999 3º edición, nº 337, § 50 pág.174.

⁷⁶ IMMANUEL KANT, *Sobre la paz perpetua*, Editorial Tecnos, Madrid 1998, 6º edición, pág.21.

⁷⁷ *Ibid.*, pág.24.

Entendiendo el derecho de gentes como un derecho para la guerra no se puede pensar, en realidad, nada en absoluto (porque sería un derecho que determinaría que es justo según máximas unilaterales del poder y no según leyes exteriores, limitativas de la libertad del individuo, de validez universal) con un concepto así habría que entender, en ese caso, que los hombres que así piensan les sucede lo correcto si se aniquilan unos a otros y encuentran la paz perpetua en la amplia tumba que oculta todos los horrores de la violencia y sus causantes.⁷⁸

Kant enumera los elementos del derecho de gentes, comenzando por un estado natural no jurídico de la ley del más fuerte en un hostigamiento bélico efectivo o no (estado injusto), para pasar al del derecho de gentes en el que ambos estados tienen el deber de hacer un pacto entre naciones por el cual se comprometen en no intervenir en los asuntos internos de otra nación y al mismo tiempo de formar una federación para la protección mutua contra conflictos externos.

Al tratar el tema de la guerra surge el problema sobre la legitimidad del estado de reclutar a la sociedad civil. El ciudadano según el imperativo categórico es miembro colegislador del estado, por tanto debe dar su libre aprobación por medio de sus representantes a cada una de las declaraciones de guerra y solo por esto el estado puede disponer de él para su servicio.

Con aquel derecho originario de los estados libres de hacerse la guerra mutuamente en el estado de naturaleza (para fundar un estado que se aproxime al jurídico) surge inicialmente la cuestión: ¿Qué derecho tiene el Estado frente a sus propios súbditos a servirse de ellos en la guerra contra otros Estados, a emplear o arriesgar en ello sus bienes, e incluso su vida, de modo que no dependa de su propio juicio si quieren o no ir a la guerra, sino que puede enviarles a enviarles a ella la orden suprema del soberano?⁷⁹

El derecho a la guerra se erige como necesidad a la defensa por la injuria de otro estado que ha lesionado el derecho propio. En razón de la prudencia existe el derecho a la prevención si otro estado se está preparando para la guerra o está adquiriendo un formidable aumento de poder, es necesario un derecho que vele por el equilibrio entre países colindantes.

En el estado natural de los Estados el derecho a la guerra (a las hostilidades) es la forma lícita por la que un estado, por su propia fuerza, reclama su derecho frente a otro cuando cree que éste le ha lesionado.⁸⁰

El derecho durante la guerra es ciertamente el más difícil, pues es dar una ley a dos o más estados en una relación sin ley. La ley sería entonces obrar según principios donde se pueda salir a un estado jurídico, puesto que todos los estados al estar formado estos por hombres concretos son iguales en dignidad y derechos naturales, no puede por tanto haber una guerra punitiva donde se afirma que un

⁷⁸ *Ibid.*, pág.25.

⁷⁹ IMMANUEL KANT, *LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES. METAPHYSIK DER SITTEN* (1787), Editorial Tecnos, Madrid 1999 3º edición, nº 344, § 55 pág.183.

⁸⁰ *Ibid.*, nº 346, § 56 pág.185.

estado es superior que otro, así mismo por la dignidad humana de sus miembros un estado no puede someter a otro, el uso de medios que minan la confianza entre ambos estados en guerra no están permitidos por atentar contra la posibilidad de una paz verdadera (saqueo, siembra de falsas noticias...) así mismo se debe salvaguardar la dignidad del pueblo vencido puesto que sufre injustamente por ser el Estado siempre el que hace la guerra.

Tal ley tendría que ser, pues, la siguiente: hacer la guerra siguiendo unos principios tales que, siguiéndolos, continúe siendo siempre posible salir de aquel estado de naturaleza de los Estados (en relación externa unos con otros) y entrar en un estado jurídico.⁸¹

En el derecho después de la guerra, el vencido hace un tratado con el vencedor para llegar a un acuerdo de paz, en este acuerdo el vencedor no puede pedir la retribución de los gastos de guerra, pues se autoconstruiría en un estado superior y cometería una injusticia al afirmar que la causa de la guerra del otro estado es injusta, los prisioneros de guerra deben ser intercambiados sin tener en cuenta el número, ni pedir nada a cambio de ellos. El pueblo vencido no puede perder su libertad civil convirtiéndose en colonia o siendo esclavizada por los otros pues atentaría contra el imperativo categórico, la amnistía por tanto está dentro del concepto de la paz.

El Estado vencido o sus súbditos no pierden por la conquista del país su libertad civil, de modo que aquel pierda en dignidad convirtiéndose en colonia y los súbditos convirtiéndose en esclavos; porque en tal caso habría sido una guerra punitiva, que es en sí misma contradictoria.⁸²

El derecho a la paz basa el derecho a la neutralidad, el derecho a la garantía (conservar la paz adquirida) y el derecho a la asociación con otros estados para la defensa recíproca, sin embargo esta liga como ya se vio solo puede defenderse nunca atacar.

Un enemigo es injusto cuando la máxima que profesa no le gustaría que fuese aplicada a él mismo, por ello es una máxima que no permite la paz entre los pueblos, incumplir los pactos públicos constituye una amenaza pues crea un desorden, por lo tanto es justo quitarle el poder al soberano pero nunca repartirse el país pues este pertenece al pueblo.

Pero no para repartirse el país, no para desaparecer un Estado de la faz de la tierra —por así decirlo— ya que esto sería cometer una injusticia contra el pueblo, que no puede perder su derecho originario a unirse en una comunidad.⁸³

7.1 *El derecho Cosmopolita*

Kant en su opúsculo sobre el fundamento del derecho internacional pone como premisa para lograr un mundo cosmopolita la necesidad de una filantropía

⁸¹ *Ibid.*, nº 347, § 57 pág.186.

⁸² *Ibid.*, nº 348, § 58 pág.188.

⁸³ *Ibid.*, nº 349, § 60 pág.190.

universal, es decir el amor a la especie humana, nace entonces la pregunta: ¿el género humano en su totalidad es merecedor de este amor?, ¿existe algo en la naturaleza humana que la haga digna de ser amada? En efecto la constante disposición del género humano hacia el progreso del bien es lo que hace al género humano digno de dicho amor, de lo contrario tendría que ser despreciada, pues siempre se debe odiar aquello que es malo, la maldad que en palabras de Kant no es otra cosa que la violación premeditada de los sacrosantos derechos de todo hombre. Kant critica la posición de Mendelssohn el cual afirma que es imposible el progreso del género humano hacia un mundo mejor, pues la guerra, el sufrimiento y los conflictos entre los pueblos han existido y existirán a lo largo de la historia humana. Kant sin embargo afirma que si bien la piedra de Sísifo en donde el género humano avanza para luego retroceder es frustrante para el espectador que contempla el drama de la historia humana, advierte sin embargo que a pesar de sus interminables interrupciones, el deseo de terminar de una vez por todas con toda guerra y lograr así la paz perpetua jamás se ha desvanecido en la conciencia del género humano, pues es manifiesto el deber innato que todo hombre tiene de dejar este mundo mejor de cómo lo encontró. En efecto, si bien es una realidad que las guerras han existido por los siglos, eso no significa que deba ser así, por ello es lícita la esperanza de trabajar por un mundo mejor en donde los hombres no se destruyan mutuamente, además este propósito pragmático moral de alcanzar la paz, mientras no se demuestre que es no es factible es un deber moral de la humanidad, el argumento dado por Mendelssohn carece de fundamento, pues si bien nunca se ha logrado la paz perpetua en el tiempo de la historia que se ha recorrido, no sigue como consecuencia lógica que nunca se podrá conseguir, es el progreso el que da esperanzas y manifiesta que así como el hombre no podía volar, gracias a su ingenio y su trabajo lo hizo posible, por ello si bien en la historia de la humanidad siempre ha habido retrocesos cada vez que se declara una guerra, el escándalo clamoroso que cada vez más esta causa refleja una mayor conciencia de moralidad, pues aún existe un ideal en el género humano de buscar lo que debe ser y no lo que es, mientras no se compruebe la negación de este principio el hombre deberá buscar la paz.

Los argumentos empíricos contra el éxito de estas resoluciones tomadas por esperanza son aquí del todo inoperantes; la suposición de que, cuanto hasta ahora aún no se ha logrado, sólo por eso tampoco se va a lograr jamás, no autoriza en modo alguno a desistir del propósito pragmático o técnicos (como, por ejemplo, el de viajar por el aire con globos aerostáticos), y menos todavía de un propósito moral, pues respecto de este último basta con que no se haya demostrado la imposibilidad de su realización para que constituya un deber.⁸⁴

El proceso de paz es de suma dificultad por los conflictos de interés entre naciones, por lo cual ninguna paz convencional puede ser durable, es necesario que la naturaleza misma nos obligue y la providencia divina nos consiga el don de la paz. Mientras tanto así como el hombre al entrar en sociedad se sometió a

⁸⁴ IMMANUEL KANT, *TEORÍA Y PRÁCTICA*, Editorial Tecnos, Madrid 1999 2º edición, pág. 55.

las leyes, así los estados deben someterse a una constitución cosmopolita sometida a un jefe o una federación, donde se pacte un derecho internacional. La extinción de la guerra terminará con la extinción de los préstamos de deuda pública para financiarla, generando así que el estado en guerra pague en el presente su propia guerra, por lo cual al ser los costes tan altos, no sólo expondrán como pueblo sus vidas sino también su propiedad, pudiendo caer así mismo en la indigencia, pensando mejor antes de aventurarse al comienzo de una guerra. Al entrar las naciones en un Estado de Derecho renuncian al uso de violencia y si existe un conflicto con otra nación se podrá esperar que todas las otras naciones vengan en auxilio de esta, la providencia proporcionará los tiempos para que esta federación se lleve a cabo, dotando a las naciones de un derecho internacional con leyes públicas las cuales desplazaran al así llamado equilibrio de fuerzas, equilibrio cuya paz es tan frágil como un castillo de naipes.

Si preguntamos ahora por qué medios cabría mantener, e incluso acelerar, este incansante progreso a mejor, pronto se ve que tal éxito —que llega a perderse en la inmensidad— no dependerá tanto de lo que hagamos nosotros (por ejemplo, de la educación que demos a la juventud) y del método con que nosotros hemos de proceder para conseguirla, cuanto de lo que haga la naturaleza humana en nosotros y con nosotros para forzarnos a seguir la vía a la que difícilmente nos doblegaríamos por nosotros mismos. Pues sólo de esa naturaleza, o más bien de la Providencia (porque se requiere una sabiduría suprema para cumplir tal fin), podemos esperar un éxito que alcance a su totalidad y, desde ésta, llegue a las partes.⁸⁵

Todas las naciones están unidas y sus límites territoriales están juntos en una misma residencia que es el planeta tierra, por lo tanto buscar la paz perpetua no es mera filantropía sino un deber jurídico, pues cada habitante tiene por derecho de origen la posesión del suelo de la tierra, por ello toda nación tiene derecho a comerciar con otras naciones sin ser tratados como enemigos, esto se basa en leyes establecidas universalmente que pueden llamarse derecho cosmopolita, por tanto según este derecho a todo individuo le es permitido transitar por cualesquiera territorios, puesto que (*latae sensu*) según esta posesión originaria del mundo, ese territorio le pertenece por su humanidad, sin embargo si se pretende hacer posesión de él, en otro estado que no es el propio, para establecerse es necesario un contrato especial.

Esta idea racional de una comunidad pacífica universal, aunque todavía no amistosa, formada por todos los pueblos de la tierra que pueden mantener relaciones efectivas entre sí, no es algo filantrópico (ético) sino un principio jurídico.⁸⁶

El derecho cosmopolita es el derecho de hospitalidad, por lo cual un extranjero no debe ser tratado como enemigo simplemente por ser extranjero. Kant distingue que este derecho es el derecho a la visita (basada en la posesión origi-

⁸⁵ *Ibid.*, pág.56.

⁸⁶ IMMANUEL KANT, *LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES. METAPHYSIK DER SITTEN* (1787), Editorial Tecnos, Madrid 1999 3º edición, nº 352, § 62 pág.192.

naria de la tierra) sin embargo el derecho de huésped no existe, este se da por un contrato en el cual una de las partes es especialmente generoso. La inhospitalidad es injusta puesto que es una injuria contra la igualdad, poniendo como ejemplo la conquista de pueblos extranjeros.

Un derecho de visita, derecho a presentarse a la sociedad, que tienen todos los hombres en virtud del derecho de propiedad en común de la superficie de la tierra, sobre la que los hombres no pueden extenderse hasta el infinito, por ser una superficie esférica [...] y no teniendo nadie originariamente más derecho que otro de estar en determinado lugar de la tierra.⁸⁷

7.2 *La Paz Perpetua*.

Un verdadero Estado de paz vendrá cuando entren en un mismo estado legal y así lo mío y lo tuyo estarán salvaguardado incluso de la guerra, Kant piensa que la paz perpetua es irrealizable puesto que no se puede gobernar territorios tan grandes, pero da los principios para el común acercamiento político entre estados, esta asociación entre estados es el congreso permanente de los estados, este congreso es una confederación, así los conflictos se solucionaran mediante el diálogo y el derecho, jamás recurriéndose más a la estupidez humana de la guerra.

La paz no es un estado natural, por ello debe ser instaurada en la razón y legalidad según una constitución jurídica, esta se efectuará por derecho Político, derecho de gentes, o derecho cosmopolita. Los artículos para la paz perpetua entre los estados son:

1) Todo tratado de Paz que contenga en sí una reserva para continuar la guerra en un futuro, no es verdaderamente un tratado de paz, pues debe en sí mismo pretender ser eterno.

Se trataría, en ese caso, simplemente de un mero armisticio, un aplazamiento de las hostilidades, no de la paz, que significa el fin de todas las hostilidades. La añadidura del calificativo eterna es un pleonasmico sospechoso. Las causas existentes para una guerra en el futuro, aunque quizá ahora no conocidas ni siquiera para los negociadores, se destruyen en su conjunto por el tratado de paz, por mucho que pudieran aparecer en una penetrante investigación de los documentos de archivo.⁸⁸

2) El estado no es patrimonio de alguien, como ya hemos visto, pues los hombres no pueden pertenecer a otro que no sea él mismo, por tanto esto sería cosificar al otro y obrando de tal forma se violaría su dignidad.

Un Estado no es un patrimonio (patrimonium) (como el suelo sobre el que tiene su sede). Es una sociedad de hombres sobre la que nadie más que ella misma tiene que mandar y disponer.⁸⁹

3) El ejército permanente debe desaparecer con el tiempo, pues estos son una amenaza para los otros pueblos, pues la superación de un estado contra otro

⁸⁷ IMMANUEL KANT, *SOBRE LA PAZ PERPETUA*, Editorial Tecnos, Madrid 1998, 6º edición, Pg.27.

⁸⁸ *Ibid.*, pág.5.

⁸⁹ *Ibid.*, pág.6.

en cuanto el armamento y capacitación, hace de la búsqueda de la paz una guerra ofensiva, donde los soldados son meras máquinas para otro (Estado) y por ende viola la dignidad de estos, pues no se actúa en defensa propia o de la patria.

Pues suponen una amenaza de guerra para otros Estados con su disposición a apaciguar siempre preparados para ella.⁹⁰

4) Un sistema de crédito, como instrumento de las relaciones reciprocas, crea un poder de uno sobre el otro, lo cual beneficia como pretexto para hacer la guerra, la deuda pública no debe mezclarse con la política exterior.

Pero un sistema de crédito, como instrumento en manos de las potencias para sus relaciones reciprocas, puede crecer indefinidamente y resulta siempre un poder financiero para exigir en el momento presente (pues seguramente no todos los acreedores lo harán a la vez) las deudas garantizadas.⁹¹

5) Ningún Estado puede inmiscuirse en los asuntos del otro política o constitucionalmente, si un estado se encuentra dividido internamente, y una parte del todo pretende representar el todo, en tal estado de anarquía la ayuda para restaurar el orden no puede ser interpretado como intromisión, si en cambio mientras sea un conflicto que no se haya decidido la intromisión de potencias extranjeras sería violar los derechos de un pueblo.

Sin embargo, mientras esta lucha interna no se haya decidido, la injerencia de potencias extranjeras sería una violación de los derechos de un pueblo independiente que combate una enfermedad interna; sería, incluso, un escándalo y pondría en peligro la autonomía de todos los Estados.⁹²

6) Ningún Estado en conflicto con otro puede permitirse acciones que comprometan la confianza en una paz futura, pues se debe de confiar en la racionalidad del enemigo para evitar una guerra de exterminio.

Estas son estratagemas deshonrosas, pues aun en plena guerra ha de existir alguna confianza en la mentalidad del enemigo, ya que de lo contrario no se podría acordar nunca la paz y las hostilidades se desviarían hacia una guerra de exterminio (*bellum internecinum*).⁹³

La garantía de la paz es dada por aquella naturaleza que guía al mundo hacia su finalidad, armonizando el antagonismo de la voluntad libre humana que elige la guerra. La providencia es la sabiduría que guía hacia el fin último del hombre que es algo más elevado de lo meramente sensible, por ello no la podemos conocer o inferir, sino solo pensar como nuestro destino.

Es pues manifiesto que esta naturaleza hace que todos los hombres puedan vivir en toda la tierra, por la guerra los hombres poblaron los rincones más inhóspitos de la tierra, y en esta (la guerra) esa naturaleza dictó leyes donde los hombres se relacionaban más o menos en una legalidad. Es pues los elementos de la natu-

⁹⁰ *Ibid.*, pág.7.

⁹¹ *Ibid.*, pág.8.

⁹² *Ibid.*, pág.9.

⁹³ *Ibid.*, pág.10.

raleza la primera arma de guerra que el hombre aprendió a domesticar (caballo), para lograr el fin despótico al que la naturaleza lo sometió que es vivir aun en contra de su inclinación contraria (instinto de supervivencia) así vemos pueblos en las regiones más remotas a donde los hombres obligados huyeron para salvar sus vida, y establecerse allí donde los jinetes enemigos no podrían llegar.

Habiendo procurado la Naturaleza que los hombres puedan vivir sobre la tierra, ha querido también, y de manera despótica, que deban vivir, incluso contra su inclinación y sin que este deber presuponga al mismo tiempo un concepto de deber que la vincule con una ley moral, sino que la naturaleza ha elegido la guerra como medio para lograr este fin.⁹⁴

Parecería entonces que la guerra es algo natural al hombre y lo es como ser animal, pero se olvidan (los defensores de la guerra) el carácter moral del hombre, puesto que como dice el griego: “la guerra es mala porque hace más gente mala que la que se lleva”.

Cuando digo que la Naturaleza quiere que ocurra esto o aquello, no significa que la naturaleza nos imponga un deber de hacerlo (pues esto sólo puede imponerlo la razón práctica libre de coacción) sino que ella misma lo hace, querámoslo nosotros o no (fata volentem ducun, nolentem trahunt).⁹⁵

Ahora bien, si la guerra es parte del fin propio de la naturaleza animal del hombre, la paz será el fin propio de la naturaleza racional libre del hombre, la guerra es lo que es, la paz es lo que debe ser. Es pues la razón según la naturaleza racional libre la garante de las tres relaciones del derecho Público (derecho político, derecho de gentes, derecho cosmopolita) de la instauración de la paz perpetua sobre el orbe.

Un medio poderoso para lograr la paz es el dinero y el comercio, dos Estados cuyo espíritu comercial sea elevado, los obliga a fomentar la paz, (no por moralidad sino por conveniencia) pues atacar al otro sería atacarse a sí mismo, pues la guerra que perjudique la economía tenderá más urgentemente al retorno de la paz, este mecanismo no es lo suficientemente sólido, pero sin embargo es lo más práctico.

Se trata del espíritu comercial que no puede coexistir con la guerra y que, antes o después, se apodera de todos los pueblos. Como el poder dinero es, en realidad, el más fiel de todos los poderes (medios) subordinados al poder del Estado, los Estados se ven obligados a fomentar la paz (por supuesto, no por impulsos de la moralidad) y a evitar la guerra con negociaciones, siempre que hay amenazas en cualquier parte del mundo.⁹⁶

⁹⁴ *Ibid.*, pág.35.

⁹⁵ *Ibid.*, pág.37.

⁹⁶ *Ibid.*, pág.41.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO (DERECHOS Y RESTRICCIONES)

ERÉNDIRA SALGADO LEDESMA*
AGUSTÍN ALONSO CARRILLO**

En fecha reciente, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación fueron interpuestas cuatro acciones de inconstitucionalidad y tres controversias constitucionales con motivo de la promulgación de la Constitución Política de la Ciudad de México.¹ Su falta de vigencia no ha sido obstáculo para que diversos sujetos legitimados en el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuestionaran sus preceptos, pues los medios de control constitucional que tienen como objetivo garantizar los principios de supremacía y rigidez no requieren que las normas que se pretende impugnar entren en vigor, pues la probable vulneración de la regularidad constitucional se da a partir de su publicación en el medio oficial correspondiente. Con este acto concluyeron las labores de la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México facultada para llevar a cabo la producción normativa. Toca ahora a ésta y al Jefe de Gobierno capitalino (como autoridades demandadas) sostener la validez de sus disposiciones.

Que los sujetos legitimados por el artículo 105 de la Constitución federal: Senado, Presidencia de la República, Procuraduría General de la República, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, así como los partidos Nueva Alianza y Morena utilicen cualquiera de dichas garantías constitucionales para impugnar la carta local, no involucra un ataque ni a la norma cuestionada ni a la Ciudad de México; mucho menos implica una falta de respeto a las atribuciones del órgano legislativo.² Los medios de control de la regularidad constitucional, de los principios de supremacía, legalidad y división de poderes que *permean* la actuación de todas las autoridades públicas, justamente fueron llevados a la Constitución para su

* Catedrática de la materia Derecho Procesal Constitucional, Universidad Anáhuac México, sede norte.

** Catedrático de la materia Derecho Procesal Constitucional, Universidad Anáhuac México, sede sur.

¹ Olson G. y Reyes, J.P. “Difieren en defensa de la constitución”, *Periódico Excélsior*, Comunidad, 30 de mayo de 2017, en <http://www.excelsior.com.mx/comunidad/2017/05/11/1162814>

² El consejero Jurídico de la Ciudad estima que más que faltarle el respeto al Gobierno de la ciudad o a la autoridad, “se le falta al respeto a la ciudadanía porque la misma Suprema Corte se ha pronunciado al respecto de diversos temas que ahora se impugnan; encuentro muy cuesta arriba que vayan a generar mecanismos contrarios a los que están planteados (en la Constitución). Cuando se analiza uno por uno de estos artículos, no encontramos elementos suficientes”, en *Periódico, La Razón de México*, “Difieren PRI y CDMX por impugnaciones a Carta Magna”, en <http://www.razon.com.mx/spip.php?article341317>

defensa, con la finalidad de preservar su primacía y observancia y para el aseguramiento de las atribuciones asignadas a cada poder, orden de gobierno u órgano originario del Estado, lo que posibilita su interposición cuando se estimen diferendos de orden constitucional.

En su caso, corresponderá a la Suprema Corte —como Tribunal Constitucional— determinar si las impugnaciones resultan o no procedentes cuando resuelva el fondo de las cuestiones debatidas en la controversia, pues las acciones, por su naturaleza difieren en su tratamiento al no haber propiamente una autoridad demandada: se eleva una solicitud ante la Suprema Corte para que realice un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma cuya regularidad se cuestiona, a fin de que la misma se invalide.

ANTECEDENTES

La Constitución de la Ciudad fue promulgada el 5 de febrero del año en curso. La aptitud del Constituyente local derivó de lo dispuesto en la Constitución federal, acorde con la reforma publicada en el mismo órgano de difusión el 29 de enero de 2016, que en su artículo 122 dispuso que la Ciudad de México goce de autonomía en todo lo concerniente a su régimen interior y organización política y administrativa. Por su parte, el artículo Séptimo Transitorio dispuso que la Asamblea Constituyente ejerciera de forma exclusiva todas las funciones de Poder Constituyente para la Ciudad de México dotada de plena autonomía.³ Su Estatuto —constante de 71 artículos y 40 artículos transitorios— entrará en vigor el 17 de septiembre de 2018 (*Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 2017).⁴ Su preámbulo refiere que la entidad federativa se concibe: “Como un espacio civilizatorio, ciudadano, laico y habitable para el ejercicio pleno de sus posibilidades, el disfrute equitativo de sus bienes y la búsqueda de la felicidad”.

LA FELICIDAD Y SU BÚSQUEDA COMO DERECHO DE LOS GOBERNADOS

En un primer momento, en la Constitución de Cádiz (Constitución Política de la Monarquía Española)⁵ vigente en México en 1812 y 1820 se había expresado la importancia de la felicidad y la necesidad de su búsqueda como un derecho y un fin de la persona humana. Para lograrlo, su Capítulo III. *Del gobierno* (art. 13) estableció como objeto de la corporación pública concretar la felicidad de la nación, lo que se lograría a partir del bienestar de los ciudadanos, pues éste es el fin de toda sociedad política. La noción será reiterada en la Constitución de Apatzingán de 1814 (Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana),⁶ que en el capítulo II, *De la soberanía. La aptitud del pue-*

³ *DOF*, edición vespertina, en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5424043&fecha=29/01/2016

⁴ SEGOB, *DOF*, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5470989&fecha=05/02/2017

⁵ En <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812.pdf>

⁶ En http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf

blo elegir gobernantes (art. 4º) decreta que el gobierno se instituye para la protección y la seguridad de todos los ciudadanos, los que tienen derecho incuestionable: “De establecer el que más les convenga, alterarlo, modificarlo, y abolirlo totalmente, cuando su felicidad así lo requiera”.

El concepto se había utilizado en dos documentos previos: la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776,⁷ cuyo preámbulo proclama como derechos inherentes de todos los hombres el goce de la vida, la libertad y la propiedad, además de buscar y obtener la felicidad y la seguridad, y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁸, que en apartado semejante refiere que las reclamaciones de los ciudadanos deben tender siempre a mantener la Constitución y la felicidad de todos. Pero, ¿cuál es el alcance de la noción? ¿La misma puede equipararse con prosperidad? ¿Ha tenido la misma representación a lo largo del tiempo? Se afirma que no.

Desde la perspectiva de Aristóteles —Ética a Nicómaco—⁹ felicidad no es sinónimo de bonanza ni de placer, sino de bienestar (estar bien con uno mismo con base en una conducta virtuosa y la reflexión filosófica). Por ello afirma que la mejor parte del hombre es la razón, “o como quiera que llamemos a la que por naturaleza parece ser la más excelente y principal, y poseer la intelección de las cosas bellas y divinas”. La razón es “o algo divino o, ciertamente, lo más divino que hay en nosotros”; por tanto, la felicidad completa será “su actividad según la capacidad que le es propia”. Para Epicuro, la manera de conseguir la felicidad se orienta más hacia la satisfacción plena de las necesidades humanas¹⁰: “Gozando de la autonomía propia del sabio, es posible para cada uno lograr un estado de ánimo equilibrado y gozoso con muy pocos medios”. Estas dos orientaciones resumen la noción hasta la edad media: la satisfacción de los placeres o la virtud y la sabiduría como presupuestos para alcanzarla.

En época moderna, como derecho del individuo se desarrolla con la Ilustración. En ésta se afirma que la razón es el único medio para conseguir la verdad y junto con el progreso constituye el camino para alcanzar la felicidad. Como todo ser vivo, el hombre tiene necesidades materiales que satisfacer, pero también tiene una dimensión espiritual, y esto último es lo que lo hace ser persona. Las ideas inspiraron a los autores de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América y han llegado a ocupar un lugar clave en la tradición occidental:¹¹ “El ser humano tiene derecho a ser feliz y es misión del gobernante conseguirlo”.

Esta concepción se reproduce en varios instrumentos internacionales de la época actual; entre otros: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención de los

⁷ En <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>

⁸ En <http://www.fimmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>

⁹ Universal Library, Electronic publishing house, <http://www.alejandriadigital.com/2016/06/14/etica-a-nicomaco-de-aristoteles-en-pdf-obra-de-dominio-publico-descarga-gratuita/>

¹⁰ Sánchez-Cerezo, J. “La felicidad de Epicuro”, http://www.webdianoa.com/helenismo/epicuro_fil.htm

¹¹ Ortega, M. “El concepto de la felicidad en la ilustración”, en <http://www.ugr.es/~inveliteraria/PDF/Felicidad.pdf>

Derechos del Niño; Convención sobre los Derechos de los Niños y las Niñas, y Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Otros, como la Carta de la ONU, si bien no incorpora la noción de modo textual, sí refieren como una obligación del Estado y un derecho de las personas la consecución del bienestar social y económico. Como dispone la Carta de la OEA: todos los seres humanos tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual. Por ejemplo, la Declaración (1948)¹² estipula como deber de los pueblos el reconocimiento constitucional de que el fin principal de las instituciones jurídicas y políticas rectoras de la vida en sociedad es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad. En suma: en todo Estado se deben propiciar las condiciones necesarias para darle a la existencia humana un sentido, un por qué y un para qué.

Las ideas antedichas tal vez influyeron en las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando determina sanciones por la afectación de los proyectos de vida que impiden la realización integral de la persona. De modo enunciativo: la vocación, las aspiraciones y las potencialidades, reparaciones complementarias de las de índole económica que también decreta como resultado de daño material. Y es que acorde con la Convención Americana, que da origen y fundamento a su competencia contenciosa, los Estados Parte tienen el deber general de respetar y asegurar el respeto pleno de los derechos que consagra el instrumento, pues son esenciales para que todas las personas sujetas a su jurisdicción realicen “su proyecto de vida”.

Y ¿qué es el proyecto de vida?, ¿cómo se vincula con la noción felicidad? Con ideas del filósofo español, José Ortega y Gasset, la felicidad se produce cuando coincide “nuestra vida proyectada” (lo que queremos ser. Lo que está por llegar), con “nuestra vida efectiva” (lo que somos en realidad. El aquí y ahora):¹³ “Todo ser es feliz, cuando cumple su destino, es decir, cuando sigue la pendiente de su inclinación, de su esencial necesidad, cuando se realiza, cuando está siendo lo que es en verdad”. Carlos Fernández Sessarego establece que el daño al proyecto de vida sólo es posible concebirlo tratándose de un ser que es simultáneamente, libre, coexistencial y temporal: el hombre.¹⁴

El juez Cançado Trindade —con palabras coincidentes— lo describe con puntualidad:

Todos vivimos en el tiempo, que termina por consumirnos. Precisamente por vivir en el tiempo, cada uno busca divisar su proyecto de vida. El vocablo ‘proyecto’ encierra en sí toda una dimensión temporal [...] tiene, así, un valor esencialmente existencial, ateniéndose a la idea de realización personal integral. Es decir, en el

¹² OEA, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> En https://www.oas.org/dil/esp/Declaracion_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf

¹³ Ortega y Gasset, J. *¿Qué es la filosofía?*, México, Porrúa. 1996, p. 5

¹⁴ Cfr. Fernández, C. “El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 659 y ss, en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0532498043eb964c941df40365e6754e/El_da%C3%91o_al_proyecto_de_vida_Carlos_Fern%C3%A1ndez_Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0532498043eb964c941df40365e6754e

marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales.

Con su flamante Constitución, la Ciudad de México abre múltiples potencialidades para sus habitantes de conformidad con los términos generosos en que fue redactada. De cada uno de nosotros dependerá aprovechar o no las que estén garantizadas y en su caso lograr la exigibilidad y/o justiciabilidad de las que no, pues el tema que estará a debate luego de que la Suprema Corte determine la aptitud del Constituyente para ampliar o no los derechos humanos —como lo ha hecho—¹⁵ será: ¿cómo concretar muchos de los derechos y libertades expresados aún como discurso?

EL APARTADO DE LOS DERECHOS

Algunos de los derechos que incorpora la Constitución de la Ciudad de México (de forma prolífica y generosa) coinciden con los mencionados en la Declaración de Derechos Humanos Emergentes (Barcelona, 2004).¹⁶ Se les denomina así, porque dentro de la progresividad y necesidad de perfeccionamiento constante de los derechos humanos han surgido (emergido) otros con carácter de reivindicaciones de la sociedad para enfrentar la transformación del orden económico que produjo nuevas necesidades, lo que ha propiciado que extensas capas de la población mundial hayan quedado excluidas de sus beneficios.¹⁷ Dentro de los derechos que incorpora, algunos se contemplan en la normativa local desde tiempo atrás, pero ahora lo vemos con nuevas interpretaciones para su realización efectiva: la vida, la salud y la educación. Las tres prerrogativas exigen de la existencia en condiciones dignas. A tal fin se necesita del trabajo con salario remunerador; la adopción de medidas para contradicción abatir la pobreza y suprimir el hambre, además de garantizar la asistencia sanitaria de modo integral (hasta la entrega de medicamentos y, llegado el caso, el suministro de medidas paliativas).

Dentro de los derechos mencionados en esta categoría destacan algunos tradicionales ampliados en su contenido o concebidos bajo nueva reformulación. Otros más resultan novedosos. Dentro de los primeros tenemos el derecho de las

¹⁵ El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en consonancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”. Por su parte, el artículo 2 de la Convención incorpora como deber de los Estados Parte, la necesidad de adoptar disposiciones de derecho interno: “Medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Acorde con estas disposiciones no se advierte objeción.

¹⁶ Cf. Ramírez, G. (coord.) “El cómo y el porqué de la Declaración Universal de los derechos emergentes”, en *Derechos humanos y justicia*, Colección Diálogos del Foro Internacional de las Culturas, Monterrey, 2007, catedraunescdoh.unam.mx/catedra/CONACYT/04_Docentes_UdeO_ubicar_el_de_alumnos/Contenidos/Lecturas%20obligatorias/M.5_cont_5_Gloria_Ramirez.pdf

¹⁷ *Ibid.*

personas a percibir un mínimo vital para asegurar lo necesario para su subsistencia y bienestar, que aglutina bienes y servicios como agua potable y saneamiento, energía, alimentación básica adecuada y suministro eléctrico continuo y suficiente. Dentro del derecho a la salud, o su protección, se exige atención médica oportuna y eficaz; contar con alternativas de tratamiento, y expresar el consentimiento para la realización de procedimientos, además de solicitar una segunda opinión. ¿Quién podría oponerse a que los usuarios de los servicios de salud reciban un trato digno, con calidad y calidez? Como derecho nuevo se introduce la muerte digna que asegure a toda persona el respeto de su voluntad cuando determine que no desea que se prolongue su vida de forma artificial. Si se exige una vida digna, ¿por qué razón la muerte sería de otro modo?

En una primera aproximación se aprecia que algunos de los derechos incorporados cuentan con garantía, otros más sólo fueron declarados.

Derechos declarados y ampliados en su concepción

Bajo este título: *Ciudad de libertades y derechos*, en los artículos 6 al 10 se incorporan los *derechos emergentes*. Para mayor claridad se trató de sistematizarlos una vez encontrado el núcleo esencial de protección de cada uno:

- A. Autodeterminación personal. Libre desarrollo de la personalidad, vida y muerte dignas.
- B. Vida digna. Percibir un mínimo vital que asegure una vida digna.
- C. Salud. Acceso a servicios de salud de calidad.
- D. Alimentación y nutrición. Adecuada, nutritiva, diaria, suficiente y de calidad que permita gozar del más alto nivel de desarrollo humano posible y proteja contra el hambre, la malnutrición y la desnutrición.
- E. Vivienda. Adecuada para la persona y su familia, adaptada a sus necesidades.
- F. Agua y a su saneamiento. Acceso a la disposición y saneamiento de agua potable suficiente, salubre, segura, asequible, accesible y de calidad.
- G. Educación. Recibir educación en todos los niveles, además de conocimiento y aprendizaje continuos.
- H. Protección integral a las familias en el ámbito individual y colectivo.
- I. Integridad. Respeto a la integridad física y psicológica y una vida libre de violencia.
- J. Cuidado. Otorgamiento de elementos materiales y simbólicos para vivir en sociedad a lo largo de toda la vida.
- K. Identidad y seguridad jurídica. Reconocimiento de la identidad y la personalidad jurídica (nombre, propia imagen y reputación).
- L. Libertad sexual. Libre decisión sobre la sexualidad y respeto en su ejercicio.
- M. Reproducción. Acceso a información sobre el tema.
- N. Acceso a la ciencia y la innovación tecnológica. Libre acceso, uso y desarrollo de la ciencia, la tecnología y la innovación.
- O. Deporte. Contar con instalaciones apropiadas en escuelas y espacios públicos.

- P. Buena administración pública. Servicios públicos de calidad por una administración receptiva, eficaz y eficiente.
- Q. Desarrollo sustentable. Participar en el desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse con plenitud los derechos humanos y las libertades fundamentales.
- R. Relaciones de las instituciones públicas de la Ciudad con sus trabajadores. Libertad de asociación sindical plena.
- S. Defensa de los derechos humanos. Protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales.
- T. Acceso a la justicia. Defensa y asistencia jurídica gratuitas y de calidad en todo proceso jurisdiccional.

A guisa de parecer pesimistas, varias de las libertades y prerrogativas, dada su naturaleza y caracteres, “suenan”, sino imposibles, sí de difícil concreción, tal vez por eso la carta local, en varios de sus apartados sólo constriñe a las autoridades de la Ciudad a facilitar, promover, fomentar e impulsar los derechos, más que a garantizarlos, como ha ocurrido hasta ahora con aquellos integrados dentro de la noción *DESC* (derechos políticos, económicos y sociales) que no han alcanzado suficientes niveles de garantía en el plano internacional, pese a su inserción en instrumentos protectores de los derechos humanos. Un ejemplo lo es el Pacto de Naciones Unidas de 1966,¹⁸ cuyo artículo 2 dispone el compromiso de los Estados Parte de garantizar el ejercicio de los derechos; sin embargo, la propia ONU considera que para lograrlo se requiere mayor grado de inversión financiera, una limitación evidente en los países en desarrollo.

Sobre el tema específico de los derechos incorporados (calidad y cantidad), algunos especialistas expresan interés y optimismo. Otros más muestran preocupación. De las ideas referidas hasta ahora coincidimos con las que sostienen que el documento expone un conjunto de buenas intenciones, aspiraciones y deseos sobre la necesidad de un mundo mejor, por eso algunos lo tildan de aspiracional;¹⁹ sin embargo, recordemos que muchos de los progresos de que hoy disfrutamos iniciaron como una idea. Con todo, más que expandir el número de derechos declarados resulta significativo seguir generando las condiciones necesarias para concretar la eficacia de los de índole básica.

PERO, ¿Y LAS RESTRICCIONES?

Así como se incorporan múltiples derechos, no pasan desapercibidas algunas restricciones como la agregada en el artículo 23, 2, I), Título Cuarto, Capítulo I, que dispone como deberes (nuestros deberes), además de ser solidario con la comunidad: “Prestar a las autoridades el auxilio para el que legalmente sean requeridos”.

¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en vigor el 23 de marzo de 1976), en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

¹⁹ Méndez, S. “Ideas sobre la Constitución de la CDMX”, en *Animal Político*, blog en línea, www.animalpolitico.com/El_Plumaje/Columna_Invitada

El precepto llama la atención por su redacción abierta, lo que propicia su libre interpretación: ¿cuál será el alcance de las facultades de la autoridad?, ¿cuál será la limitación de los derechos de libertad de los habitantes de la Ciudad de México? Si se estima que auxiliar a las autoridades citadinas es una obligación, por ende, la actividad resultante será de cumplimiento forzoso y sin retribución. Si es así, el precepto introduce una especie dentro de los trabajos forzados. Luego, algunas acciones serán consecuencia de un acto solidario. Otras más serán resultado de una obligación. Lo anterior puede producir efectos de dos tipos. Desde el punto de vista legal, el precepto es susceptible de contrariar lo dispuesto por la Constitución general que elevó los tratados que contienen derechos humanos a rango supremo, además de que resulta incompatible con tres instrumentos de esta naturaleza que proscriben los trabajos forzados: salvo los impuestos por una autoridad judicial como resultado de la pena por la comisión de un delito o del servicio de las armas.²⁰ Desde el punto de vista ético desnaturaliza la esencia del acto moral, cuyo presupuesto es su ejecución en ejercicio de la libertad personal, una potencialidad de la voluntad. Las acciones de auxilio solidario son de naturaleza facultativa y resultan enriquecedoras para el sujeto que las lleva a cabo y también para quien las recibe, pero, convertir un acto solidario en una obligación desnaturaliza su esencia.

Así como se estima que el numeral citado contiene una restricción; por el contrario, otros derechos han sido tildados de exceder lo dispuesto en la Constitución federal. Se argumenta que el Constituyente local invadió las atribuciones de diversos órganos del Estado. Otros artículos simple y llanamente no son del gusto general. Si varias veces se ha estimado un exceso que el *Constituyente del 17* llevará el combate del alcoholismo al texto del artículo 73 (con el consiguiente fracaso), pues la reducción de la venta y el consumo del alcohol es más tema de políticas públicas (sanitaria y educativa) que de leyes, se estima inadecuado también llevar el uso de la *cannabis sativa, índica, americana o marihuana* y sus derivados a la Constitución de la Ciudad cuando su regulación la incorpora la Ley General de Salud (como sustancia sicotrópica que produce efectos sobre el sistema nervioso)²¹ y en el Código Penal Federal (por cuanto a los delitos con los que se le relaciona).

Una vez en vigor, cualquier persona podrá cuestionar la regularidad de cualquier artículo de la normativa cuando lo estime restrictivo de sus derechos o cuando resulten ineficaces sus disposiciones. Por ahora, el conocimiento de los diferendos queda dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional

²⁰ Véase la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, publicada en el *DOF* el 30 de octubre de 2012, en www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/compila/inconst/228inconst_30oct12.doc

²¹ El artículo 237 (en relación con el 235) prohíbe el empleo, el uso y el consumo, en todo el territorio nacional, de las siguientes substancias y vegetales: opio preparado, para fumar, diacetilmorfina o heroína, sus sales o preparados, *cannabis sativa, índica y americana o marihuana*. Sin embargo, la Convención de la ONU sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, signada por México sin reservas, posibilita su consumo, pues no se estima una conducta delictiva. Sin embargo, la Convención de la ONU sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, signada por México sin reservas, posibilita su consumo, pues no se estima una conducta delictiva.

RECENSIONES

PSICOPATOLOGÍA FORENSE. DERECHO, NEUROCIENCIAS Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL, DE ERIC GARCÍA-LOPEZ ET AL., BOSCH, MÉXICO, 2016.

DORA GARCÍA FERNÁNDEZ*

Psicopatología Forense. Derecho, Neurociencias y Sistema de Justicia Penal es un interesante libro escrito por autores de la talla de Eric García-López, de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Feggy Ostrosky de la Facultad de Psicología de la misma casa de estudios, Gerardo Laveaga, del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y Enrique Esbec de la Facultad de Psicología de la Universidad Complutense de Madrid.

Las Neurociencias tienen una larga historia que comienzan con las aportaciones que hizo a esta disciplina el médico español Santiago Ramón y Cajal y que le valieron el Premio Nobel de Medicina en 1906. Las Neurociencias recibieron un fuerte impulso en la década de los noventa, llamada la “Década del Cerebro” y gracias a la técnica de neuroimagen y en 2012 fue el “Año de las Neurociencias”. Las investigaciones en neurociencias han demostrado las relaciones del funcionamiento entre el cerebro y las conductas. Fue hasta 2008 cuando surgió el Neuroderecho entendiéndose como la reflexión sobre la forma y el alcance en que múltiples facetas de la comprensión, producción y aplicación del Derecho se verán afectadas por el estudio empírico del cerebro en la medida en que éste se considera parte central de la explicación de la conducta.

Con este contexto, el libro que aquí se reseña , contiene cinco capítulos con temas novedosos y de gran actualidad como el abordado por el Dr. Eric García-López, titulado “Psicopatología Forense y Sistema de Justicia Penal: La importancia del concepto Neurolaw”, donde el autor explica las relaciones que existen entre la Neurociencia y el Derecho, reiterando la importancia de contar con procesos de formación especializada, colegiación, acreditación y certificación de los profesionales de la salud mental que colaboran e intervienen en los sistemas de procuración y administración de justicia. Asimismo, el Dr. García-López subraya la necesidad de establecer un código de comunicación unificado a nivel nacional siguiendo el criterio establecido por la Organización Mundial de Salud

* Docente investigadora. Coordinadora de Investigación y Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México Norte. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. dgarcia@anahuac.mx

(OMS), a través de la clasificación de enfermedades (CIE-10). También el autor apunta la necesidad de contar con instrumentos de evaluación psicológica y neuropsicológica que fortalezcan la estructura de los peritajes. Por último, analiza la importancia que el concepto de *Neurolaw* o Neurociencia jurídica tiene para el sistema de justicia.

El siguiente capítulo está escrito por la Dra. Feggy Ostrosky y se titula “*Neuroley, cognición y cerebro*”. Para la autora la *Neuroley* es un campo de estudio interdisciplinario emergente que explora los efectos de los descubrimientos en la neurociencia sobre las normas jurídicas y los estándares legales. En este estudio deja clara la importancia de la valoración neuropsicológica en el estudio de la conducta, aborda las pruebas neuropsicológicas empleadas en México, en individuos de los que se sospecha tienen alteraciones cognoscitivas. Para la Dra. Ostrosky el uso de pruebas neuropsicológicas para la obtención de perfiles en personas que probablemente están involucradas en ilícitos, constituyen medidas objetivas que pueden ser de gran ayuda para determinar la existencia de psicopatologías que provocan dichas conductas o también para determinar la simulación de déficits que contemplan la alteración de algunas áreas cognitivas como lo es la memoria, pasando por alto otras más que están relacionadas. Para la autora, el entendimiento de estos déficits neuropsicológicos específicos de personalidades agresivas, podrían suponer un avance en torno al tratamiento de personas que tienen el riesgo de cometer delitos o en la identificación del tipo de personalidad criminal con el cual se enfrenta la sociedad.

El Dr. Gerardo Laveaga nos brinda el tema “*Neurociencias: Una introducción para abogados*”. El autor inicia su trabajo señalando las grandes deficiencias de la teoría del delito, la dogmática jurídica y la política criminal para comprender las conductas ilícitas, y manifiesta su confianza de que las neurociencias, las ciencias cognitivas, la genética del comportamiento y la psicología evolutiva serán capaces de encontrar respuestas a lo que el Derecho no ha podido. Opina que el gran desafío del siglo XXI es descifrar por qué nos comportamos del modo que lo hacemos, a partir de la interacción entre nuestra fisiología y el medio ambiente, y hasta qué grado el control de los impulsos puede verse afectado por el exceso de algunas sustancias o las carencias de otras. El Dr. Laveaga se cuestiona si de verdad el hombre es capaz de elegir lo que hace o si su forma de actuar no está determinada por su anatomía y funciones neuronales, como ocurre con algunos animales. Afirma que las neurociencias, la genética del comportamiento y la psicología evolutiva ya tienen datos duros para responder esta interrogante de ¿qué hace que hagamos lo que hacemos? Mediante estudios de imagenología ya se pueden localizar las zonas del cerebro que se activan cuando hay enojo o miedo, cuando hay euforia o depresión, pero aun así quedan interrogantes por responder en el área jurídica.

En el cuarto capítulo, titulado “*Evaluación de la base psicopatológica de la imputabilidad. Repercusiones forenses*”, el Dr. Enrique Esbec afirma que la mayor parte de los delincuentes, especialmente los violentos y los que atentan contra la libertad sexual tiene diagnosticado algún trastorno mental, aunque esto no signifi-

fica que todo aquel que sufra algún trastorno mental sea delincuente ni que todos estos trastornos tienen incidencia en la imputabilidad. Lo importante, señala el autor, es demostrar que la alteración psíquica se da en el momento de la acción e incide en las capacidades cognitivas y/o volitivas del sujeto. Es por ello que los peritajes sobre imputabilidad son llevados a cabo con mucha frecuencia en la psicopatología criminal y forense. Es así que “imputar” significa atribuir el hecho al conocimiento y libre voluntad del agente, y si bien el término es jurídico (capacidad de culpabilidad) su fundamento es bio-psico-social. Para el Dr. Esbec el análisis de la imputabilidad resulta apasionante porque nos enfrenta al ser humano como es en realidad (ser) y no como deseamos que sea (deber ser).

Y para terminar, tenemos el capítulo “Relaciones entre la Psicología y el Derecho” escrito por los doctores Enrique Esbec y Eric García-López. Quienes afirman que las relaciones entre estas dos disciplinas son cada vez más estrechas ya que comparten un mismo objetivo de estudio que es la conducta humana, aunque en apariencia tienen dos objetivos diferentes. El Derecho busca regular la conducta externa de las personas y la Psicología se preocupa de explicar el comportamiento humano. En este contexto algunos autores han considerado a la Psicología como fundamento de la ley positiva y de sus aplicaciones concretas. Por ello, los autores afirman que las relaciones entre la Psicología y el Derecho son nítidas y han pasado por diferentes grados de aproximación según el desarrollo de cada una de ellas. La Psicología ha logrado obtención de evidencias judiciales, en la valoración de las pruebas, sentencia y veredictos y ciertamente el legislador necesita de la Psicología como ciencia auxiliar.

En resumen, tenemos aquí una obra novedosa, concisa y actual sobre Neurociencias y justicia penal, de un gran valor intelectual y profesional, que está dirigida principalmente a juristas y psicólogos y a todo aquel que quiera entender el Neuroderecho.

Después de este recorrido hecho a la temática que aborda esta interesante obra, no me resta más que recomendar muy ampliamente su lectura ya que se trata de un gran esfuerzo editorial que sin duda contribuye y enriquece al mundo jurídico en este tema tan poco explorado.

VISIÓN INTEGRAL DEL SISTEMA NACIONAL DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN

ALEJANDRO ROMERO GUDIÑO.
INACIPE-PGR-Universidad Anáhuac. México, 2015.

El libro se articula en torno a la reforma constitucional que da origen al Sistema Nacional de Combate a la Corrupción que representa un paso muy importante en el proceso de rendición de cuentas de los funcionarios públicos.

Con presentación del Lic. Sami David David, Director del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados, el Prólogo del Doctor Rafael Estrada Michel, en su momento Director de INACIPE y el Epílogo del Dr. Ricardo Sodi Cuellar, Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac, este libro está dedicado a analizar los antecedentes, componentes y desafíos del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA).

La obra dispone de un fuerte sustento académico, investigación bibliográfica, histórica y legal. El autor se ha preocupado por estructurar su trabajo con base en una hipótesis y varias preguntas de investigación que pueden sintetizarse en los cuatro grandes apartados que se sintetizan a continuación:

Entre los antecedentes de la reforma anticorrupción se encuentran instituciones que vienen desde la época colonial y que en el México independiente fueron reafirmadas, como la Contaduría Mayor de Hacienda y a partir del año 1999 la Auditoría Superior de la Federación. Asimismo, se reconoce que desde la constitución de 1824 existía una obligación de rendición de cuentas entre el Ejecutivo y el Legislativo. En los últimos 15 años se ha dado un acelerado proceso de adecuación legal e institucional adecuando el marco normativo mexicano a los estándares internacionales en materia de fiscalización, transparencia y combate a la corrupción.

En segundo lugar, la obra hace un análisis detallado de la normativa vigente hasta ese momento, en materia de rendición de cuentas, fiscalización, responsabilidades de los servidores públicos y las sanciones políticas, penales, administrativas y civiles a las que pueden ser sujetos.

En tercer lugar, la obra expone una serie de propuestas para la legislación secundaria y la conformación de las instituciones del SNA. Muchas de ellas han sido efectivamente plasmadas en la Legislación emitida el año 2016, así como pueden todavía retomarse muchas de sus orientaciones en temas pendientes en la agenda.

De forma complementaria, el texto ofrece propuestas formales de técnica legislativa y métodos éticos aplicados, por lo cual se proponen elementos de fondo y de forma a quienes contribuyen a impulsar el tema como una política de estado.

Un aspecto que vale la pena resaltar, es la amplitud y sistematicidad que pocos autores han logrado tener, como es esta visión de Alejandro Romero Gudiño, quien es Abogado por la UNAM, Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, tiene el Máster en Democracia y Parlamento por la Universidad de Salamanca. Actualmente es Titular de la Unidad de Evaluación y Control de la Comisión de Vigilancia de la Auditoría Superior de la Federación en la Cámara de Diputados, electo por el Pleno de la LXI Legislatura para el periodo 2011-2015 y con prórroga otorgada por el Pleno de la LXII Legislatura.

RESEÑA DE LA OBRA “INTERPRETACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL” GUILLERMO ESTRADA FONTAMARA, 2016, UNAM- POSGRADO EN DERECHO

ERÉNDIRA SALGADO LEDESMA*

“De un lado está el mundo, con sus juicios, sus asesinos, sus acusados dispuestos a jurarlo todo, sus odios y sus miserias; de otro lado se encuentra la ley, con su maquinaria, sus rituales establecidos, sus normas, su orden y sus maneras; y por último está el juez, que de toda esa materia muerta, viva y cruda debe destilar algo, algo que según la fórmula química de las leyes corresponde a la verdad”.

Con la cita del poeta y dramaturgo húngaro Sandor Márai, que refiere la difícil tarea que enfrentan los jueces de encontrar la verdad material por sobre la formal, en su diaria aplicación normativa, para alcanzar el ideal justicia, inicia el libro de la autoría del doctor Guillermo E. Estrada Adán, respetado colega, miembro del Sistema Nacional de Investigadores y profesor de tiempo completo de la UNAM, donde imparte las cátedras: Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público, disciplinas que de modo destacado se interrelacionan en la obra.

Como bien afirma Tullio Treves, magistrado y jurista italiano de relevancia internacional, redactor del prólogo, la obra “Interpretación judicial internacional” evidencia el trabajo de un jurista culto, atento a las interrelaciones entre diferentes aspectos del derecho y a sus implicaciones filosóficas y políticas: “Que uno no esté siempre de acuerdo con él, es justo la provocación que el autor realiza para continuar dialogando”. En mi caso, fueron múltiples las coincidencias con las ideas del Dr. Estrada, tal vez por ello se convirtió en un libro de cabecera o de bolsillo, lo digo con respeto académico, no para restarle valor intelectual, pues en efecto es una obra profunda de gran trasfondo filosófico. Desde que lo “descubrí”, lo llevo conmigo para releer sus párrafos en cualquier tiempo y lugar que tenga un espacio disponible.

El principal objeto de estudio del tratado es la función judicial internacional marcada por la fragmentación del Derecho internacional que ha creado órganos judiciales especializados en el Derecho internacional de los derechos humanos, que hoy en día constituye uno de los regímenes autónomos de este derecho a partir de dos grandes segmentaciones: el sistema universal y los respectivos sistemas regionales. Estos últimos bajo el resguardo de cortes de derechos humanos,

* Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México.

una para cada continente (América, Europa y África). En el nuestro, la Corte Interamericana Derechos Humanos, conjuntamente con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, son las instituciones medulares en la protección de los derechos humanos creadas en el seno de la Organización de los Estados Americanos con la finalidad de vigilar la observancia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la eficacia de los derechos y libertades que incorpora y tutela, además de otros instrumentos regionales de similar índole como la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; la Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura, y el Protocolo de San Salvador.

El autor advierte que en la prolífica actividad que desarrollan dichos órganos jurisdiccionales (Corte Interamericana, Corte Europea y Corte Africana) se centra el interés de su trabajo para demostrar cómo la función judicial especializada ha fortalecido la protección de los derechos humanos en cada uno de los continentes en que despliegan su actuación contenciosa y/o consultiva. Sin embargo, ello no es un pretexto para que “su función salga del marco general del Derecho internacional que, por cierto, todavía descansa en la voluntad estatal como punto generador del orden normativo”. Líneas adelante prosiguen los argumentos, tanto en contra de dicha fragmentación, como en el modo de llevar a cabo las facultades jurisdiccionales, cuando sostiene que no se justifica el abandono del marco de referencia del Derecho internacional para el tratamiento jurisdiccional de los derechos humanos bajo el pretexto del regionalismo ni de la especialización del tema, pues si bien el diseño del derecho se ha modificado para que el Estado no sea el único sujeto de las relaciones internacionales (Estado, organismos, personas): “Todavía no llega (y no podría llegar) el *estatus* de no importar la voluntad estatal, o de ubicar por encima de ella la opinión de los jueces internacionales cuando resuelvan casos en los que el Estado referido no es parte de la controversia”.

De ahí que resulte puntual su comentario dentro del contexto general de la obra, pues en ésta se cuestionan los alcances de la función que llevan a cabo los jueces internacionales a partir de herramientas interpretativas y de adjudicación.

A tal fin se describe la realidad del derecho internacional, más que la condición actual de los ideales contemporáneos. En ésta, destaca la necesidad de contener el derecho internacional de los derechos humanos a partir del derecho internacional; pero, ¿por qué se propone contenerlo? En razón de que cada vez se ejerce de tal forma que es usual que los jueces abandonan las reglas jurídicas, *so* pretexto de alcanzar el progreso racional de la humanidad. En esta flexibilización o flexibilización, se advierte el riesgo, cada vez más frecuente, de que se pierda la legitimidad en su actuación, pues los jueces convencionales de forma cada vez más habitual, sobreponen sus opiniones por encima no sólo de la voluntad estatal, sino incluso al margen del derecho internacional. Y si bien el diseño de esta disciplina se ha modificado para que el Estado no sea el sujeto único de las relaciones internacionales, “todavía no llega (como afirma el autor), el *estatus* en que no importe la voluntad estatal, o de ubicar por encima de ella sus decisiones, incluso cuando no son parte de la controversia que resuelven”. No olvidemos que el derecho internacional funciona en gran medida gracias a la voluntad de los Estados,

y varios de la región, justo cuestionan el ejercicio de la competencia contenciosa del tribunal internacional en los casos sometidos a su decisión debido a sus excesos. Los desacuerdos van en aumento, pues se sugiere un creciente activismo reflejado en la ampliación paulatina de su competencia vía interpretativa: ¿cuál es el límite de la convención? En su caso, ¿de la interpretación judicial? Bajo que presupuestos, los jueces convencionales ordenan reparaciones e indemnizaciones en el caso concreto; determinan adecuaciones al derecho interno con efectos generales, e incluso inciden en el ejercicio de las atribuciones soberanas de los poderes locales, incluidas cortes y tribunales constitucionales, al arrogarse facultades de control constitucional que no son compatibles con el sistema ni propias de un tribunal internacional. Este modo de actuación les ha generado múltiples enconos. ¿Quién les ha dado tal poder? ¿A quién le asiste la razón? ¿De qué lado está la verdad?: ¿son víctimas o verdugos?

El que las cortes de derechos humanos —en específico la Corte Interamericana— otorguen efectos generales a sus fallos pone en peligro su credibilidad como órganos jurisdiccionales, pues carecen de controles y además niegan la discrecionalidad de sus integrantes, y además no cuentan con un sistema de revisión que posibilite un equilibrio en el ejercicio del poder internacional o de un sistema de responsabilidades jurídicas y no jurídicas, por aquellos casos en que los propios jueces elaboren un *dictum* de alcances insospechados todavía.

En efecto, en el sistema actual no hay posibilidad de controlar las decisiones judiciales. No es inusual, por ejemplo, que la Corte Interamericana sostenga que “no hay límites fijados a su competencia”. Que la puede expandir en cada caso. Que asevere que, “como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia, pues los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Convención Americana presuponen el ‘derecho’ de la Corte IDH a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción”.

Ante este modo de proceder, el autor reprocha la actitud de los jueces internacionales que se olvidan de las limitaciones del instrumento que los creó y dotó de facultades. Con acierto sostiene que el derecho no es estático, pero no le corresponde a la Corte Interamericana reescribirlo (ni tampoco a las otras cortes regionales), como lo ha hecho a propósito de la Convención Americana a lo largo de la última década, en la que ha modificado reglas y creado facultades *ad hoc* y derechos, como es el caso de su pretendida competencia ilimitada.

Si bien la discrecionalidad judicial permite la flexibilización del sistema jurídico, ello no significa que los jueces “tengan carta abierta para moverse sin fronteras”. Cierra el autor su idea con un párrafo que no tiene desperdicio: “Un tribunal constitucional puede tener la última palabra respecto a la interpretación de la Constitución de un Estado (es más, para eso fue creado; esa es su condición de existencia). Sin embargo, sería poco menos que inaceptable darle esa categoría a una decisión de la Corte Interamericana respecto de los Estados Parte de la Convención Americana. Los tratados internacionales que le otorgan competencia la Corte IDH no suponen la creación del derecho con fines generales, sino

que, como supone la esencia de un órgano judicial, los jueces están ahí para resolver controversias” (no para crear conflictos, adiciono yo). Definitivamente, concuerdo con él, no es ésta la finalidad de la interpretación judicial.

CONTENIDO DE LA OBRA

En el Capítulo I, el autor aborda la tendencia actual hacia la fragmentación del derecho internacional público (que no es exclusiva de esta materia), las dificultades derivadas de su diversificación y expansión, el globalismo judicial como tendencia hacia las instituciones supranacionales, el derecho internacional de los derechos humanos, la Corte internacional de justicia, y la coherencia del derecho internacional.

El Capítulo II acomete el estudio del derecho internacional de los derechos humanos como régimen autónomo (especial) del derecho internacional general y se realiza un recorrido histórico de los derechos humanos, desde la Carta de Juan sin Tierra hasta la Carta de la ONU de 1948. Ello le permite sostener que la tradición jurídica de los derechos humanos es primero constitucional y luego internacional. Los derechos referidos existieron primero en el derecho interno, en el cual se plasmaron las primeras ideas sobre la libertad y la propiedad y luego éstas alcanzaron niveles internacionales con la Carta, la que marca el inicio del derecho internacional de los derechos humanos: “El inmediato derecho internacional de la posguerra no es sino el redentor de los individuos agobiados por el salvajismo de la guerra y las violaciones a los derechos fundamentales. Esta triada (víctimas, salvajes y salvadores) todavía permanece recurrente en el discurso de los derechos humanos, sea en el derecho interno o sea en el derecho internacional”.

Más adelante desarrolla las normas del derecho internacional de los derechos humanos, sus instituciones y los órganos jurisdiccionales creados *ad hoc* para su atención, los que constituyen, junto con el sistema de comercio internacional, un régimen de especialización de alto grado y alcance en la comunidad internacional; por último, en este capítulo, el autor se cuestiona la falta de límites de la disciplina cuando afirma que es claro dónde empieza el derecho, pero la pregunta que sigue es: ¿hasta dónde llegará o hasta donde deberá llegar?

Por supuesto, que la respuesta no es tan difícil, “si pensamos que el derecho, precisamente por su función instrumental, aspira a encontrar nuevas y mejores formas de convivencia social. Es decir, mientras los derechos humanos no sean respetados, no podrá decirse que está agotado el derecho internacional de los derechos humanos”: ¡así de simple!

El Capítulo III se dedica propiamente a la interpretación del derecho a través de una revisión metodológica desde óptica internacionalista. En él nos explica que el estudio de la interpretación no es solamente de carácter académico; sino, al contrario, sus efectos en la práctica a partir del nacimiento del Estado, se encuentran profundamente arraigados en un principio indiscutible de la vida política de una determinada sociedad. Así como el legislador crea leyes, el juez las aplica.

También nos ilustra sobre los métodos de interpretación que se utilizan tanto por los jueces internacionales para atender casos específicos controvertidos, como por otros operadores jurídicos encargados de asignar contenidos en términos

de los instrumentos internacionales, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por virtud de las opiniones que se le solicitan o incluso la propia Corte Interamericana, pues recordemos que acorde con la convención que le asigna su competencia desarrolla tanto funciones contenciosas como consultivas, si bien estas últimas no son de índole jurisdiccional o judicial, como de forma errónea sostienen algunos autores, pues no hay contienda entre partes, la nota distintiva de la jurisdicción.

El capítulo IV se dedica, en gran parte, al abordaje de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos (americano, europeo y africano), sus caracteres y las notas que distinguen a cada uno. La función judicial en el ámbito internacional, así como las decisiones de los jueces internacionales como fuente de derecho.

Se incorporan notas sobre la discrecionalidad en su actuación, referidas tanto al tribunal Europeo de Derechos Humanos como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues como se dijo antes, estas prácticas no le son ajenas. De esta última refiere que no tiene ni en el texto de la Convención ni en su desarrollo jurisprudencial, una herramienta interpretativa o argumentativa similar al margen de apreciación estatal. Mientras en el caso Europeo, “los jueces internacionales gozan de un espacio de decisión, que abren o cierran según concurran una buena cantidad de elementos, la Corte Interamericana descansa su argumentación sobre la comprobación de los hechos y la interpretación de los textos que le otorgan competencia”.

Para ilustrarlo se vale de tres casos o decisiones que pueden sobresalir frente a otras por su originalidad en los principios de interpretación y argumentación empleados, por la negación de la discrecionalidad de la Corte o bien por los defectos de lo ordenado a partir de la reparación: Caso Kimel Vs. Argentina; la Opinión Consultiva al artículo 55 de la Convención Americana, a cuyo procedimiento acudieron diversos Estados miembros de la OEA y la propia Comisión Interamericana, y organizaciones no gubernamentales, cuyo resultado visible no aceptado por la Corte fue una enmienda a la Convención por dicha vía. En tanto, el resultado visible aceptado fue la reforma al reglamento de la Corte en el que repitió lo expresado por ella misma en la solución a la opinión referida. Recordemos que la Corte tiene la aptitud de dictar su propio reglamento (noviembre de 2000) y las reglas procesales, entre otras, no son aprobadas ni por la Asamblea de la OEA ni por ninguno de los Estados miembros, y finalmente no podía faltar, el icónico caso a estas alturas: Radilla Pacheco Vs. México. Como bien afirma el autor, en él hay una verdad incontestable en la realidad jurídica mexicana: el derecho internacional pasó de ser un derecho puramente para los Estados, reservado a los diplomáticos y demás representantes de aquél, o a los funcionarios de organizaciones internacionales, a ser moneda común para los habitantes de una sociedad como la nuestra: “Pareciera que de pronto el derecho internacional nos alcanzó y aun no estábamos preparados para ello”.

En este caso, nos dice, la Corte Interamericana escogió el camino de las reparaciones para obligar a los poderes judiciales de varios Estados a ejercer control de convencionalidad. La decisión se basa en su amplitud para determinar reparaciones y por lo cual debe ser generosamente reconocida (despliega un amplio catálogo de ellas en cada uno de sus fallos, algunas tan novedosas como la

afectación al proyecto de vida: “Lo que la persona hubiera podido ser si la hubieran dejado”. “Que coincida nuestra vida proyectada; lo que queremos ser, con nuestra vida efectiva: lo que somos en realidad”, en palabras de Ortega y Gasset). Es claro que no se pueden reparar de la misma manera todas las violaciones de derechos humanos —asevera—, pero la Corte “no puede hacer todo aquello que desee por dos razones fundamentales. La primera, que sus sentencias son obligatorias, de ahí que si no se cumplen, pierda fuerza en su función”. Lo aceptó Chile, no así Trinidad y Tobago y Venezuela. Dominicana y Uruguay todavía lo discuten por conducto de sus cortes constitucionales. Cambiar o no una constitución es una decisión del pueblo de cada Estado, no de un tribunal subsidiario. La segunda razón es “que no es democrático, bajo ninguna circunstancia, permitir que un tribunal subsidiario (o cualquier otra organización internacional que no tenga funciones de integración) asuma una función para la que no ha sido creado y para lo cual no se encuentra originariamente legitimado”.

Con toda razón, desde una perspectiva que comparto y celebro en su totalidad, cierra la idea con la afirmación siguiente:

“La obligación del Estado mexicano de actuar conforme con normas internacionales no se origina por la decisión de un tribunal internacional (cualquiera que este sea), sino por la expresión de la voluntad de crear una norma, establecida en un tratado internacional. Esto significa que el problema planteado de si los jueces nacionales están obligados a controlar la Convención por ‘orden de otra Corte’ (como se ordena en el párrafo 339 de la sentencia), en este caso la Interamericana, no es en realidad un problema. Los jueces están obligados. Insistimos: no por dicho de la Corte Interamericana, sino por la voluntad del Estado mexicano, su representante) al adherirse a la CADH”.

En total acuerdo con el autor, sólo agregaría que en sus interpretaciones en su carácter de Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, la Suprema Corte mexicana expresó la voluntad del Estado cuando mediante criterios jurisprudenciales (caso Radilla Pacheco) refrendó los términos de la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana para todos los jueces nacionales. Puede apreciarse que el resultado es similar, pero no igual: se observan los criterios (*que no jurisprudencia*) de la Corte IDH, porque así lo determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, cuyos criterios sí obligan a todos los jueces nacionales.

Por último, la obra contiene un interesante Epílogo en torno al nuevo panamericanismo a partir de la función judicial; en él, de modo concluyente, el autor compromete sus ideas sobre el papel que les corresponde a los jueces internacionales, los que deben estar claros de sus limitaciones en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y actuar con prudencia y en consecuencia, para mantener “vivo” el instrumento de derechos humanos que tutelan. Se espera que honren su actividad, no que la desdoren con un activismo en el que creen obligaciones para los Estados surgidas de la nada jurídica.

Mi respeto y profunda admiración para el autor y la obra reseñados.

SECCIÓN INTERNACIONAL

ACUERDO TRANSPACÍFICO DE COMERCIO, EN RELACIÓN AL SECTOR DE ENERGÍA Y RECURSOS NATURALES

THE TRANSPACIFIC PARTNERSHIP AGREEMENT IN RELATION TO THE ENERGY AND NATURAL RESOURCES SECTOR

ALAMIRO ALFARO ZEPEDA*

RESUMEN

El Tratado Transpacífico de Comercio suscrito con fecha 04 de febrero de 2016 constituye uno de los mayores acuerdos regionales de los últimos años. Este tratado da cuenta de la tendencia de regionalización del comercio internacional e inversiones, el cual ha logrado mayores acuerdos que las negociaciones recientes de acuerdos multilaterales bajo el amparo de la OMC. El capítulo de inversiones del TPP contiene un conjunto de estándares que favorecen el desarrollo de proyectos energéticos y de recursos naturales, presentando innovaciones dentro del derecho de inversiones.

Palabras clave: TPP; Inversiones; Energía, Recursos Naturales; OMC.

ABSTRACT

The Trans-pacific partnership agreement subscribed on 04 February 2016 constitutes one of the main regional agreement of the last years. This treaty is part of the regionalization trend of the international trade and investment, which has accomplished more and bigger agreements than the recent negotiation of multi-lateral agreements under the WTO. The investment chapter of the TPP contains different standards favouring the development of energy and natural resources projects, presenting different innovations under the investment law.

Keywords: TPP; investment; energy; natural resources, WTO.

Recibido:14/12/16 Aprobado: 25/02/17

* Master of Energy and Resources Law, Secretario Abogado Ilustre Municipalidad de Copiapó, correo electrónico: aalfaro@student.unimelb.edu.au.

I. INTRODUCCIÓN

Mientras que las negociaciones y debate en el marco de la Organización Mundial del Comercio ('WTO') continúan sin un mayor avance, la atención de la comunidad internacional se ha volcado respecto de una serie de tratados comerciales plurilaterales y regionales, con el Tratado Transpacífico de Comercio¹ ('TPP' por sus siglas en inglés, *Transpacific Partnership Agreement*) en el centro.² Este fenómeno no es exclusivo de este tratado, también se encuentra en la negociación el Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversiones ('TTIP' por sus siglas en inglés *Transatlantic Trade and Investment Partnership*),³ o acuerdos ya existentes como la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático ('ASEAN'),⁴ y como el controversial NAFTA.⁵

Este fenómeno de negociación simultanea de nuevos tratados multilaterales regulando un amplio espectro de temas, tales como comercio en diversos bienes, servicios, propiedad intelectual e inversiones, ha provocado un sinnúmero de interrogantes, potenciales conflictos y problemas.⁶ Durante la negociación del TPP, y por cierto ahora que su contenido es de conocimiento del público, ha surgido la principal interrogante respecto cual será el impacto de estos tratados adicionales de comercio e inversión en la autonomía regulatoria nacional.

El 4 de febrero de 2016, doce países, incluyendo los Estados Unidos, Japón, Malasia, Vietnam, Singapur, Brunéi, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, México, Chile y Perú, representando el 40% del comercio mundial suscribieron el Tratado Transpacífico de Comercio. Aún sujeto a los procesos de ratificación de cada país, el TPP establece el área de libre comercio más grande del mundo, e incluso antes de la conclusión de las negociaciones diversos estados ya habían manifestado su interés por acceder al TPP. Recién el día 5 de noviembre del año pasado su contenido fue revelado al público por primera vez, luego de haber concluido las negociaciones en el mes de octubre de dicho año, bueno sin contar la publicación de algunas partes en forma previa por WikiLeaks.⁷ El tratado comprende treinta capítulos, numerosos anexos y un conjunto de acuerdos accesorios y reservas. A

¹ Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (*Trans-pacific Partnership Agreement*), Estados Unidos—Japón—Malasia—Vietnam—Singapur—Brunéi—Australia—Nueva Zelanda—Canadá—México—Chile—Perú (suscripto con fecha 04 febrero 2016).

² TANIA VOON, 'Introduction: National Regulatory Autonomy and the Trans-Pacific Partnership Agreement' en *Trade liberalisation and international co-operation: a legal analysis of the Trans-Pacific Partnership Agreement*, 1a edición, Cheltenham, Reino Unido, 2013, pág. 1.

³ Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión, (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) Estados Unidos—Unión Europea (En negociación).

⁴ Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (*Association of Southeast Asian Nations*), Malasia, Indonesia, Brunéi, Vietnam, Camboya, Laos, Birmania, Singapur, Tailandia y Filipinas, (fundada con fecha 08 agosto 1967).

⁵ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*North American Free Trade Agreement*), Canadá—Estados Unidos—México, 32 ILM 605 (1993) (en vigor 1 enero 1994).

⁶ VOON, op. cit., 1.

⁷ *Secret Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) - Environment Consolidated Text*, WIKILEAKS, <https://wikileaks.org/tpp-enviro> (Última visita 24 noviembre 2016); *Secret Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) - Environment Chairs Report*, WIKILEAKS, <https://wikileaks.org/tpp-enviro> (Última visita 24 noviembre 2016).

su turno, el capítulo 9 establece un conjunto de reglas y garantías respecto a inversiones, comprendiendo garantías substanciales y nuevos procedimientos de resolución de controversias entre inversionistas y estados miembros.

El TPP tiene origen en el denominado grupo P-4, comprendiendo a Brunei, Chile, Nueva Zelanda y Singapur, quienes comenzaron negociaciones de un potencialmente innovador tratado de libre comercio, llamado *Transpacific Strategic Economic Partnership Agreement*, en español, Acuerdo Transpacífico Estratégico de Asociación Económica, suscrito en Julio de 2005.⁸ Las negociaciones con los otros países que se sumarían al TPP, incluyendo a Australia, Malasia, Perú, los Estados Unidos y Vietnam comenzaron en Melbourne el 2010,⁹ Canadá y México se sumarían el 2012,¹⁰ para finalmente unirse Japón el 2013,¹¹ terminando con doce miembros.

Habiendo sido negociado en secreto, el TPP ha recibido un conjunto creciente de críticas desde ONGs y actores preocupados por sus efectos en políticas ambientales, de salud, seguridad y trabajo. Por ejemplo, en 2012 el partido verde de Aotearoa en Nueva Zelanda, y los partidos verdes de Australia y Canadá publicaron una declaración conjunta en la cual señalaron “Más que otro tratado más de comercio, las disposiciones del TPP podrían impedir el acceso a medicinas más seguras y asequibles, debilitar reglas de contenido local en los medios de comunicación, sofocar la innovación en tecnología, e incluso restringir la habilidad de futuros gobiernos para legislar en razón del bien público y el medioambiente.¹²

La presente ponencia propone que el TPP favorecerá el desarrollo y establecimiento de proyectos en el área de energía y recursos naturales, esto debido a la promoción de la coherencia regulatoria, y en el establecimiento de mayores garantías para las inversiones, representadas por las garantías de trato nacional y trato justo y equitativo. El TPP por sí mismo no restringe la capacidad de los estados para establecer medidas para el bienestar de sus ciudadanos, por el contrario, reconoce el derecho de los estados para regular estas materias, siempre que se haga en una forma coherente, no discriminatoria ni arbitraria.

bre 2016); Press Release, WikiLeaks, Secret Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) - Environment Consolidated Text (Última visita 24 noviembre 2016), <https://wikileaks.org/tpp-enviro/pressrelease.html>.

⁸ *Ibid.*

⁹ Ver, Update on the first round of Trans-Pacific Partnership (TPP) negotiations – a strong start, Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, <<http://dfat.gov.au/trade/agreements/tpp/news/pages/update-on-the-first-round-of-trans-pacific-partnership-tpp-negotiations-a-strong-start.aspx>> (Última visita 24 noviembre 2016). Adicionalmente, ver: MEREDITH KOLSKY LEWIS, ‘Expanding the P-4 Trade Agreement into a Broader Trans-Pacific Partnership: Implications, Risks and Opportunities’ (2009) 4 *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, 401.

¹⁰ Office of the United States Trade Representative, ‘Trans-Pacific Partnership Leadership Statement’ (Press Release, 9 Septiembre 2012); International Centre for Trade and Sustainable Development, ‘Mexico, Canada Receive Invite to Trans-Pacific Trade Talks’ (20 June 2012) 16(24) Bridges Weekly Trade News Digest (online).

¹¹ Ver, Office of the United States Trade Representative, ‘Joint Statement of TPP Ministers: Trans-Pacific Partnership Ministers Chart Path Forward on Key Issues and Confirm Next Steps on Japan’s Entry’ (Press Release, 20 April 2013); International Centre for Trade and Sustainable Development, ‘Japan Gets TPP Invite, as APEC Calls for Faster WTO Talks’ (25 April 2013) 17(14) Bridges Weekly Trade News Digest (online).

¹² Press Release, Green Party of Aotearoa New Zealand, Joint Statement on the Trans-Pacific Partnership Agreement, <<https://home.greens.org.nz/press-releases/joint-statement-trans-pacific-partnership-agreement-green-party-aotearoa-new-zealand>>, (Última visita 24 noviembre 2016).

Después de la introducción, la segunda sección analiza el fenómeno de la proliferación de tratados regionales o plurilaterales de comercio e inversión. La tercera parte de esta ponencia estudia el capítulo de inversiones del TPP, en particular respecto de las garantías de trato nacional y trato justo y equitativo, considerando las particularidades del sector energético y de recursos naturales. La cuarta parte analiza el capítulo de coherencia regulatoria, con referencia a la realidad latinoamericana.

Esta ponencia concluye que el TPP por sí mismo no restringe el derecho de los Estados a regular, en particular respecto de temáticas ambientales, sino que por el contrario exige el establecimiento de políticas y medidas regulatorias coherentes, acorde a las garantías de trato nacional y de trato justo y equitativo, las cuales, por cierto, ya garantizan países como Chile y México, ambos partes de la OCDE.

II. REGIONALIZACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL

La reciente suscripción del TPP forma parte del fenómeno de la regionalización del comercio internacional, tendencia que se ha desarrollado en oposición o como contrapartida de tratados multilaterales o globales. Desde hace varios años que se ha hecho evidente que el éxito de la era GATT (por sus siglas en inglés, General Agreement on Tariffs and Trade)¹³ no podido ha sido replicado o incrementado, y que el sistema multilateral de comercio con base en la OMC se encuentra lejos de alcanzar un logro real en mayor liberalización.¹⁴ Incluso cuando la OMC ha logrado atraer a países como China y Rusia, y el mecanismo de solución de controversias ha funcionado adecuadamente, las negociaciones bajo el alero de esta institución han producido solo resultados menores.¹⁵

Es así que las principales naciones en el comercio mundial se han enfocado en promover mega acuerdos a modo de segunda opción. En efecto podemos encontrar el recientemente suscrito TPP, el aún en negociaciones TTIP; el ASEAN; y la todavía en proceso Asociación Económica Comprensiva Regional o RCEP (*Regional Comprehensive Economic Partnership*), el cual pretende ampliar el ASEAN a China, Corea, Japón, India, Nueva Zelanda, y Australia.¹⁶ Estos mega acuerdos regionales han atraído la atención de la comunidad comercial internacional en los últimos años, mientras que las negociaciones multilaterales bajo la

¹³ Acuerdo de Marrakesh estableciendo la Organización Mundial del Comercio (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization), abierto para suscripción 15 Abril 1994, 1867 UNTS 3 (en vigor desde 1 enero 1995) anexo 1A ('Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio').

¹⁴ EUGENIO BRIALES GÓMEZ-TARRAGONA Y DANIELA GÓMEZ-ALTAMIRANO, 'The Tpp: How to Facilitate Business Through Legislative and Regulatory Reform?' (2015) 21(2) *ILSA Journal of International & Comparative Law* 369, 369.

¹⁵ Ver: Presentación, JEFFREY J. SCHOTT, Can Mega-Regionals Support Multilateralism? Presented at the OECD Global Forum on Trade: "Reconciling Regionalism and Multilateralism in a Post-Bali World" (Feb. 11, 2014), available at <http://www.oecd.org/tad/events/OECD-gft-2014-mega-regionalsmultilateralism-schott-presentation.pdf> (last visited Jan. 27, 2015).

¹⁶ JEFFREY J SCHOTT ET AL, 'Implications of the Trans-Pacific Partnership for the World Trading System' (2016) 8 <<https://ideas.repec.org/p/iie/pbrief/pb16-8.html>>.

ronda de Doha siguen sin alcanzar acuerdo, e incluso aparecen como estancadas.¹⁷ De esta forma, el TPP se ha convertido en el ejemplo más reciente de esta nueva generación de mega acuerdos regionales, que reúnen a un número creciente de países, abarcando más comercio y flujos de inversión que los tratados de libre comercio anteriores.¹⁸

El fenómeno de la regionalización del comercio internacional se ha desarrollado en forma conjunta con otra tendencia, esto es, la Cooperación Regulatoria Internacional o IRC (*International Regulatory Cooperation*). De acuerdo a Bull y su equipo investigador, existen tres principales motivos detrás de ésta tendencia y que por cierto se vinculan con el fenómeno de la regionalización antes señalado.¹⁹ El primero es la búsqueda de beneficios económicos mutuos a través de la liberalización del comercio y las inversiones.²⁰ En efecto, la reducción de barreras regulatorias y de otra índole promueve mercados más competitivos, precios bajos, difusión de la innovación y tecnología, mejorando el bienestar de los consumidores, al igual que otros beneficios obtenidos a través de la liberalización de los mercados domésticos y estructuras regulatorias.²¹

El segundo motivo es de carácter estratégico, donde el TTIP ha sido denominado como la OTAN económica.²² El TPP junto con el TTIP representan aproximadamente dos tercios de la economía mundial, dejando a los Estados Unidos en una posición privilegiada. Si el TTIP es exitoso en promover un alto grado de los estándares regulatorios de Estados Unidos y la Unión Europea, sus medidas regulatorias, enfoque, y sus acuerdos referentes a inversiones y propiedad intelectual, podría significar que dichas medidas se conviertan de facto como los estándares globales, restaurando la supremacía de Estados Unidos y Europa en la OMC y otros cuerpos multilaterales.²³ Por otra parte, a través del TPP, Estados Unidos y Japón han logrado sumar en la integración económica y reforma gubernamental a diversos países del pacífico para por una parte contrarrestar la influencia de China y por otra promover sus respectivos objetivos económicos.²⁴

El tercer motivo, ha sido el fortalecimiento de la capacidad de los Estados para entregar protección legal o regulatoria a sus ciudadanos. En la medida que la Cooperación Regulatoria Internacional genera mayor actividad económica a nivel internacional y el respectivo aumento de la prosperidad, pueden también

¹⁷ Ver: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/dda_s.htm.

¹⁸ World Economic Forum, *Mega-Regional Trade Agreements Game-Changers or Costly Distractions for the World Trading System?*, Global Agenda Council on Trade & Foreign Direct Investment, July 2014.

¹⁹ REEVE T BULL ET AL, ‘New Approaches to International Regulatory Cooperation: The Challenge of TTIP, TPP, and Mega-Regional Trade Agreements’ (2015) 78(4) *Law and Contemporary Problems* 3.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Ver: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>, 6.

²² C. BOYDEN GRAY, Issue Brief for Atlantic Council Global Business and Economics Program, *An Economic NATO: A New Alliance for a New Global Order*, <<http://www.atlanticcouncil.org/publications/issue-briefs/an-economic-nato-a-new-alliance-for-a-new-global-order>>, (Última visita 24 noviembre 2016).

²³ BULL et al, above n 13, 3.

²⁴ *Ibid.*; Respecto de la actitud de China con el TPP, ver, MICHAEL MING DU1, ‘Explaining China’s Tripartite Strategy Toward the Trans-Pacific Partnership Agreement’ (2015) 18(2) *Journal of International Economic Law* 407.

generar efectos adversos originados por deficiencias de los mercados operando en escalas globales.²⁵ Debido al incremento de la integración económica, cambios tecnológicos y el auge de las cadenas de suministro globales, la cooperación intergubernamental se ha vuelto indispensable para regular aquellos vacíos regulatorios, ya sea en mercados financieros como en la protección del medioambiente, salud pública o seguridad.²⁶ En este sentido, las deficiencias regulatorias en una jurisdicción pueden terminar afectando a otras, compeliendo a los reguladores domésticos a ceder o compartir su autoridad con sus contrapartes extranjeras para lograr sus objetivos.²⁷

Claramente la cooperación regulatoria internacional sería mucho más difícil de lograr en un foro multilateral como la OMC, por lo que los Estados desde un tiempo a ésta parte han enfocado sus esfuerzos en iniciativas regionales como las descritas precedentemente. Sin embargo, han surgido numerosas críticas desde movimientos preocupados por las condiciones medioambientales, de salud, seguridad y trabajo, quienes ven en la cooperación regulatoria internacional, particularmente en el caso de mega acuerdos como el TPP, una tendencia a disminuir los estándares de protección existentes, lo que se refuerza con presiones para aumentar la competitividad y por fenómenos de mínimo común denominador en los regímenes de cooperación regulatoria internacional que incluye a países en desarrollo.²⁸ En la última parte de esta ponencia se analizará este tema en mayor profundidad en relación al capítulo de coherencia regulatoria contenido en el TPP.

III. INVERSIONES EN EL TPP, TRATO NACIONAL Y TRATO JUSTO Y EQUITATIVO. PRINCIPALES TEMAS RELACIONADOS CON INVERSIONES EN LA INDUSTRIA ENERGÉTICA Y DE RECURSOS NATURALES

A. *Las características propias de la Industria Energética y de Recursos Naturales*

Los proyectos de energía y recursos naturales se caracterizan por ser a largo plazo y por requerir altos niveles de inversión en capital.²⁹ En el caso de la industria de recursos naturales, el desarrollo de proyectos también comprende altos niveles de riesgo, desde las etapas de exploración, desarrollo y producción.³⁰ Adicionalmente, los proyectos a largo plazo en estas industrias también se ven afectados por el riego soberano del país receptor de la inversión, en donde estos proyectos pueden ser sustancialmente afectados por cambios en la tributación, establecimiento de royalties, o regulaciones de salud, seguridad, laboral y ambiental.

²⁵ Bull et al, above n 13, 4.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid* 7; ver además, STEVEN MUFSON, Obama's Environmental Allies Not Buying His Trade Pitch on Climate, WASHINGTON POST, <https://www.washingtonpost.com/business/economy/obamas-environmental-allies-not-buying-his-trade-pitch-on-climate/2015/06/16/b91964a6-1378-11e5-9ddc-e3353542100c_story.html>, (última visita 24 noviembre 2016).

²⁹ Hedge, above n 4, 400.

³⁰ *Ibid.*

tales.³¹ Esta combinación de riesgos, altos costos, el tamaño y complejidad de los proyectos energéticos y de recursos naturales exige la colaboración de consorcios de participantes con suficientes capacidades técnicas y fortaleza financiera.³²

La energía, por otro lado, es uno de los factores esenciales de producción, tan necesario como la mano de obra, capital, tecnología y recursos naturales en el desarrollo de las sociedades.³³ De acuerdo al profesor Albert Bressand, la industria energética difiere de los otros sectores en la economía en cuatro formas.³⁴ La primera se encuentra dada por la intensidad de capitales que requiere esta industria. La segunda, debido a la particular naturaleza de mucha de la infraestructura de transmisión y distribución de energía, las que gozan de un carácter monopólico. La tercera forma en que difiere de otros sectores, es debido a la importancia de la renta económica, y los potenciales conflictos respectos a su distribución. La cuarta y por cierto más importante, y también relacionada con la seguridad de la inversión, es el significativo rol del estado en la propiedad, control, y desarrollo de los recursos energéticos, con importantes implicaciones respecto al papel de la política, regulación y geopolítica.³⁵

En efecto, los proyectos de energía y recursos naturales son políticamente sensibles toda vez que pueden afectar, en la práctica, la soberanía de los estados sobre sus recursos naturales.³⁶ Industrias como la petrolera y gasífera son consideradas por muchos países como sectores estratégicos y con implicaciones para la seguridad nacional.³⁷ Este es justamente el caso de México y Chile, donde el primer país consagra en el artículo 28, inciso cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como áreas estratégicas la extracción de minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos.³⁸ En el caso de Chile, el artículo 19 N° 24, en sus incisos sexto al décimo establece el dominio eminente del Estado Chileno sobre todos los recursos naturales, declarando además como no susceptibles de concesión a los hidrocarburos líquidos o gaseosos, los que se pueden explorar y explotar únicamente por el Estado en forma directa, o por medio de concesión administrativa o contratos especiales de operación.³⁹ Estos aspectos son aún más relevantes cuando Empresas Estatales tienen participación en la industria, ya sea en algún grado o en forma

³¹ *Ibid.*

³² ALAN MILLHOUSE Y KARLA FRASER, ‘Financing Joint Ventures’, in: W D Duncan (ed), *Joint Ventures Law in Australia*, 3a edición, Sydney, Australia, 2012, pág. 150.

³³ ALBERT BRESSAND, ‘The Role of Markets and Investment in Global Energy’, en: ANDREAS GOLDTHAU (ed), *The Handbook of Global Energy Policy*, 1a edición, Chichester, Reino Unido, 2013), pág. 15.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.* 14.

³⁶ JOACHIM KARL, ‘FDI in the Energy Sector: Recent Trends and Policy Issues’ en ERIC DE BRABANDERE Y TARCISIO GAZZINI (eds), *Foreign Investment in the Energy Sector, Balancing Private and Public Interests*, 1a edición, Leiden, Países Bajos, 2014, vol 2, pág. 14.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 28 inciso 4º.

³⁹ Constitución Política de la República de Chile, art. 19 N° 24, incisos 6º al 10º.

exclusiva, por ejemplo, el caso de PEMEX en México, o de CODELCO (Corporación Nacional del Cobre) o ENAP (Empresa Nacional del Petróleo) en Chile.⁴⁰

Debido a estas características las inversiones en el sector de Energía y Recursos Naturales se encuentran más expuestas a riesgos políticos y regulatorios, particularmente respecto a la posibilidad de que las reglas existentes al tiempo de la inversión puedan cambiar.⁴¹ En efecto, las autoridades públicas pueden cambiar las reglas aplicables una vez que la inversión ya se ha efectuado y los costos ya han sido soportados por el inversionista.⁴² Adicionalmente, este tipo de proyectos pueden tener importantes efectos en la salud humana, seguridad, medioambiente y derechos humanos.⁴³ En consecuencia, el impacto de los riesgos políticos y regulatorios tienen una especial significancia en proyectos de largo plazo y que requieren fuertes inversiones en capital.⁴⁴

B. El capítulo de Inversiones en el TPP

Desde las negociaciones del TPP los países partes han buscado abarcar la regulación internacional de la inversión extranjera, cuestión fundamental para las partes. Aunque aún las leyes y regulaciones domésticas constituyen la parte más concreta y detallada del derecho aplicable a la inversión extranjera ('FDI' *Foreign Direct Investment*), el actual sistema se ha vuelto cada día más dependiente de acuerdos internacionales de inversión (o 'IIA' *International Investment Agreements*).⁴⁵ Estos acuerdos comprenden una serie de obligaciones para las partes con el objeto de garantizar un entorno empresarial estable y favorable para los inversionistas extranjeros.⁴⁶ Estas obligaciones se relacionan con el tratamiento que reciben los inversionistas extranjeros y sus inversiones en el país receptor por las autoridades nacionales, así como para asegurar que los inversionistas tienen la capacidad para realizar ciertas operaciones claves relacionadas con su inversión.⁴⁷

En términos generales, el TPP provee mecanismos de protección adicional para los inversionistas extranjeros en los países parte del tratado, estos incluyen: protección en caso de expropiación arbitaria; compensación por perdidas en caso de conflicto armado, conflictos civiles o estados de emergencia; garantías para poder transferir libremente utilidades y remesas de una inversión protegida por el tratado; protección a las inversiones mediante el otorgamiento de estándares mínimos de trato justo y equitativo, y total protección y seguridad.⁴⁸

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ WHITSITT Y BANKES, op. cit., 210.

⁴² ANATOLE BOUTE, 'The Potential Contribution of International Investment Protection Law to Combat Climate Change' (2009) 27 *Journal of Energy & Natural Resources Law (International Bar Association)* 333, 337.

⁴³ JOACHIM KARL, op. cit., 14.

⁴⁴ BOUTE, op. cit., 337.

⁴⁵ JULIEN CHAISSE, 'TPP Agreement' in CL LIM, DEBORAH KAY ELMS AND PATRICK LOW (eds), *The Trans-Pacific Partnership*, 1a edición, Cambridge, Reino Unido, 2012, pág. 147.

⁴⁶ *Ibid.* 149.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (*Trans-pacific Partnership Agreement*), Estados Unidos—Japón—Malasia—Vietnam—Singapur—Brunei—Australia—Nueva Zelanda—Canadá—México—Chile—Perú (suscripto con fecha 04 febrero 2016), capítulo 9.

El capítulo de inversiones del TPP comienza con una serie de definiciones basada en las prácticas existentes. Para efectos del TPP se entiende por inversión cualquier activo que reúna las características de inversión, tales como el compromiso de capitales, la expectativa de una ganancia, o la asunción de un riesgo.⁴⁹ Mientras que el capítulo de inversiones del TPP protege primariamente a los inversionistas e inversiones de otra de las partes del TPP, los artículos en relación con los requisitos de desempeño (*perfomance requirements*, art. 9.10) y medidas regulatorias ambientales y de salud (Art. 9.16), se aplican vis-à-vis a todas las inversiones de las partes.⁵⁰

En esta parte, realizaremos algunos comentarios respecto a los estándares de trato nacional (*National Treatment*); trato da nación más favorecida (o ‘MFN’, *Most-Favoured-Nation Treatment*); estándar minino de trato (Minimum Standard of Treatment); la relación con las empresas de propiedad estatal (‘SOEs’, *State owned enterprises*); y expropiación y compensación.

1. Trato Nacional (*National Treatment*)

Bajo el artículo 9.4 del TPP los estados partes se obligan a otorgar a los inversionistas e inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a sus propias inversiones e inversionistas en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, y venta u otro tipo de disposiciones de las inversiones.⁵¹ Este artículo consagra la conocida garantía de trato nacional, y en particular no representa una nueva concepción, ni contiene elementos que difieran de lo existente en otros tratados de libre comercio, notándose claramente la influencia de los Estados Unidos en su redacción. Por ejemplo, el artículo 9.4 del TPP es exactamente igual que el artículo 10.2 del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos.⁵² Igual es el caso del artículo 1102 del NAFTA.⁵³ Lo mismo ocurre con el Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos con Colombia, con el cual capítulo de inversiones del TPP comparte un 81% de similitud.⁵⁴

La determinación de cuando nos encontramos en circunstancias similares (like circumstances) entre inversionistas e inversiones depende de la totalidad de las circunstancias, comprendiendo las distinciones inspiradas de conformidad a objetivos legítimos de política pública.⁵⁵ De esta forma el TPP ha reconocido la práctica existente en la jurisprudencia arbitral, donde se ha reconocido a los países

⁴⁹ *Ibid*, definición de inversión.

⁵⁰ WOLFGANG ALSCHNER Y DMITRIY SKOUGAREVSKIY, ‘The New Gold Standard? Empirically Situating the TPP in the Investment Treaty Universe’ (17) *The journal of world investment & trade* 339, 342.

⁵¹ Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (*Trans-pacific Partnership Agreement*), Estados Unidos—Japón—Malasia—Vietnam—Singapur—Brunei—Australia—Nueva Zelanda—Canadá—México—Chile—Perú (suscripto con fecha 04 febrero 2016), art. 9.4 (1) – (3).

⁵² Free Trade Agreement, Chile—US, (suscripto con fecha 06 junio 2003) art. 10.2.

⁵³ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*North American Free Trade Agreement*), Canadá—Estados Unidos—México, 32 ILM 605 (1993) (en vigor 1 enero 1994), art. 1102.

⁵⁴ ALSCHNER Y SKOUGAREVSKIY, op.cit., 341.

⁵⁵ *Ibid*, 342.

la facultad para distinguir entre inversionistas e inversiones a propósito de medidas que establezcan diferencias no basadas en su origen.⁵⁶

2. Trato de Nación Más Favorecida (*MFN treatment*)

El artículo 9.5 contiene la obligación de otorgar un trato no menos favorable para las inversiones e inversionistas de las partes del TPP, que las que conceden, en iguales circunstancias, a las inversiones e inversionistas de otras naciones, sean parte o no del tratado, respecto con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, y venta u otro tipo de disposiciones de las inversiones.⁵⁷

Lo interesante de esta garantía es la interrelación que tendrá con tratados internacionales de inversión ya existentes y que contienen cláusula de trato de nación más favorecida. En efecto, los compromisos hechos por los países miembros del TPP tendrán que ser extendidos a terceros países que tienen tratados internacionales de inversión con alguno de los países del TPP.⁵⁸ Actualmente el TPP se sobrepone con 35 acuerdos de inversión, tales como el NAFTA y diversos tratados de libre comercio suscritos entre un conjunto de países miembros del TPP.⁵⁹ Por ejemplo, el trato de nación más favorecida tendrá que ser extendido a Tailandia y China (ambos con excepción de lo regulado en materia de solución de controversias) por cuanto estos países ya han suscrito diversos tratados internacionales de inversión con países del TPP.⁶⁰ Por otro lado, el impacto del TPP en el NAFTA; CAFTA y en diversos tratados internacionales de inversión o libre comercio suscritos por los Estados Unidos, todos los cuales contienen cláusulas de trato de nación más favorecida, tiene un efecto de carácter sistemático.⁶¹

Una de las particularidades de la cláusula de nación más favorecida, y como ocurre igualmente con la cláusula de trato nacional, es la inclusión del estableci-

⁵⁶ Ver: Drafters' Note on Interpretation of 'In Like Circumstances' Under Article 9.4 (National Treatment) and Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment) referring specifically to Archer Daniels Midland, et al v United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/04/05, Award (21 November 2007) and Grand River Enterprises Six Nations Ltd et al v United States of America, UNCITRAL, Award (12 January 2011). Ver además, NICHOLAS DIMASCIO Y JOOST PAUWELYN, 'Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?' (2008) 102 AJIL 48.

⁵⁷ Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (*Trans-pacific Partnership Agreement*), Estados Unidos—Japón—Malasia—Vietnam—Singapur—Brunei—Australia—Nueva Zelanda—Canadá—México—Chile—Perú (suscripto con fecha 04 febrero 2016), art. 9.5 (1) – (3).

⁵⁸ Respecto de casos en donde se ha aplicado la cláusula de trato de nación más favorecida, ver: Paushok and ors v Mongolia, Award on Jurisdiction and Liability, Ad hoc-UNCITRAL Arbitration Rules (2011), paras. 250-255; LESI SpA and ASTALDI SpA v Algeria, ICSID Case No ARB/05/3; (2008); Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, Award, ICSID Case No ARB/03/29 (2009), para.155; Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v Kazakhstan, Award, ICSID Case no ARB/05/16 (2008), para. 575.

⁵⁹ ALSCHNER Y SKOUGAREVSKIY, op. cit., 341.

⁶⁰ JULIEN CHAISSE, 'TPP Agreement: Towards Innovations in Investment Rule-Making' in *The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-first Century Trade Agreement*, 1a edición, Cambridge, Reino Unido, 2012, pág. 151.

⁶¹ *Ibid.*

miento y adquisición de las inversiones, añadiendo una esfera adicional de liberalización al capítulo de inversiones.⁶²

3. Estándar mínimo de trato (Minimum Standard of Treatment)

En lo que dice relación al estándar mínimo de protección, el TPP ha seguido la práctica en materia de tratados de Estados Unidos y Canadá, equiparando las nociones de trato justo y equitativo (fair and equitable treatment, o FET) y de total protección y seguridad con el estándar mínimo internacional de trato.⁶³ Adicionalmente, el TPP clarifica que la frustración de las expectativas de un inversionista o la reducción de un subsidio o beneficio previamente concedido, no constituye violación del estándar mínimo de trato, aun cuando se deriven pérdidas para el inversionista.⁶⁴

Este punto resulta sumamente relevante a la hora de estudiar la evolución del trato justo y equitativa en la jurisprudencia arbitral. A este respecto, el TPP pretende prevenir disputas como la ocurrida en el caso Clayton and Bilcon con Canadá, en donde el gobierno canadiense fue condenado a compensar a estos inversionistas, por diversos motivos, aceptando el argumento de los demandantes respecto a que la decisión del panel revisor conjunto dentro del proceso de evaluación de impacto ambiental, vulneró sus legítimas expectativas basadas tanto en la ley federal como provincial y por el ambiente de negocios promovido por las autoridades de gobierno.⁶⁵

Bajo la actual doctrina y jurisprudencia de los tribunales arbitrales, cuando el standard de trato justo y equitativo no se encuentra definido (también llamado como '*autonomous FET standard*') debe ser interpretado en forma amplia, comprendiendo, entre otras cosas, el derecho a un ambiente de negocios y marco jurídico estable y predecible, además de las garantías del debido proceso. En general, una violación del estándar de trato justo y equitativo puede surgir cuando un estado receptor aplica regulaciones que se alejan de las legítimas expectativas hechas por un inversionista al tiempo que realizó su inversión. Los esfuerzos del TPP para definir el estándar de trato justo y equitativo en términos de estándar mínimo de trato, refleja la intención de los estados partes para delimitar su ámbito de aplicación, y hacer más predecible la aplicación del estándar. Sin embargo, aún es debatible si existe una diferencia material entre la interpretación moderna del estándar de trato mínimo como derecho internacional consuetudinario y el estándar autónomo de trato justo y equitativo.

En relación con las expectativas de los inversionistas los artículos 9.6 (4) y (5) del TPP, aclaran que el mero hecho de que el acto u omisión de un Estado

⁶² ALSCHNER Y SKOUGAREVSKIY, op. cit., 343.

⁶³ Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (*Trans-pacific Partnership Agreement*), Estados Unidos—Japón—Malasia—Vietnam—Singapur—Brunei—Australia—Nueva Zelanda—Canadá—México—Chile—Perú (suscripto con fecha 04 febrero 2016), Art 9.6 and Annex 9-A.

⁶⁴ *Ibid*, Art 9.6(4) and (5).

⁶⁵ RALPH CLAYTON, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability (17 March 2015) [Bilcon], párrafos [447]–[450], [591], [604].

receptor de inversión sea inconsistente con las expectativas de los inversionistas, aun cuando se derive daño como resultado, no constituye una violación al estándar de trato justo y equitativo; y a que el mero hecho que un subsidio o beneficio sea reducido, eliminado, no renovado o mantenido tampoco constituye violación al estándar. Estas disposiciones son novedosas en el marco del derecho internacional de las inversiones, y podrían implicar en la práctica que un inversionista tenga que acreditar algunos elementos adicionales, tales como discriminación o arbitrariedad de parte del estado receptor de inversiones, a fin de probar que el Estado ha violado el estándar de trato justo y equitativo. Esto podría cambiar el enfoque del análisis de los tratados de inversión por parte de los tribunales arbitrales, respecto a si el Estado violó las expectativas del inversionista o si el Estado tenía el derecho de actuar en la forma en que lo hizo (independientemente de las expectativas del inversionista). Finalmente, la cuestión de si el artículo 9.6 (4) restringe o altera el ámbito de aplicación de aplicación del estándar de trato justo y equitativo permanecerá como una interrogante que tendrá que ser resuelta en la jurisprudencia del TPP.

4. Empresas Estatales (*State Owned Enterprises, ‘SOEs’*)

Pese a que la regulación respecto a las empresas de propiedad estatal no se encuentra dentro del capítulo de inversiones del TPP, si se relaciona y resulta aplicable en la medida que estas empresas compiten con los inversionistas y sus inversiones, estableciendo el TPP un conjunto de reglas tendientes a evitar un trato discriminatorio. Este tema, como ya habíamos señalado anteriormente, resulta particularmente relevante tratándose del sector energético y de recursos naturales, por tratarse de actividades estratégicas en países como Chile o México, y por contar con una alta participación de empresas estatales.

Tratándose de las industrias de energía y recursos naturales, la participación del Estado es importante, particularmente en países en desarrollo. Si bien tratándose de Chile y México este capítulo no es diverso de lo existente, donde las empresas estatales en materia de energía y recursos naturales compiten en igual de condiciones que las empresas privadas (resultado de la reforma energética en México; y de la concepción liberal de la Constitución Chilena), en otros países tales como Malasia y Vietnam este tema fue controversial, y solo pudo ser resuelto a través del establecimiento de excepciones, en el caso de Malasia a favor de su compañía nacional de petróleo o PETRONAS; y en el de Vietnam el de sus empresas estatales ligadas con el área de defensa.

El objetivo de éste capítulo es asegurar que las empresas estatales o determinados monopolios de los países del TPP, no tengan un trato discriminatorio a hacia las empresas, bienes o servicios de las otras partes. En muchos casos las empresas estatales proveen servicios públicos, pero en otros, sirve de medio para una extensa participación del Estado en la economía, lo que puede distorsionar la competencia en detrimento de las empresas particulares, nacionales o extrajeras.⁶⁶

⁶⁶ <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Chapter-Summary-State-Owned-Enterprises.pdf>.

Esto puede ocurrir cuando las empresas estatales reciben ventajas o beneficios de los gobiernos, tales como financiamiento preferente, incluyendo el obtenido a través de bancos estatales; provisión de bienes o servicios desde el gobierno o desde otras empresas estatales a precios preferenciales o libres de cargo; subsidios directos o perdón de deudas, u otras preferencias. Las negociaciones del TPP concluyeron en un extenso y claro capítulo 17, estableciendo nuevas reglas y obligaciones específicas para las partes, respecto a cuándo se relacionen con sus empresas estatales o con las empresas estatales de otros de los países partes.⁶⁷

Es así que el artículo 17.4 contempla la obligación para las partes cuando sus empresas estatales participan de actividades comerciales, respecto a otorgar un trato no menos favorable que el otorgado a similares productos, servicios o inversiones, que aquellos prestados por sus propias empresas.⁶⁸

No obstante, los avances y las obligaciones establecidas en este capítulo, se ven limitadas debido a la inclusión de una extensa lista de excepciones, además de las excepciones generales establecidas en el texto del capítulo. De ésta forma, solo el tiempo dirá si estas nuevas disposiciones pueden remediar suficientemente las distorsiones en el comercio e inversión por parte de la conducta de las empresas estatales en los territorios de las partes del TPP.

5. Expropiación y compensación

Mientras que tradicionalmente el derecho internacional de las inversiones se ha preocupado principalmente de la expropiación directa (que el Estado tome en propiedad los activos de un inversionista extranjero), las expropiaciones indirectas se han convertido en uno de los principales motivos de violación de tratados, y en la práctica son una parte de las reglas jurídicas internacionales de protección a las inversiones.

Es así que el artículo 9.8 del TPP señala que ninguna de las partes deberá expropiar o nacionalizar directa o indirectamente a través de medidas equivalentes a expropiación o nacionalización, excepto cuando se realice: a) Por motivos públicos o interés público; b) En una forma no discriminatoria; c) Mediante el pago de una compensación adecuada y efectiva; y d) Con respeto al debido proceso (*due process of law*).⁶⁹

Sin embargo, hoy por hoy no existe una clara definición de expropiación indirecta. Aunque existen diversas sentencias de tribunales internacionales y arbitrales referentes al tema, la distinción entre expropiación indirecta y medidas regulatorias gubernamentales que no requieren compensación, no ha sido claramente articulada y depende en los hechos y circunstancias específicas de cada

⁶⁷ INES WILLEMYNS, *Disciplines on State-Owned Enterprises in TPP: Have Expectations Been Met?*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Lovaina, Belgica, 2016, pág. 26.

⁶⁸ Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (*Trans-pacific Partnership Agreement*), Estados Unidos—Japón—Malasia—Vietnam—Singapur—Brunei—Australia—Nueva Zelanda—Canadá—México—Chile—Perú (suscripto con fecha 04 febrero 2016), art. 17.4.

⁶⁹ Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (*Trans-pacific Partnership Agreement*), Estados Unidos—Japón—Malasia—Vietnam—Singapur—Brunei—Australia—Nueva Zelanda—Canadá—México—Chile—Perú (suscripto con fecha 04 febrero 2016), art. 9.8 (1).

caso.⁷⁰ La fórmula adoptada por el TPP a éste respecto es similar a la del artículo 1110 del NAFTA.⁷¹ Dentro de la jurisprudencia que ha dado lugar el NAFTA, sin duda uno de los casos más relevantes es el caso de Metalclad Corporation contra los Estados Unidos Mexicanos.⁷²

Asimismo, la cláusula de expropiación contiene una formulación similar a lo que ocurre tratándose del estándar mínimo de protección, en cuanto comprende limitaciones al otorgamiento de subsidios y ayudas, y provee un anexo interpretativo, en el cual se especifica claramente que una demanda de expropiación indirecta requiere de un estudio caso a caso, basado en una investigación empírica de las medidas gubernamentales, y aclarando que las medidas establecidas en el interés público y que no sean discriminatorias no constituyen una expropiación compensable sino en excepcionales circunstancias.⁷³

IV. COHERENCIA REGULATORIA, EL GRAN DESAFÍO PARA LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

Uno de los objetivos declarados del TPP es lograr una mayor coherencia regulatoria en orden a “mejorar prácticas regulatorias, eliminar barreras innecesarias, reducir la divergencia regional en estándares, promover la transparencia, conducir procesos regulatorios en una manera que facilite el comercio, elimine redundancias en verificación y certificación, y promueva la cooperación en cuestiones regulatorias específicas”.⁷⁴

La inclusión de un capítulo de coherencia regulatoria en el TPP representa un avance mayor en el área de tratados preferentes de comercio (o *preferential trade agreements* ‘PTAs’).⁷⁵ La coherencia regulatoria fue uno de los objetivos declarados en las negociaciones del TPP, siendo éste tema impulsado principalmente por Estados Unidos, y con fuerte aporte de Australia y Nueva Zelanda, proponiéndose, por una parte, la eliminación de las barreras regulatorias innecesarias, y por otra lograr, que los sistemas regulatorios de los países miembros del TPP sean más compatibles y transparentes.⁷⁶ Mientras que las barreras tradicionales al comercio, tarifas y cuotas, han disminuido dramáticamente luego de décadas de negociaciones internacionales y de liberalización unilateral, las medidas que no constituyen tarifas, tales como regulaciones domésticas, han persistido e

⁷⁰ Ver, ANNE VAN AAKEN, ‘International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis’ (2009) 12(2) *Journal of International Economic Law* 507.

⁷¹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*North American Free Trade Agreement*), Canadá—Estados Unidos—México, 32 ILM 605 (1993) (en vigor 1 enero 1994), art. 1110.

⁷² Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, [102] - [112].

⁷³ Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (*Trans-Pacific Partnership Agreement*), Estados Unidos—Japón—Malasia—Vietnam—Singapur—Brunei—Australia—Nueva Zelanda—Canadá—México—Chile—Perú (suscripto con fecha 04 febrero 2016), Art 9.8 y Anexo 9-B.

⁷⁴ IAN FERGUSSON et al., ‘The Trans-Pacific Partnership Negotiations and Issues for Congress’ (CRS Report for Congress No R42694, Congressional Research Service, 15 April 2013) 41, pág. 42-43.

⁷⁵ RODRIGO POLANCO, ‘The Trans-Pacific Partnership Agreement and Regulatory Coherence’ in *Trade Liberalisation and International Co-operation* (Edward Elgar Publishing, 2013) 231, 231.

⁷⁶ THOMAS J BOLLYKY, ‘Regulatory Coherence in the TPP Talks’ in CL Lim, Deborah Kay Elms and Patrick Low (eds), *The Trans-Pacific Partnership* (Cambridge University Press, 2012) 171, 171.

incrementado su importancia como determinantes de acceso al mercado y de la integración económica.⁷⁷

Las regulaciones domésticas constituyen herramientas esenciales para la promoción de la salud pública, la seguridad, el resguardo del medioambiente, los derechos de los ciudadanos, y para asegurar el funcionamiento adecuado de los mercados.⁷⁸ Sin embargo, estas regulaciones pueden obstaculizar o impedir el comercio internacional. Si las regulaciones domésticas son aplicadas desproporcionadamente a los proveedores extranjeros pueden limitar el comercio tanto como las tarifas, cuotas u otro tipo de medidas protecciónistas. A este respecto, la OMC ha reconocido cada vez más que la efectiva aplicación de buenas prácticas regulatorias es clave para minimizar las barreras innecesarias al comercio.⁷⁹

Esta área es uno de los mayores desafíos para los países en desarrollo que son parte del TPP. Mientras que en países desarrollados el uso de instrumentos tales como la evaluación del impacto regulatorio, es una práctica institucionalizada,⁸⁰ en el caso de los países en desarrollo es una cuestión aún incipiente.

Finalmente, es interesante poder ligar este capítulo con las obligaciones establecidas en el capítulo de inversiones. El uso de buenas prácticas regulatorias constituye la forma en que los países miembros del TPP pueden continuar legislando y estableciendo regulaciones domésticas para alcanzar objetivos ambientales, de protección de la salud, seguridad, trabajo, y otras medidas que se dicten para el bienestar de la ciudadanía. En la medida que dichas regulaciones no sean arbitrarias o discriminatorias y sean el producto de buenas prácticas regulatorias, estarán amparadas bajo el TPP. En definitiva, el llamado del TPP es a regular, pero en forma racional, no discriminatoria ni arbitraria.

V. CONCLUSIONES

El tratado transpacífico de Comercio es el desarrollo más reciente de mega acuerdos de comercio e inversiones, siendo parte de la tendencia de regionalización del comercio internacional, constituyendo hasta el momento la mayor área de libre comercio en el mundo. Por otra parte, la conclusión del TPP viene a demostrar la preferencia de diferentes países respecto a tratados de libre comercio de carácter regional, en perjuicio de negociaciones de instrumentos globales o multilaterales en el ámbito de la OMC y del GATT. Las razones por dicha preferencia

⁷⁷ National Association of Manufacturers. 2010. “Comments of National Association of Manufacturers on the United States-Trans-Pacific Partnership Trade Agreement” (FR-USTR-2009-0041). Disponible en: <www.nam.org/~media/5EAF574B2E3141B0880E34910657B9D1/NAM_FR_Comments_on_Japan_Canada_and_Mexico_01_13_12_FINAL.pdf>, última visita 25 noviembre 2016; BRILLIANT, M. 2010. “Comments Concerning the Proposed Trans-Pacific Strategy Economic Partnership Agreement,” Statement of US Chamber of Commerce; ROCHELLE, P.S. 2009. “Re: U.S. Trade Representative, Request for Comments Concerning Proposed Trans-Pacific Partnership Trade Agreement (TPP),” Federal Register 74: 66720. Grocery Manufacturers Association (GMA).

⁷⁸ BOLLYKY, op. cit., 172.

⁷⁹ *Ibid* 174–175.

⁸⁰ DELIA RODRIGO, *Regulatory Impact Analysis in OECD Countries: Challenges for Developing Countries*, June 2005 27.

son principalmente la búsqueda de beneficios económicos mediante negociaciones más acotadas; razones de tipo estratégico o de geopolítica; y para fortalecer la capacidad de los estados para entregar protección legal o regulatoria a sus ciudadanos y compañías.

Las industrias de energía y recursos naturales por sus características propias requieren de garantías e instrumentos que les otorguen un marco regulatorio estable, a fin de poder reducir los riegos políticos y regulatorios, los que tienen un gran impacto en proyectos de largo plazo y que precisan de importantes inversiones en capital. Estos riegos se ven claramente reducidos con las garantías y obligaciones establecidos en el capítulo de inversiones del TPP, a través de estándares de trato nacional, trato de nación más favorecida, de trato mínimo y en consecuencia de trato justo y equitativo, además de la competencia justa con las empresas estatales, y con reglas claras en materia de expropiación directa e indirecta.

Pese a todas las críticas que el TPP ha atraído, principalmente al haber sido negociado en secreto, sin permitir el involucramiento de diversos actores, debemos señalar que el TPP no representa un peligro o una limitación de regulaciones que busquen el bien público, por el contrario, reconociendo el derecho de soberano de cada estado a regular materias de orden ambiental, de salud, seguridad, y trabajo, llama a las partes a regular en forma racional, coherente, fundamentada en evaluación del impacto regulatorio, y promoviendo buenas prácticas que otorguen mayor estabilidad y seguridad. Es así que se concluye que una cuestión es el establecimiento de políticas pública en búsqueda del bien común, y otra es el establecimiento de medidas discriminatorias, arbitrarias, o derechamente proteccionistas.

Con el triunfo reciente del Presidente Donald Trump, y su intención declarada de retirar a Estados Unidos,⁸¹ se ve en serio riesgo el proceso de ratificación por parte de los países miembros del TPP, donde para muchos países el acuerdo pierde relevancia sin la nación norteamericana. Es así que varios miembros del TPP han vuelto su mirada hacia China, ya sea buscando tratados de libre comercio bilaterales, o buscando ser parte del RCEP, la versión China del TPP.⁸² Sin perjuicio, el TPP puede ser la base para la creación de un mercado común asiático-pacífico, en la medida que se relacione con foros regionales tales como la APEC, posiciones que ha sido sostenida por países como Chile.⁸³

⁸¹ Nicky Woolf Justin McCurry in Jakarta and Benjamin Haas in Hong Kong, ‘Trump to Withdraw from Trans-Pacific Partnership on First Day in Office’ *The Guardian*, 22 November 2016 <<https://www.theguardian.com/us-news/2016/nov/21/donald-trump-100-days-plans-video-trans-pacific-partnership-withdraw>>.

⁸² Katharine Murphy Political editor, ‘Australia Signals Support for Chinese-Led Trade Deals to Replace TPP’ *The Guardian*, 17 November 2016 <<https://www.theguardian.com/world/2016/nov/17/australia-signals-support-for-chinese-led-trade-deals-to-replace-tpp>>.

⁸³ BioBioChile-La Red de Prensa Más Grande de Chile, *Bachelet Defiende Acuerdos Como El TPP Durante Cumbre de La APEC En Perú* (20 November 2016) BioBioChile - La Red de Prensa Más Grande de Chile <<http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2016/11/20/bachelet-defiende-acuerdos-como-el-tpp-durante-cumbre-de-la-apec-en-peru.shtml>>.

BIBLIOGRAFÍA

A. Artículos/Libros/Reportes

- AAKEN, Anne van, ‘International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis’ (2009) 12(2) *Journal of International Economic Law* 507.
- ALSCHNER, Wolfgang and Dmitriy Skougarevskiy, ‘The New Gold Standard? Empirically Situating the TPP in the Investment Treaty Universe’ (17) *The journal of world investment & trade* 339.
- BOLLYKY, Thomas J, ‘Regulatory Coherence in the TPP Talks’ in CL Lim, Deborah Kay Elms and Patrick Low (eds), *The Trans-Pacific Partnership* (Cambridge University Press, 2012) 171.
- ROUTE, Anatole, ‘The Potential Contribution of International Investment Protection Law to Combat Climate Change’ (2009) 27 *Journal of Energy & Natural Resources Law (International Bar Association)* 333.
- BRESSAND, Albert, ‘The Role of Markets and Investment in Global Energy’, in: Andreas Goldthau (ed), *The Handbook of Global Energy Policy* (Wiley, 2013) 15.
- BULL, Reeve T et al, ‘New Approaches to International Regulatory Cooperation: The Challenge of TTIP, TPP, and Mega-Regional Trade Agreements’ (2015) 78(4) *Law and Contemporary Problems*.
- CHASSE, Julien, ‘TPP Agreement: Towards Innovations in Investment Rule-Making’ in *The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-first Century Trade Agreement*, 1a edición, Cambridge, Reino Unido, 2012.
- _____, ‘TPP Agreement’ in CL Lim, Deborah Kay Elms and Patrick Low (eds), *The Trans-Pacific Partnership*, 1a edición, Cambridge, Reino Unido, 2012.
- DIMASCIO, Nicholas and Joost Pauwelyn, ‘Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?’ (2008) 102 *AJIL* 48.
- FERGUSSON, Ian et al., ‘The Trans-Pacific Partnership Negotiations and Issues for Congress’ (CRS Report for Congress No R42694, Congressional Research Service, 15 April 2013).
- GÓMEZ-TARRAGONA, Eugenio Briales and Daniela Gómez-Altamirano, ‘The TPP: How to Facilitate Business Through Legislative and Regulatory Reform?’ (2015) 21(2) *ILSA Journal of International & Comparative Law* 369.
- JOACHIM, Karl, ‘FDI in the Energy Sector: Recent Trends and Policy Issues’, en Eric De Brabandere y Tarcisio Gazzini (eds), *Foreign Investment in the Energy Sector; Balancing Private and Public Interests*, 1a edición, Leiden, Países Bajos, 2014, vol 2.
- KOLSKY LEWIS, Meredith ‘Expanding the P-4 Trade Agreement into a Broader Trans-Pacific Partnership: Implications, Risks and Opportunities’ (2009) 4 *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 401.
- MILLHOUSE, Alan and Karla Fraser, ‘Financing Joint Ventures’, in: W D Duncan (ed), *Joint Ventures Law in Australia*, 3a edición, Sydney, Australia, 2012.

- MING DUL, Michael, ‘Explaining China’s Tripartite Strategy Toward the Trans-Pacific Partnership Agreement’ (2015) 18(2) *Journal of International Economic Law* 407.
- POLANCO, Rodrigo, ‘The Trans-Pacific Partnership Agreement and Regulatory Coherence’ en Tania Voon, *Trade Liberalisation and International Co-operation*, 1a edición, Cheltenham, Reino Unido, 2013).
- RODRIGO, Delia, *Regulatory Impact Analysis in OECD Countries: Challenges for Developing Countries*, June 2005.
- SCHOTT, Jeffrey J et al, ‘Implications of the Trans-Pacific Partnership for the World Trading System’ (2016) <<https://ideas.repec.org/p/iie/pbrief/pb16-8.html>>
- VOON, Tania, ‘Introduction: National Regulatory Autonomy and the Trans-Pacific Partnership Agreement’ in *Trade liberalisation and international co-operation: a legal analysis of the Trans-Pacific Partnership Agreement*, 1a edición, Edward Elgar Pub. Ltd., 2013.
- WILLEMYNS, Ines, Disciplines on State-Owned Enterprises in TPP: Have Expectations Been Met?, Leuven Centre for Global Governance Studies, Lovaina, Belgica, 2016.

B. Casos

- ARCHER DANIELS MIDLAND, et al v United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/04/05, Award (21 November 2007) and Grand River Enterprises Six Nations Ltd et al v United States of America, UNCITRAL, Award (12 January 2011).
- BAYINDIR INSAAT TURIZM TICARET VE SANAYI A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, Award, ICSID Case No ARB/03/29 (2009).
- LESI SpA and ASTALDI SpA v Algeria, ICSID Case No ARB/05/3; (2008).
- METALCLAD CORPORATION V. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.
- PAUSHOK AND ORS V MONGOLIA, Award on Jurisdiction and Liability, Ad hoc UNCITRAL Arbitration Rules (2011).
- Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v Government of Canada, *UNCITRAL, PCA Case No 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability* (17 March 2015) [Bilcon]
- RUMELİ TELEKOM AS and TELSİM MOBİL TELEKOMİKASYON HİZMETLERİ AS V KAZAKHSTAN, Award, ICSID Case no ARB/05/16 (2008).

C. Tratados

- Acuerdo de Marrakesh estableciendo la Organización Mundial del Comercio (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization), abierto para suscripción 15 Abril 1994, 1867 UNTS 3 (en vigor desde 1 enero 1995) anexo 1A (‘Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio’).
- Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (*Trans-pacific Partnership Agreement*), Estados Unidos—Japón—Malasia—Vietnam—Singapur—

Brunei—Australia—Nueva Zelanda—Canadá—México—Chile—Perú (suscrito con fecha 04 febrero 2016).

Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (*Association of Southeast Asian Nations*), Malasia, Indonesia, Brunéi, Vietnam, Camboya, Laos, Birmania, Singapur, Tailandia y Filipinas, (fundada con fecha 08 agosto 1967).

Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión, (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) Estados Unidos—Unión Europea (En negociación).

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*North American Free Trade Agreement*), Canadá—Estados Unidos—México, 32 ILM 605 (1993) (en vigor 1 enero 1994).

Tratado de Libre Comercio, Chile—Estados Unidos, (suscrito con fecha 06 junio 2003).

D. Otros

Brilliant, M. 2010. “Comments Concerning the Proposed Trans-Pacific Strategy Economic Partnership Agreement,” Statement of US Chamber of Commerce.

C. Boyden Gray, Issue Brief for Atlantic Council Global Business and Economics Program, *An Economic NATO: A New Alliance for a New Global Order*, última visita 24 noviembre 2016.

Constitución Política de la República de Chile.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

International Centre for Trade and Sustainable Development, ‘Japan Gets TPP Invite, as APEC Calls for Faster WTO Talks’ (25 April 2013) 17(14) Bridges Weekly Trade News Digest.

International Centre for Trade and Sustainable Development, ‘Mexico, Canada Receive Invite to Trans-Pacific Trade Talks’ (20 June 2012) 16(24) Bridges Weekly Trade News Digest.

National Association of Manufacturers. 2010. “Comments of National Association of Manufacturers on the United States-Trans-Pacific Partnership Trade Agreement” (FR-USTR-2009-0041), disponible en: <www.nam.org/~media/5EA_F574B2E3141B0880E34910657B9D1/NAM_FR_Comments_on_Japan_Canada_and_Mexico_01_13_12_FINAL.pdf>, última visita 24 noviembre 2016

Office of the United States Trade Representative, ‘Joint Statement of TPP Ministers: Trans-Pacific Partnership Ministers Chart Path Forward on Key Issues and Confirm Next Steps on Japan’s Entry’ (Press Release, 20 April 2013).

Office of the United States Trade Representative, ‘Trans-Pacific Partnership Leadership Statement’ (Press Release, 9 September 2012).

Office of the United States Trade Representative, Chapter Summary State Owned Enterprises, <<https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Chapter-Summary-State-Owned-Enterprises.pdf>>, última visita 24 noviembre 2014.

Organización Mundial del Comercio, *La roda de Doha*, disponible en <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/dda_s.htm>, última visita 25 noviembre 2016.

Organization for Economic Co-operation and Development, The OECD report on Regulatory Reform Systhesis, <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>>, última visita 24 noviembre de 2016.

Presentación, Jeffrey J. Schott, Can Mega-Regionals Support Multilateralism? Presented at the OECD Global Forum on Trade: “Reconciling Regionalism and Multilateralism in a Post-Bali World” (Feb. 11, 2014), <<https://www.oecd.org/tad/events/OECD-gft-2014-mega-regionals-multilateralism-schott-presentation.pdf>>, última visita 24 noviembre 2016.

Press Release, Green Party of Aotearoa New Zealand, Joint Statement on the Trans-Pacific Partnership Agreement (Aug. 19, 2012), <<https://home.greens.org.nz/press-releases/joint-statement-trans-pacific-partnership-agreement-green-party-aotearoa-new-zealand>>, Última visita 24 noviembre 2016.

Rochette, P.S. 2009. “Re: U.S. Trade Representative, Request for Comments Concerning Proposed Trans-Pacific Partnership Trade Agreement (TPP),” Federal Register 74: 66720. Grocery Manufacturers Association (GMA).

Secret Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) - Environment Consolidated Text, WIKILEAKS, <https://wikileaks.org/tpp-enviro> (last visited Mar. 30, 2016); *Secret Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) - Environment Chairs Report*, WIKILEAKS, <https://wikileaks.org/tpp-enviro> (last visited Mar. 30, 2016); Press Release, WikiLeaks, Secret Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) - Environment Consolidated Text (Jan. 15, 2014), <<https://wikileaks.org/tpp-enviro/pressrelease.html>>

Update on the first round of Trans-Pacific Partnership (TPP) negotiations – a strong start, Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade.

World Economic Forum, Mega-Regional Trade Agreements Game-Changers or Costly Distractions for the World Trading System?, Global Agenda Council on Trade & Foreign Direct Investment, July 2014 accessed 7 December 2015

Nicky Woolf Justin McCurry in Jakarta and Benjamin Haas in Hong Kong, ‘Trump to Withdraw from Trans-Pacific Partnership on First Day in Office’ The Guardian, 22 November 2016 <<https://www.theguardian.com/us-news/2016/nov/21/donald-trump-100-days-plans-video-trans-pacific-partnership-withdraw>>.

Katharine Murphy Political editor, ‘Australia Signals Support for Chinese-Led Trade Deals to Replace TPP’ The Guardian, 17 November 2016 <<https://www.theguardian.com/world/2016/nov/17/australia-signals-support-for-chinese-led-trade-deals-to-replace-tpp>>.

BioBioChile-La Red de Prensa Más Grande de Chile, Bachelet Defiende Acuerdos Como El TPP Durante Cumbre de La APEC En Perú (20 November 2016) BioBioChile - La Red de Prensa Más Grande de Chile <<http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2016/11/20/bachelet-defiende-acuerdos-como-el-tpp-durante-cumbre-de-la-apec-en-peru.shtml>>.

NOTAS SOBRE O “TERRORISMO DE ESTADO” NA SOCIEDADE BRASILEIRA

NOTAS SOBRE EL “TERRORISMO DE ESTADO” EN LA SOCIEDAD BRASILEÑA

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO*

RESUMO

O objetivo do presente estudo é analisar aspectos elementares do terrorismo como fenômeno social e principalmente político, trazendo um histórico evolutivo bem como características fundamentais de articulação, conceituando-o como elemento marcante de manifestação humana. O objetivo aqui não é tratar das diversas entidades ou associações terroristas ao largo do mundo, mas ajustar o foco para o chamado *Terrorismo de Estado*, aquele rol de ações adotado pelo Estado para alcançar seus objetivos por meio do terror e o faremos trazendo nossa atenção para a sociedade brasileira, contextualizando o nosso estudo, visando, por fim, dar uma contribuição ou contraponto crítico ao tema.

Palavras-chave: terrorismo; direito; terrorismo de estado; sociedade brasileira

RESUMEN

El objetivo del presente estudio es analizar aspectos elementales del terrorismo como fenómeno social y principalmente político, trayendo un histórico evolutivo así como características fundamentales de articulación, conceptuándolo como elemento marcante de manifestación humana. El objetivo aquí no es tratar de las diversas entidades o asociaciones terroristas a lo largo del mundo, sino ajustar el foco al llamado Terrorismo de Estado, aquel rol de acciones adoptado por el Estado para alcanzar sus objetivos por medio del terror y lo haremos trayendo nuestra atención hacia la sociedad brasileña, contextualizando nuestro estudio, buscando, por fin, dar una contribución o contrapunto crítico al tema.

Palabras clave: terrorismo; derecho; terrorismo de estado; sociedad brasileña

* Doutor em Direitos Fundamentais e Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino – ITE, Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Coordenador dos Cursos de Direito da Unicsul, sistema EAD; Pesquisador do CNPq; Professor Titular de Direito Público da Universidade Municipal de São Caetano do Sul, SP – USCS; parecerista; advogado atuante; autor de obras jurídicas. antonio@baetaminhoto.com.br

ABSTRACT

The major aim of this study is analyse elementary aspects of terrorism as a social, but specially political, phenomenon, bringing an evolutive historical view, as well its fundamental articulation characteristics, conceiving it as remarkable aspect on the human behavior. The focus here it's not talk about the several entities dedicated to terrorism all over the world, but adjust our attention for the *State Terrorism*, that actions list adopted by the State to get its goals through the terror, taking brazilian society as a scientifical issue, contextualizing our study and aiming to gives a critical counterpoint to the theme.

Key-words: terrorism; law; state terrorism; brazilian society

INTRODUÇÃO

O tema deste estudo certamente se insere num contexto maior, um campo de análise mais amplo, o do Estado de Direito, em que não somente esta instituição está em xeque, mas a sociedade erigida em torno dessa ideia.

O mundo contemporâneo, de fato, é bastante distinto daquele concebido em fins do século XVIII, tributário dos movimentos revolucionários norte-americano e francês, momento histórico em que a noção de um Estado edificado e limitado pela lei tomou forma e força de modo definitivo.

Aspectos importantes de nossa sociedade como democracia, forma de governo, direito das minorias, globalização, meio-ambiente, ocupam de modo natural a pauta de debates. Mas nenhum desses temas, com toda a sua complexidade e peculiaridades, guarda qualquer semelhança com o assunto a ser aqui tratado em termos de desafio à construção de uma sociedade de fato livre e civilizada.

O terrorismo, assim, não ocupa simplesmente um escaninho na pauta de temas candentes ligados à construção de uma sociedade livre, justa, igualitária em oportunidades e gozo de direitos. O terrorismo ameaça de modo pungente e real a existência dessa sociedade.

Eric David,¹ sobre o ponto, lembra que o terrorismo é crime que atenta contra direitos fundamentais do ser humano, consagrados e protegidos dentro de uma sistemática interna e internacional e, como consequência dessa sua natureza, compromete a estabilidade e a própria existência do Estado de Direito.

De modo bastante objetivo, o terrorismo contemporâneo apresenta-se como uma ruptura não somente do Estado de Direito, mas mesmo, e especialmente, de aspectos ligados aos direitos fundamentais e à democracia.

Nada obstante a extrema relevância do estudo do terrorismo, como acima apontado, importante registrar que o texto presente não tem a pretensão e nem ocupará o espaço pertinente e necessário para fazer um estudo completo sobre a questão em destaque, mas, antes, dedica-se a trazer algumas reflexões sobre um

¹ Le terrorisme en droit international: definition, incrimination, repression. In “*Reflexions sur la definicion et la repression du terrorisme*”. Henri Rolin (org). Bruxelles: Université de Bruxelles, 1974, p. 113.

aspecto específico, o do chamado *Terrorismo de Estado*, e, mais ainda, uma contextualização disso dentro da realidade brasileira.

Para fins didáticos, iremos dividir o presente estudo em duas abordagens: aspectos históricos do terrorismo e sua evolução ao longo do tempo, e terrorismo de Estado. Ao final, uma conclusão como alinhavo das ideias anteriormente expostas.

1. BREVE HISTÓRICO DO TERROR COMO ARMA DE PODER: DO CRIME POLÍTICO AO TERRORISMO

A origem do terrorismo remonta ao chamado crime político, presente entre nós desde a Roma antiga em que tal modalidade delitiva estava relacionada a uma ofensa extrema à majestade e à segurança interna,² ou, numa fórmula mais extensa, “*toda ofensa à pessoa e aos direitos soberanos do rei ou aos direitos públicos ou à liberdade dos cidadãos romanos*”.³

Isso foi especialmente aprofundado na idade média com o advento do crime de *lesa-majestade* – punido com a pena capital, delineando bem a gravidade com que era então visto – conceituado como um “*instrumento exclusivo de defesa do poder, criado por esse mesmo poder, não apenas para proteger sua legitimidade e estabilidade, mas para amparar seus excessos*”⁴.

O crime político, segundo as lições de Prado e Carvalho,⁵ pode ser analisado sob a perspectiva de três teorias distintas. Pela teoria objetiva, o crime político é aquele que atenta contra a existência do Estado enquanto organismo político, ameaçando sua organização político-jurídica.

Na mesma linha ora exposta, Galdino Siqueira observa que o crime político tem por objeto “*a Constituição e forma de governo, os poderes políticos e os direitos políticos, e não abrangem as condições existenciais do Estado, como a independência, a integridade, a dignidade*”⁶.

A teoria subjetiva já interpretará o crime político pelo fim perseguido, qualquer que seja a natureza do bem jurídico efetivamente atingido. Se a conduta for impulsionada por motivos políticos, pouco importa seja o crime, tecnicamente, comum.

Com uma leve alteração, Jimenez de Asúa defende que o crime político não pode ser interpretado exclusivamente com base no motivo impulsor do agente, exigindo que os fins perseguidos por aquele “*sejam de construção de regimes políticos ou sociais de feição avançada, orientados para o futuro*”⁷, levando o agente delinquente a agir no intuito de “acelerar” mudanças sociais, aspecto a ser analisado mais adiante.

² PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. Disponível em <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Delito%20pol%C3%A9tico%20e%20terrorismo.pdf>, acesso em 10 de junho de 2016.

³ RIESTRA, Juan Silva. *Los delitos políticos*. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1932, p. 7.

⁴ RUIZ-FUNES, Mariano. *Evolución del delito político*. México: Hermes, 1944, p. 49.

⁵ Op. cit.

⁶ Apud PRADO e CARVALHO, op. cit.

⁷ Apud Ídem, ibidem.

Por fim, a teoria mista, como o nome sugere, busca fundir ou amalgamar aspectos das duas teorias anteriores, harmonizando-as. Desse modo, a teoria mista exige, para caracterizar o delito em foco, que tanto a presença do bem jurídico a ser atingido como o desiderato e a intenção do agente sejam de natureza política.

A teoria mista certamente influenciou a redação do artigo 8º do Código Penal italiano cujo teor indica que “*para efeitos da lei penal, é delito político todo delito eu ofenda um interesse político do Estado, ou um direito político do cidadão*” e o mesmo artigo prossegue dispondo ser “*igualmente considerado crime político o delito comum determinado, no todo ou em parte, por motivos políticos*”.⁸

Entre nós, a posição de Nelson Hungria parece prevalecer e esta indica a adoção de uma teoria mista, eis que referido mestre, sobre os crimes políticos, afirma serem aqueles “*dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais*”.⁹

No entanto, e sem retirar a utilidade evidente de se estudar o crime político, observa-se que este guarda alguns pontos de contato com a atividade terrorista, não havendo, nada obstante, similitude perfeita entre os dois institutos.

Certamente o crime político pode ser praticado no âmbito de um ato terrorista, até porque a motivação daquele é política, como, quase sempre, é deste último também, muito embora, frise-se, o fundamento político “*não é uma constante do atuar terrorista (...) servindo-lhe frequentemente de motivação não apenas a revolta política, mas também o levante social e o protesto religioso*”.¹⁰

Assim, as características de um e de outro guardam especificidades bastante marcadas, atraindo tratamento analítico separado. Há inclusive uma linha interpretativa cujo foco é justamente expurgar do terrorismo seus aspectos políticos, notadamente pelas consequências que esse qualificativo possa trazer.

Com efeito, mesmo admitindo-se o terrorismo como uma modalidade de crime político, “*existe, por parte da doutrina e da jurisprudência, inegável resistência em qualificar o terrorismo como crime político, para evitar que possa receber tratamento jurídico mais favorável*”.¹¹ Outro autor indica o mesmo aspecto, com abordagem levemente distinta:¹²

Não se pode esquecer que o conceito de delito político é um conceito teleológico elaborado em função de um fim, que não é outro senão o de excluir da extradição

⁸ Do original, em italiano: “*Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offendere un interesse politico dello Stato, ovvero um diritto político del cidadino. È altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici*”. Disponível em <http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf>, acesso em 4 de setembro de 2016.

⁹ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 165-166. Heleno Claudio Fragoso apenas acrescenta, ao conceito de Hungria, o aspecto de inexistir crime político “*sem o especial fim de agir representado pelo propósito de atentar contra a segurança do Estado*”. Terrorismo e criminalidade política. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 35.

¹⁰ LAQUEUR, Walter. Reflexões sobre o terrorismo. “*Dialogo*”, v. 20, nº 4, p. 27. Do mesmo autor, ver ainda El Terrorismo Pos-moderno, Archivos del Presente, Madrid, nº 9.

¹¹ COSTA, Paulo José da. CERNICHIARO, Luiz Vicente. Direito penal na Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 253.

¹² CEREZO MIR, José. Curso de derecho penal español. V. 1. Madrid: Tecnos, 1996, p. 229-230.

os delinquentes políticos, dispensar-lhes um tratamento penitenciário especial, mais benévolos, e conceder-lhes, conforme o caso, a anistia. Somente os delinquentes políticos puros merecem esse tratamento de maior benevolência.

A postura acima destacada não é meramente ideológica. O crime político goza de certos benefícios, sendo o mais evidente deles o da não-extradicação. A extradição consiste na entrega de um criminoso por parte de um Estado a outro Estado para que este indivíduo possa ser julgado ou tenha cumprida pena a ela já imposta. Como no crime político a motivação é sempre ideológica, a não-extradicação evitaria a perseguição política do Estado solicitante em face do criminoso.

Assim, é de fato temerário estender esse mesmo tratamento ao terrorismo, conduta não apenas muito mais grave do que o crime político, mas no mais das vezes isenta de colorações ideológicas de cunho político.

O terrorista não corre o risco de ser perseguido em seu Estado de origem, ou mesmo no Estado solicitante da extradição, pela simples, mas suficiente razão de que tal perseguição é ínsita ao seu proceder e posta em marcha muitas vezes por uma coalizão de estados ou órgãos supranacionais coordenados entre si.

Outro aspecto, na verdade um desdobramento do quanto acima expusemos, é a clara objetividade ideológica do crime político, aspecto muitas vezes ausente no ato terrorista. Como bem registra Nelson Hungria sobre o agente que pratica o delito político, “*sua punição depende de seu insucesso. O celerado de hoje é o benemerito de amanhã*”.¹³

O ato terrorista, no particular, é muito mais fugidio, abstrato, incorpóreo. Tenha-se em mente, como ilustração, o homem-bomba envolvido em atividade religioso-terrorista e cujo mote é causar danos, morte, lesões, sofrimento. Inicialmente, ainda que seu desejo seja atingir específicas pessoas (como no caso do conflito entre palestinos e israelenses), certamente muitas outras não integrantes do grupo visado podem ser vítimas de seu ato.

Prosseguindo, importante observar que o terrorista age ciente do comprometimento final de sua própria vida naquela atividade, não usufruindo, portanto, dos benefícios de seu ato.

Tal aspecto não existe no crime político, a não ser como consequência indesejada, ou seja, havendo insucesso na empreitada criminosa, o agente agressor é preso ou morto, mas certamente não deseja tal resultado e nem o aceita como algo inescapável.

De todo modo, o crime político, como vimos, se apresenta apenas como um embrião e como um antecedente histórico do ato terrorista e do terrorismo e, estando isso claro, avançaremos de modo especial em relação a este último daqui em diante.

Ponto importante a se destacar aqui é a tendência atual de se desvincular terrorismo e crime político. Parece ser bastante clara a razão de ser dessa distinção: evitar que o terrorismo se beneficie do tratamento jurídico-legal dado ao

¹³ HUNGRIA, op cit., p. 168.

crime político, algo previsto, no caso do Brasil, no inciso LII do artigo 5º da CF de 1988 – “*não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião*”.¹⁴

Prosseguindo, o termo terrorismo deriva da junção de duas expressões latinas, *terrere* (tremer) e *deterre* (amedrontar). Remonta em sua delimitação histórica e conceitual, sem dúvida, ao tempo da Revolução Francesa e seu chamado “Período do Terror” (1792-1794), em que mais de 17.000 (dezessete mil) pessoas foram mortas, sendo 5000 (cinco mil) na guilhotina, supostamente por serem “inimigas da Revolução”.¹⁵

Certamente o conceito de fundo da conduta então adotada era intimidar ao máximo os que eram vistos como obstáculos aos objetivos da Revolução. Com um constrangimento de tal magnitude, em que perseguir era uma ante-sala de extinguir ou matar, não causa surpresa que os classificados como entraves à Revolução desaparecessem ou se calassem.

No caso específico do movimento francês, ainda havia uma forte motivação ideológica nos atos de terror —o que, como veremos, nem sempre está presente no ato terrorista de modo absoluto— e, como nos lembra Soboul, essa intimidação extrema acabou gerando o efeito inverso ao pretendido, gerando dispersão, paralisação e ao final dissolução da base popular e social de apoio aos jacobinos, muito embora o mesmo autor ora citado tenha concluído ter sido o terror um instrumento necessário de defesa dos valores fundantes da Revolução.¹⁶

O terrorismo, bem de se ver, causa ou faz nascer de modo bastante natural uma postura de grande surpresa, espanto e até choque, dada a usual magnitude de seus atos num sentido violento ou agressivo.

Nada obstante, como bem lembra Raymond Aron, “*um rápido olhar pela história da raça humana revela uma série infindável de conflitos entre cidades, províncias, raças, religiões, nações, impérios*”¹⁷, daí porque o terror pode, quando muito, representar uma situação extrema em termos de conduta inserida numa linha histórica, mas não é, de modo algum, algo descolado dessa mesma história ou mesmo da natureza humana, conflitiva por si mesma.

Prosseguindo, buscar uma definição do que seja terrorismo pode ser empreitada cuja dificuldade não justifica a eventual obtenção de um resultado final. Mas, de outro lado, se afigura útil direcionar-se para um conceito do termo, algo mais pessoal e menos finalístico do que uma definição.

¹⁴ “Em se tratando de terrorismo, avulta a tendência de não considerá-lo crime político. Conforme o exposto, cuida-se de delito comum e, desse modo, não é amparado pela inextratabilidade aquele que o pratica, o que em muito contribui para evitar o aparecimento e a disseminação de redutos onde prevaleça a impunidade. A legislação pátria prevê, de consequência, a concessão da medida extradicional na hipótese de criminalidade terrorista (art. 77, §3º, Lei 6815/1980)”. PRADO E CARVALHO, op. cit.

¹⁵ O Comitê de Salvação Pública, criado em 6 de abril de 1793, comandava os exércitos e administrava as finanças públicas da França na época da Revolução Francesa. Sob o poder dos jacobinos, o órgão instituiu uma política de terror e perseguição no bojo da Revolução Francesa. Seu mais destacado líder foi Maximilien de Robespierre, guilhotinado, o entanto, em julho de 1794. Ao final desse mesmo ano, o Comitê foi extinto, bem como o Período do Terror. Para maiores informações sobre o período de terror da Revolução Francesa, ver <http://www.historia.uff.br/nec/revolucao-francesa-o-terror>, acesso em 13 de julho de 2016.

¹⁶ SOBOUL, Albert. História da Revolução Francesa. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1974, p. 57.

¹⁷ ARON, Raymond. Paix et guerre entre les nations. Paris: Deciemme, 1962, p. 64.

Entre nós, José Cretella Junior conceitua terrorismo como o “*conjunto de atos da mais extrema violência cometidos por organizações que pretendem criar climas de insegurança ou desestabilizar governos ou partidos que estão no poder*”,¹⁸ conceito útil mas incompleto, eis que localiza terrorismo somente em entidades não estatais, sendo que também o Estado, como veremos mais adiante, pode agir com vistas a “*criar climas de insegurança ou desestabilizar governos*”.

Já Stohle Lopez vêem terrorismo na “*ação deliberada ou ameaça de violência com o fito de gerar medo e/ou um comportamento de aquiescência numa vítima e/ou público da ação ou da ameaça*”,¹⁹ concepção satisfatória a nosso sentir, contemplando de modo mais sintético, e ao mesmo tempo mais amplo, os elementos presentes em qualquer ato terrorista, seja ele estatal ou não-estatal.

Guillermo Julio Vargas Jaramillo traz uma noção bastante objetiva e ao mesmo tempo peculiar de terrorismo, eis que destaca um aspecto, digamos, mais pragmático deste tipo de ação, observando que “*el terrorismo y en especial el terrorismo internacional es ante todo un mecanismo de bajo costo para atacar a un adversário sin recurrir a un conflicto abierto*”²⁰

Citando Wolfgang Sofsky, Martonio Mont’alverne Barreto Lima nos lembra que “*o terror, portanto, conhece inúmeras formas de violência, agentes e circunstâncias*” e, quanto à força e à objetividade do ato terrorista, se trata de “*uma técnica universal da política do poder e da comunidade. Isso porque a violência é uma linguagem que não permite mal-entendidos*”, na sequência arremata o autor alemão: “é possível discutir a respeito das palavras, não a respeito da dor”.²¹

No próximo tópico iremos abordar a questão do chamado *Terrorismo de Estado*, buscando analisar como isso pode se dar, trazendo de modo especial uma reflexão sobre a realidade brasileira, contextualizando, portanto, o tema.

2. TERRORISMO DE ESTADO

O terrorismo não é exclusividade de organizações sociais, civis, paramilitares ou não governamentais, incluindo sob seu manto ideológico também o Estado como instituição. Plenamente possível, assim, adotar o Estado recursos, estratégias, instrumentos e até bases ideológicas típicas do terrorismo.

¹⁸ CRETELLA JUNIOR, José. Comentário à Constituição Brasileira de 1988. V. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 174.

¹⁹ STOHL, M.; LOPEZ, G. A. The state as terrorist. Connecticut: Grenwood, 1984, p. 43.

²⁰ JARAMILLO, Guillermo Julio Vargas. Los nuevos retos del derecho internacional humanitario: los conflictos desestructurados y el terrorismo internacional. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, ano 5, vol. 5, numero 5, 2004, p. 93-108.

²¹ Wolfgang Sofsky, *apud* LIMA, MartonioMont’alverne Barreto. Terrorismo: o desafio da construção da democracia. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Ano 5, Vol. 5, 2004, p. 145-150. Numa linha de maior objetividade no trato do tema, similar a de Sofsky, Jaramillo observa que “*el terrorismo y en especial el terrorismo internacional es ante todo um mecanismo de bajo costo para atacar a um adversário sin recurrir a um conflicto abierto*”. JARAMILLO, Guillermo Julio Vargas. Los nuevos retos del derecho internacional humanitario: los conflictos desestructurados y el terrorismo internacional. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Ano 5, Vol. 5, 2004, p. 93-108.

Há que se ponderar, contudo, sobre quando e em que circunstâncias o aparato estatal está realmente sendo utilizado de forma a aterrorizar a sociedade como um todo ou grupos sociais específicos e quando há uma simples interpretação neste sentido, estimulada notadamente por razões ideológicas pré-compreendidas.

Tomando a parte final do acima comentado como referência, há vários estudiosos, pesquisadores e jornalistas defendendo que numa sociedade em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, em que há patente desigualdade, desequilíbrio de oportunidades e injustiça social, o tratamento dispensado pelo Estado aos mais carentes e vulneráveis é comparável a atos de terrorismo.

Silvio Caccia Bava, por exemplo, reconhecendo que atos terroristas têm baixa incidência na América Latina e no Brasil, pontua, no entanto, que “*a violência urbana aponta para a existência de um terrorismo de Estado, traduzido na violência de órgãos policiais contra a população civil, sobretudo jovens, negros e pobres*”, concluindo serem tais indivíduos “vítimas de um genocídio silencioso que requer medidas urgentes para sua erradicação”.²²

Juan Luis Berterretche segue linha semelhante à acima exposta, elencando cinco razões para se reconhecer no Estado brasileiro contemporâneo um exemplo de atuação terrorista: racismo estrutural e institucional; tortura sistemática nas prisões e instalações estatais; genocídio de crianças, jovens e adultos negros nas delegacias, favelas e periferias; matanças e execuções sumárias por grupos de extermínio e milícias de favelas e; genocídio indígena.²³

Em estudo sobre o tema, e sob o sugestivo título: “*Por uma lei antiterrorismo de Estado. Ou não sobrará ninguém*”,²⁴ Marta Rodriguez de Assis Machado e Guilherme Leite Gonçalves seguem o mesmo caminho antes apontado, tomando por referência de seu estudo crítico o projeto de lei nº 2016/2015, nomeado informalmente de *lei antiterrorismo*, sendo que o foco principal de tal estudo é expor o risco da pretendida lei aos movimentos sociais, sujeitos a uma criminalização qualificada pelo terrorismo.

Sem embargo, os autores não se limitam a observar o risco citado. Machado e Gonçalves engrossam o coro do terrorismo de Estado, afirmando que “*se há algum tipo de terrorismo na história brasileira, é o terrorismo de Estado*”, pon-

²² Terrorismo de Estado, Le Monde Diplomatique Brasil, Dezembro de 2015. Opinião similar pode ser encontrada em Roberto Amaral, Paris e as lágrimas de crocodilo, Carta Capital, Novembro de 2015. Também Marcelo Zero, em um texto seu nominado O lado invisível do terrorismo, segue a mesma linha aqui exposta, comentando o seguinte: “*No caso específico do Brasil, a discrepância é descomunal. Não temos terrorismo estrito senso, mas temos muita violência urbana, inclusive a cometida por órgãos policiais contra a população civil, especialmente contra jovens negros e pobres, vítimas de um genocídio silencioso e invisível. Essa violência ‘naturalizada’ e cotidiana, uma espécie de terrorismo de Estado, não desperta a comoção que costumam provocar atentados terroristas no Ocidente. Mas é com esse terrorismo invisível que devemos mais nos preocupar*”. Disponível em <http://brasildebate.com.br/o-lado-invisivel-do-terrorismo/>, acesso em 19 de setembro de 2016.

²³ Brasil e o terrorismo de Estado. Disponível em <http://desacato.info/brasil-e-o-terrorismo-de-estado/>, acesso de 19 de setembro de 2016.

²⁴ Le Monde Diplomatique Brasil, Dezembro de 2015.

tuando ainda estar ele presente como um “padrão cotidiano de repressão estatal nas favelas e periferias”²⁵

Especificamente com relação ao projeto de lei já mencionado, observam os autores destacados que o texto legal em foco é composto de “expressões indeterminadas e maleáveis, capazes de comportar, a gosto ou conforme ideologia do intérprete, condutas e contextos dos mais diversos possíveis”, colocando a todos “sob o risco da perseguição e de limitações injustas a direitos, isto é sob o risco de nos tornarmos os inimigos ‘terroristas’”²⁶ e inclusive defendem não existir contornos claros para ato terrorista que, assim, “ninguém sabe o que é”²⁷.

Tais visões, nada obstante, carecem de uma visão técnica mais apurada. Voltamos aos riscos da adoção de uma base ideológica prévia ou antecedente à própria análise pretendida. Os autores acima mencionados claramente partem de uma concepção pré-compreendida, e fortemente pessoal bem como ideológica, para então analisar os fatos, ou a sociedade, ou a dinâmica dessa sociedade.

A esse respeito, note-se que Machado e Gonçalves, sintomaticamente, criticam o projeto de lei objeto de seu estudo alegando se basear este em expressões indeterminadas ou vagas, aparentemente sem se darem conta de que ao afirmarem a possibilidade de tais expressões poderem ser interpretadas “a gosto ou conforme ideologia do intérprete”, incluíram a si próprios em tal possibilidade com suas reflexões.

A opressão estatal sobre a população pobre, especialmente nos grandes centros urbanos, é uma realidade. Não há como sequer se fazer qualquer tipo de contraponto aqui. No “Mapa da Violência”, tradicional estudo sobre a violência no Brasil, fica claro que, para dados publicados em 2015, os jovens de periferia (18 a 24 anos) são as maiores vítimas da violência com armas de fogo (resultando em óbitos ou lesões severas).²⁸

Caso se agregue a etnia ao presente dado, tomado os negros como referência, há um substancial incremento em sua vitimização, de tal modo que o jovem negro, pobre e residente em comunidades carentes de centros urbanos é a maior e mais sentida vítima da violência na sociedade brasileira contemporânea.

Isso não é interpretação, isso é leitura de estatísticas, de dados objetivos. Já traçar ligação disso com uma estratégia terrorista adotada livre e deliberadamente pelo Estado é algo bem distinto. Acolhendo-se a linha dos estudiosos antes mencionados, se teria que aceitar ser uma “política pública” o chamado extermínio dessa mesma população jovem, negra e pobre por parte do Estado, algo carente de comprovação e, sejamos francos, tese claramente panfletária.

Convém lembrar, por sua utilidade, que em todos os Estados modernos o uso da violência legal ou consentida é uma sua característica, como bem pontuou

²⁵ Idem, ibidem.

²⁶ Idem, ibidem.

²⁷ Idem, ibidem.

²⁸ Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf, acesso em 5 de setembro de 2016.

Max Weber²⁹, mas também Norberto Bobbio³⁰, dentre outros doutrinadores. A violência é, pois, ínsita à ação estatal.

Sobre o ponto ora destacado, o coordenador do departamento de Ciência Política da PUC-RJ, Eduardo Raposo, faz interessante observação no sentido de que quando “*o povo se reconhece na ordem política, ele aceita a violência do Estado. Quando ele não se reconhece, acontecem as revoltas contra os Estados autoritários*”.³¹

Figure-se o exemplo do policial. O uso da violência, na atividade policial, não apenas é permitida como pode bem ser uma obrigação ligada a tal função. Com efeito, se um policial deixa de reprimir um crime ou de prender um suspeito de cometimento de crime por não empregar a violência necessária, poderá responder disciplinar e criminalmente por isso, bastando lembrar aqui do crime de prevaricação.

A discussão, por outro lado, sobre se essa violência é bem ou mal empregada, ou se é empregada de modo seletivo —discussão essa, obviamente, de extrema relevância— corre como que em paralelo em relação à violência estatal em si, tomada em separado.

O Estado não é terrorista por, simplesmente, fazer uso da violência em algumas de suas ações. Isso não é suficiente para caracterizar ato terrorista. A violência, isoladamente, não pode ser tomada como elemento caracterizador de uma ação terrorista, menos ainda quando o agente do ato violento é o Estado. E tampouco poderia tal qualificativo se fazer presente somente pelo fato das vítimas de tais atos serem pobres, negras, jovens e residirem em periferias urbanas.

O que existe, e como já se afirmou acima, é o emprego da violência estatal como meio de obtenção de um certo equilíbrio social, uma forma de manter os conflitos sociais em níveis aceitáveis, e esse procedimento, de fato, atinge de modo especial a população mais pobre, e de forma ainda mais especial a parcela parda/negra dessa mesma população, notadamente nas periferias das grandes cidades brasileiras.

Obviamente a seletividade apontada indica um Estado que cumpre mal ou simplesmente descumpre com suas funções e atividades perante parcela específica da população. Só que isso não é terrorismo e tentar traçar similitude entre uma coisa e outra, ainda mais para fins claramente ideológicos, não é correto do ponto de vista científico.

²⁹ Observa Weber: “*o Estado é uma relação de homens dominando homens, relação mantida por meio da violência legítima (isto é, considerada como legítima). Ele é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território*”. Ciência e Política: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 1991, p. 58.

³⁰ Observa Bobbio “(...) a evolução do ordenamento jurídico se exprime não na restrição, mas na ampliação do aparato sancionador. Estamos inclinados a considerar um ordenamento tanto mais ‘jurídico’ (o Estado de direito é um Estado em que o controle jurídico foi-se ampliando e, portanto, é mais ‘jurídico’ do que um Estado de polícia) quanto mais aperfeiçoada é a técnica da sanção”. Teoria geral da política. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 130.

³¹ Disponível em <http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2011/09/politica-e-violencia-de-estado-sob-o-olhar-do-sociologo-max-weber.html>, acesso em 20 de junho de 2016.

O enquadramento do terrorismo e do ato terrorista como objeto de estudo não pode ser refém de opções políticas, ideológicas ou até mesmo pessoais, idiossincráticas, algo que tornaria seu estudo algo puramente subjetivo.

Por outro lado, há uma indagação simples a atrair a nossa atenção: *poderia* o Estado agir como uma instituição terrorista ou praticar atos com inspiração e objetivos típicos de uma ação terrorista? A resposta só pode ser positiva, como já se havia indicado no início desse tópico.

Já se observou que o ato terrorista visa não apenas manifestar-se com clara violência, mas que isso seja feito de modo profundamente intimidatório, ostensivo e com vistas a transmitir ao sujeito passivo daquele ato a clara noção de um poder ilimitado do autor do ato. Busca-se, enfim, aterrorizar. Pouco esforço é demandado para se observar a presença deste tipo de ação ao largo do mundo desde que o Estado, ao menos o Estado moderno, surgiu.

Para os fins desse estudo, suficiente lembrar-se aqui as ditaduras militares implantadas na América do Sul, especialmente nos anos de 1970 e ainda mais especialmente no Chile, Argentina, Uruguai e Brasil.

Bem de se ver, o militarismo latino-americano não se estruturou somente na violência, mas na adoção de todo um aparato cujo mote, ao final, era incutir um extremo desestímulo às resistências à ditadura militar como projeto político, por meio de uma igualmente extrema intimidação, perseguição, repressão e, assim, configurando claramente um estado terrorista, contando, ademais, com o apoio de setores da sociedade civil.³²

Interessante observar e mesmo separar as ações das entidades de resistência às ditaduras, os chamamos grupos guerrilheiros —que efetivamente adotavam ações de cunho militar em seu rol de condutas— das ações adotadas pelo Estado no mesmo sentido.

Com alguma frequência, encontra-se quem ombreie uma coisa e outra, mas não parece ser adequada tal abordagem. A violência do grupo guerrilheiro, ou de resistência armada, é frequentemente utilizada como uma espécie de justificativa³³ para os abusos severos perpetrados pelo Estado naquele momento.

³² A literatura sobre o tema é bastante vasta. Não é nosso foco aqui referenciar nem mesmo as principais obras a respeito, mas destacar alguns estudos, bem específicos aliás, sobre temas igualmente específicos e relacionados ao militarismo na América Latina nos anos de 1970: ROUQUIÉ, Alain. El estado militar en América Latina. Buenos Aires: Emecé, 1984; DUHALDE, Eduardo Luis. El estado terrorista argentino. Buenos Aires: El Caballito, 1983; BAUER, Carolina Silveira. Avenida João Pessoa, 2050 – 3º andar: terrorismo de Estado e ação de polícia política do Departamento de Ordem Política e Social do Rio Grande do Sul (1964-1982). Dissertação de Mestrado. UFRS, 2006; PADRÓS, Enrique Serra. Como el Uruguay no hay. Terror de Estado e seguridad nacional Uruguay (1968-1985): do pachecato à ditadura civil-militar. Tese de Doutorado. UFRS, 2005; MARIANO, Nilson Cezar. Montoneros no Brasil: terrorismo de estado no seqüestro-desaparecimento de seis guerrilheiros argentinos. Dissertação de Mestrado. PUC/RS, 2006; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Terrorismo de Estado no Brasil: direito de resistência não é terrorismo, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tabcas/r30012.pdf>, acesso em 23 de junho de 2016.

³³ Ilustrativamente, confira-se texto, ou conjunto de textos, de caráter panfletário, invocando a morte do soldado Mário Kozel Filho, no Brasil dos anos de 1970, como caracterizador de ato terrorista perpetrado por grupo guerrilheiro, do qual fazia parte a ex-presidente Dilma Rousseff. Disponível em <https://homemculto.com.br/2016/06/23/mario-kozel-filho-morto-pelo-governo-dilma-rousseff/>.

Maria Lygia Quartim de Moraes, debruçando-se sobre o período militar no Brasil (1964-1985), afirma que “*a prática da tortura e a certeza da impunidade constituem a diferença essencial entre os militantes da luta armada e o aparelho repressivo clandestino, baluarte do terrorismo de Estado e do medo em que foi mantida a sociedade brasileira*”.³⁴

A tentativa de se traçar identificação, ou mesmo similaridade, entre as ações dos governos militares e dos grupos guerrilheiros, no Brasil, é, portanto, inadequada. Com efeito, o Estado não pode justificar seus eventuais abusos e excessos sob a pálida alegação de que estaria lidando com entidades ou indivíduos violentos.

Fosse desse modo, estaríamos na vigência não de um Estado de Direito, mas de um estado claramente totalitário, ecoando os modelos fascista italiano e nazista alemão e, ao menos no caso do Brasil, os militares jamais assumiram terem implantado um estado de exceção, não obstante desaparecimentos, torturas, mortes em instalações estatais, ocultamento de corpos, censura e repressão social —elementos típicos de um estado totalitário— tenham tomado espaço naquele período.

Se o Estado assume estar agindo sob uma determinada ordem jurídica constituída —e convém aqui, inclusive, destacar os diversos atos institucionais e mesmo constituições erigidas durante o governo militar (1967 e 1969)— observa-se não ser possível que, ao mesmo tempo, defenda uma quebra dessa ordem para adotar procedimentos e mesmo valores totalmente desarmônicos para com esse sistema jurídico-normativo.

Os grupos, àquela época, considerados ou tidos como guerrilheiros, adeptos de ações armadas, violentas, agressivas, deveriam ter sido objeto de uma ação formal do Estado, ou seja, investigação, apuração, eventual condenação e submissão dos eventuais condenados às penas dispostas ou previstas no ordenamento legal então vigente, incidindo a violência estatal, no caso, de modo estrito e apenas se caracterizada sua real e inafastável necessidade.

Registre-se, ainda mais, que a violência estatal ora comentada não se resstringiu às eventuais ações perpetradas contra os chamados grupos subversivos. Indivíduos, tomados isoladamente, sofreram perseguições, restrições, constrangimentos de toda ordem, muitas vezes baseados em simples suposições ou porque fossem, seja isso verdadeiro ou não, comunistas.

Artistas, intelectuais, escritores, dramaturgos, juristas, vários foram os casos de perseguição por simples opção ideológica do indivíduo. O caminho da imensa maioria desses indivíduos foi uma espécie de ostracismo não formalizado ou, o mais comum, o exílio. Até mesmo Juscelino Kubitschek, político jamais relacionado seja de que modo for ao comunismo ou ao socialismo, foi forçado a se exilar por ser, de alguma maneira, uma ameaça ao regime ditatorial então vigente.

com/dilma-rousseff-participou-do-barbaro-assassinato-do-soldado-mario-kozel-filho/, acesso em 19 de setembro de 2016.

³⁴ Direitos Humanos e Terrorismo de Estado: a experiência brasileira, disponível em http://segall.ifch.unicamp.br/publicacoes_ael/index.php/cadernos_ael/article/viewFile/38/40, acesso em 23 de junho de 2016.

Há inúmeros casos a ilustrar o ora exposto, mas o que se passou com Vladimir Herzog é emblemático. Seu nome original era Vlado, mas ele mesmo o considerava de difícil pronúncia e entendimento pelos brasileiros e decidiu adotar Vladimir. Professor, dramaturgo e principalmente jornalista, Herzog era militante do partido comunista brasileiro, porém jamais se envolveu com a luta armada.

Tendo comparecido espontaneamente para prestar esclarecimentos sobre suas “ligações e atividades criminosas”, foi torturado e morto nas dependências do DOI-CODI em São Paulo, em outubro de 1975.

À brutalidade da morte de Herzog, nas circunstâncias em que se deu, somese a infâmia de ter sido dada oficialmente como suicídio a causa de sua morte. Já em 1978, por meio de ação judicial manejada pela viúva de Herzog, Clarice, o jovem juiz federal Márcio Moraes —contrariando as expectativas do regime militar— responsabilizou o governo federal pela morte de Herzog.

Contudo, somente em 2012 houve finalmente a retificação dos assentamentos oficiais e a certidão de óbito de Vladimir Herzog foi retificada, passando a constar que a “*morte decorreu de lesões e maus-tratos sofridos em dependência do II Exército – SP (Doi-Codi)*”, conforme requerido pela Comissão Nacional da Verdade.³⁵

A ideia, portanto, de que a violência estatal durante o regime ditatorial militar brasileiro (1964-1985) teria sido direcionada somente a grupos e indivíduos armados, adeptos de ações tidas como terroristas e, ainda mais, praticada somente de modo pontual e estritamente necessário, é tão-somente falsa.

O Estado, naquele período, usou de extrema violência, intimidação, censura, perseguições e até de expedientes claramente ilegais com as famosas “prisões para averiguação”, como método de ação, como concepção de uma determinada forma de exercer o poder político, vale dizer, uma forma arbitrária e violenta.

O período ditatorial militar, como acima referenciado, foi uma clara manifestação de que o Estado, de fato, pode agir com o objetivo de aterrorizar —exatamente como qualquer grupo terrorista não-estatal— se isso for interessante ou útil aos seus propósitos.

3. CONCLUSÃO

O objetivo do presente estudo foi trazer, inicialmente, reflexões sobre o terrorismo. Certamente o tema é momentoso e polêmico, movimentando posicionamentos apaixonados, por vezes, e em diversas direções.

Justamente por isso, contudo, o cuidado na pesquisa que se pretenda científica deve ser redobrado, notadamente no campo das ciências sociais ou ciências sociais aplicadas em que, por vezes, se nota uma despreocupação maior com aspectos como exatidão analítica, distanciamento pessoal, parcimônia nas abordagens e cautela nas conclusões.

³⁵ Disponível em <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2012/09/25/justica-retifica-registro-de-obito-de-vladimir-herzog-causa-da-morte-devera-ser-por-lesoes-e-maus-tratos.htm>, acesso em 16 de setembro de 2016.

O ambiente acadêmico não pode ficar refém de posturas ideológicas ao estudar seja lá que tema for, mais ainda quando estas posturas se mesclam a opções de coloração política por vezes até mesmo de fundo político-partidário.

O tema a ser estudado não pode ser um figurino que o pesquisador trabalha para vestir uma opção pessoal e ideológica previamente adotada. Insistir nisso turva a busca da verdade e da falsidade/veracidade das eventuais hipóteses que se busque construir, essas sim atividades ou atitudes próprias de um pesquisador.

Com o presente trabalho, buscou-se indicar que o tema do Terrorismo de Estado é candente, importante, até mesmo vital para se construir com renovadas bases não só o direito e a democracia, mas a própria sociedade brasileira, mas seu estudo deve se dar alicerçado nas bases essenciais de qualquer estudo científico, o que importa em acolher certas limitações que, ao revés de constranger o pesquisador, a ele fornece uma conformação confiável de estudo.

REFERENCIAS

- ARON, Raymond. *Paix et guerre entre las nations*. Paris: Deciemme, 1962.
- BAUER, Carolina Silveira. Avenida João Pessoa, 2050 – 3º andar: terrorismo de Estado e ação de polícia política do Departamento de Ordem Política e Social do Rio Grande do Sul (1964-1982). Dissertação de Mestrado. UFRS, 2006
- BAVA, Silvio Caccia. *Terrorismo de Estado*. Le Monde Diplomatique Brasil. Dezembro de 2015.
- BERTERRETCHÉ, Juan Luis. Brasil e o terrorismo de Estado. disponível em <http://desacato.info/brasil-e-o-terrorismo-de-estado/>, acesso de 19 de setembro de 2016.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. V. 1. Madrid: Tecnos, 1996.
- COSTA, Paulo José da. CERNICHIARO, Luiz Vicente. *Direito penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Comentário à Constituição Brasileira de 1988*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- DAVID, Eric. *Le terrorisme en droit international: definition, incrimination, repression*. In “*Reflexions sur la definicion et la repression du terrorisme*”. Henri Rolin (org). Bruxelles: Université de Bruxelles, 1974.
- DUHALDE, Eduardo Luis. *El estado terrorista argentino*. Buenos Aires: El Caballito, 1983
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- JARAMILLO, Guillermo Julio Vargas. *Los nuevos retos del derecho internacional humanitário: los conflictos desestructurados y el terrorismo internacional*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, ano 5, vol. 5, numero 5, 2004.

LAQUEUR, Walter. El Terrorismo Pos-moderno, Archivos del Presente, Madrid,nº 9, 2001.

_____.Reflexões sobre o terrorismo. “Dialogo”, v. 20, nº 4, p. 27, 2004.

_____. Voices of terror: manifestos, writings, and manuals of Al-Qaeda, Hamas and other terrorists from around the world and throughout the ages. Naperville: Sourcebooks. 2004.

LIMA, Martonio Mont’alverne Barreto. Terrorismo: o desafio da construção da democracia. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Ano 5, Vol. 5, 2004, p. 145-150.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; GONÇALVES, Guilherme Leite.Por uma lei antiterrorismo de Estado. Ou não sobrará ninguém. Le Monde Diplomatique Brasil. Dezembro de 2015.

MARIANO, Nilson Cezar. Montoneros no Brasil: terrorismo de estado no seqüestro-desaparecimento de seis guerrilheiros argentinos. Dissertação de Mestrado. PUC/RS, 2006

MORAES, Maria Lygia Quartim de. Direitos Humanos e Terrorismo de Estado: a experiência brasileira, disponível em http://segall.ifch.unicamp.br/publicacoes_ael/index.php/cadernos_ael/article/viewFile/38/40, acesso em 23 de junho de 2016.

PADRÓS, Enrique Serra. Como el Uruguay no hay. Terror de Estado e segurança nacional Uruguai (1968-1985): do pachecato à ditadura civil-militar. Tese de Doutorado. UFRS, 2005

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. Disponível em <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Delito%20pol%EDtico%20e%20terrorismo.pdf>, acesso em 10 de junho de 2016.

RIESTRA, Juan Silva. Los delitos políticos. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1932.

ROQUIÉ, Alain. El estado militar en América Latina. Buenos Aires: Emecé, 1984.

RUIZ-FUNES, Mariano. Evolución del delito político. México: Hermes, 1944.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Terrorismo de Estado no Brasil: direito de resistência não é terrorismo, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30012.pdf>, acesso em 23 de junho de 2016.

SOBOUL, Albert. História da Revolução Francesa. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1974.

STOHL, M.; LOPEZ, G. A. The state as terrorist. Connecticut: Grenwood, 1984.

WEBER, Max. Ciência e Política: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 1991.

ZERO, Marcelo. O lado invisível do terrorismo. disponível em <http://brasildebate.com.br/o-lado-invisivel-do-terrorismo/>, acesso em 19 de setembro de 2016.

UNDOCUMENTED IMMIGRANTS, HEALTHCARE ACCESS AND AN ILLNESS NARRATIVE

INMIGRANTES INDOCUMENTADOS, ACCESO A LA SALUD Y UNA ENFERMEDAD NARRATIVA

ALBERTO GARCÍA GÓMEZ*
CLAUDIA R. SOTOMAYOR

ABSTRACT

The story of a Mexican undocumented immigrant in the United States, and her use of healthcare, illustrates the vulnerability of these population. According to Art. 8 of the Universal declaration of Bioethics and Human Rights: “Individuals and groups of special vulnerability should be protected and the personal integrity of such individuals respected (UNESCO, 2005).” However, when the sovereignty of each Country and their free exercise of the law regarding healthcare comes to play, the situations gets more complicated. Even though the definition of healthcare as a right is difficult to prove, it is easier to argue that it is a social responsibility.

Keywords: Social Responsibility, Right, Healthcare, Vulnerability.

RESUMEN

La historia de un inmigrante indocumentado mexicano en los Estados Unidos, y su uso de la salud, ilustra la vulnerabilidad de esta población. De acuerdo con el art. 8 de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos: “Los individuos y grupos de vulnerabilidad especial deben ser protegidos y se debe respetar la integridad personal de tales individuos (UNESCO, 2005)”. Sin embargo, cuando la soberanía de cada País y su libre ejercicio de la Ley con respecto a la asistencia sanitaria viene a jugar, las situaciones se vuelven más complicadas. A pesar de que la definición de cuidado de la salud como derecho es difícil de probar, es más fácil argumentar que es una responsabilidad social.

Palabras clave: Responsabilidad social, Derecho, Atención sanitaria, Vulnerabilidad.

* Director de la Cátedra UNESCO en Derechos Humanos y Bioética.

1. NARRATIVE

B. was born in Jalisco, Mexico. Her childhood was a typical Mexican lower-income childhood: deprived from many luxuries, but still happy and surrounded by a big and loving family. She attended school until middle school, and after that she helped with the household chores, and participated in the festivities and customs of her town. On a December 12, day of our Lady of Guadalupe, the town had the usual big party, full of music and good food. It was that day when she met Noé, who was visiting from the United States. Noé was an undocumented immigrant in the United States, who left his hometown in Mexico to search for a better future for his family. They fell in love and after eight months of knowing each other, they got married. Noé wanted to come back to the United States, and so they did.

The experience of crossing the border without legal documents was a shocking experience for B. “*No se lo deseo a nadie*” (I don’t wish that experience to anyone)-she said- “We went through the desert in May, so it was very hot during the day and very cold at night. We ran out of food and water, and we didn’t bring warm clothes for the night. We even saw a cadaver. I cried I lot.” They finally got to Arizona, where a van picked them up and took them to Chicago, which was a staging area for people to be taken to various states. N. and B. were the second to last to be “delivered” to Atlanta, Georgia.

Once they were settled in their new life in a modest trailer home, N. wanted to start a family, but B. had to break the bad news that according to her doctors in Mexico, she couldn’t have any kids due to severe polycystic ovaries. N. felt disappointed, but he never lost hope. Two months later, she noticed that her period was late, but she never thought she was pregnant because she was generally irregular, and she lost a lot of weight during their crossing through the desert. At the time, she weighed 80 pounds and she is about 5’6” tall. N. immediately bought a pregnancy test, and then they found out they were expecting their first child.

She went to a clandestine clinic to start her prenatal care with a doctor who spoke Spanish. She was afraid to go to a regular clinic due to the fact that she was undocumented. Given her weight and hormonal problems, she was under a high risk pregnancy care. She got the prenatal vitamins and all the medication needed. She got an ultrasound by the 5th month of pregnancy, where everything looked normal. Her blood work and other tests were normal too. Everything was going smoothly until the 6th month of pregnancy, when one day she started feeling very sleepy and tired. N. invited her to a restaurant, and during dinner she felt a sharp lower abdominal pain that radiated to her back and was increasing over time. She started vomiting and feeling dizzy. They called her doctor’s office, but it was closed, they were reluctant to get any medical care out of fear to get into “the system”, but, the symptoms escalated so they decided to go to the Emergency Room. When they arrived, they tried to communicate their situation the best way they could in English, but there was no interpreter so another Hispanic woman that was at the ER offered her help. Due her low weight, her belly wasn’t big so

they didn't believe she was pregnant. After a long period of time, she was seen in the triage area, where they decided to admit her to the 4th floor (labor and delivery). When she arrived to her room, the nurse that was in charge was an intimidating African-American woman. B.'s impression of the nurse was that she was dirty: "*She had long dirty nails, a lot of rings, smelled funny, and she kept scratching her head*". The nurse told B. that she wasn't pregnant but rather she was complaining over nothing, "just like a Mexican soap opera actress", so she asked her for a urine specimen to do a pregnancy test. B. went to the bathroom, when suddenly an even greater pain came and then the baby was born. She asked for help, and the nurse, without gloves or previous sanitation of her hands, grabbed the baby girl, cut the umbilical cord and ran with her, leaving B. unattended on the bathroom floor. No one came back to help B. for a long time. She was feeling terrified because she didn't hear the baby cry, and didn't have the chance to see her. Finally someone came to help B.. When the nurse came back, she said to her: "You really made a mess on the floor, look at that." B. felt scared, anxious, and terrified for her baby and for herself. It took a while for her to see her baby, and she was feeling desperate: "*Like if my heart was going to stop beating.*" When she finally saw her baby girl, she couldn't believe how small she was: "*Her head was soft, her legs were as long as my pinky.*" The doctors told her that her baby was in a bad shape, that she was blind, had a heart condition, and needed two blood transfusions. She agreed with any treatment needed to save the life of her baby.

B's health was improving, and even though she wasn't feeling very well, she managed to pump breast milk to be able to feed the baby, but her body couldn't produce enough milk and it only lasted for a month. She spent as much time as she could with her baby. When I asked her how she felt, she said: "There were times when I thought I couldn't do it any more, I wasn't sure If I was going to be able to go to the NICU because the pain of seeing my daughter under those conditions. It broke my heart. Besides, I was all alone. I needed my mom and my family to give me support, but they couldn't come because they didn't have the means to do it. I didn't know anyone but Noé, and he had to work. I cried every day, almost all day long."

The baby girl was in the NICU for two months. When she was discharged, a social worker came to B.'s house to see their living situation and to see if there was a cause for the premature birth. There was not an apparent cause.

The experience was painful for her, but at the end she feels blessed and happy because her daughter is alive and doing well. She had to go to auditory therapy, and she has her cardiac condition under control. So far, the girl is living a normal life. Although traumatic in the beginning, now she sees it as a precious moment where she learned how frail life is and how important it is to cherish it. "*Now I enjoy every minute of my life with my daughters, and I appreciate every new day. I am teaching my daughters the incredible gift life is, and I am a volunteer with the Missionaries of Charities, where I take care of dying women suffering from AIDS, and I try to offer them compassionate care and to help them to not be afraid, because at the end, here or in heaven, everything is going to be O.K.*"

When I asked her: “What do you think caused the problem?” She answered: “*the poor service at the ER, the incompetence of the nurse and the lack of doctors.*” She denied being a victim of domestic violence, although I know from other sources that she has suffered the unfortunate situation of being mistreated.

2. IMMIGRATION AND THE RIGHT TO HEALTHCARE

For many, this is a controversial topic. Studies led by researchers at Harvard Medical School (Leah Zallman, 2013) showed that immigrants in the United States of America contributed an estimated \$115.2 billion more to the Medicare trust than they took out in 2002 -2009. But that doesn’t seem to be known by the general population because a recent poll shows that 63 percent of people said immigrants place a burden on the economy (CBS DC, 2014), and eighty percent of Americans were opposed to including undocumented immigrants under a taxpayer-subsidized national healthcare plan, according to a June 2009 Rasmussen poll.

Just as the American populace cannot come to a consensus on access to healthcare, the law likewise lacks consistency and clarity. Some would argue that access to healthcare is not a right based on the notion that there are no natural rights or moral rights. As Bentham would argue, “the notion of moral rights was ‘nonsense upon stilts’ because rights require social recognition and moral rights have none” (Rainbolt, 2006). The American legal system is lax in recognizing positive rights to state-funded resources, and health care is seen more like a negative right, where patients and doctors have the right to pursue a course of treatment without interference by the government (Robertson, 2006). But, these views are clashing with global views, especially those related to human rights. The Constitution of the World Health Organization (WHO, 1946), adopted by 193 countries, recognizes the fundamental right of every human being to the enjoyment of the highest attainable standard of health. The Universal Declaration of Human Rights declares in article 25 that “*Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself... [Including] medical care and necessary social services.*” Lango argues in favor for a right to healthcare with the thesis of indispensability, stating that sometimes enjoyment of some human rights is indispensable for enjoyment to other human rights. In this sense, the enjoyment of a good life, needs the enjoyment of access to food and healthcare (Rhodes, 2012).

Baumrin (Rhodes, 2012) argues that there is no right to healthcare because “*mere talks of rights does not create duties.*” However, if the community already has a social responsibility to act, it likewise has a duty. The “talks” of rights simply give this underlying duty the necessary structure to become enforceable by the individual. Baumrin also argues that the right that establishes *an ought* is contingent on some agent to accomplish the task, and if the agent is not capable of fulfilling that task, then the duty is placed on hold. Ultimately, he says, if the duty is not fulfilled, it is not genuine, and if there is no genuine duty, there is no genuine right. But if that were the case, then many rights would cease to be recognized merely

because of difficulty of fulfillment. For example, there are federal laws in many countries¹ legislating the right to education. To fulfill that right the state has to provide schools, and yet there are many kids with no access to schools. As of 2012, 58 million children of primary school age and another 63 million children of lower secondary school age were still out of school, including in countries with federal legislation mandating compulsory education. Given these facts, the logical extension of Baumrin's argument would be to question the right to education as well.

The fact that these rights are not always fulfilled does not mean they are not genuine rights, what it means is that more efforts should be made by society to fulfill them. Lango states that the intention of fulfillment is enough to prove the existence of such right. He argues that all human beings have the duty to provide necessary health assistance, in accordance with their means (Rhodes, 2012). Lango makes reference to Shue's tripartite typology of duties in arguing for the recognition of healthcare as a right, which states that there are duties to avoid depriving, duties to protect from deprivation, and duties to aid the deprived (Shue, 1988). Despite the difficulties of complying with these duties, there exists nevertheless the responsibility to fulfill them. By viewing then these duties as having corresponding rights, there now exist agents to demand their fulfillment and thus put pressure on society to find creative solutions to overcome the limitations of resources.

3. SOCIAL RESPONSIBILITY AND HEALTH CARE

According to the International Organization for Standardization (ISO,2008), social responsibility is defined as an ethical framework in which people and organizations must act for the benefit of social, cultural, economic and environmental issues that as a consequence would have a positive impact on development. On a global level, social responsibility in health care refers to a moral duty held by all societies to promote health, prevent and treat diseases, and to provide the highest attainable standard of health. These goals have been recognized by the international community as a central purpose of governments (UNESCO, 2005). Art. 14 of the Universal Declaration of Bioethics and Human Rights states that the enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition, progress in science and technology.

¹ Some examples of countries with compulsory education
USA: No child left behind act 2002.

India: The Right of Children to Free and Compulsory Education Act or Right to Education Act (RTE) 2009

Mexico: General education Law (art. 31 of the constitution, fraction I.4)

China: Law on Nine-Year Compulsory Education 1986.

Republic of South Africa: The Basic Education Laws Amendment Act, No. 15 of 2011

U.K.: Education and Skills Act 2008

For some, this view on social responsibility places a large burden on states. For example, Libertarians assert that the individual should be free to decide how to use his/her personal means to meet his/her various needs (Kelleher, 2014). Resnik argues that individuals should care for their own health and help pay for their own healthcare (Resnik, 2007). But these views do not assure equal opportunity. By arguing for individual responsibility, people on the bottom of the economic ladder (Sachs, 2005) are marginalized because they do not have the necessary means to pay for their healthcare. Romer argues that to assure equality of opportunity in health, social intervention is necessary because "*health is a prerequisite for successful achievement, illness or injury in any person is unpredictable, and obtaining medical care and a healthful environment is beyond the resources of the individual and requires collective action*" (Ruth, 1988). This argument goes with the line of what Menzel (2009) has called a "Just Sharing Principle." In Menzel's version of this principle, the financial burdens of "*medical misfortunes*" should be shared equally between healthy and unhealthy people, unless individuals can or have control over these misfortunes (Keleher, 2014).

Another reason for social intervention is the fact that nowadays there are many individuals and communities that are especially vulnerable (e.g. immigrants) (Farmer, 2003). In the report of the International Bioethics Committee of UNESCO on the Principle of Respect for Human Vulnerability and Personal Integrity (IBC, 2013), it is stated that social vulnerability is caused or exacerbated by a lack of means and of the capacity to protect oneself. In many developing countries, the lack of means and access to proper healthcare affects millions of people, making them vulnerable. The lack of capacity to protect oneself is a cause for the community, agencies and the governments to step up and provide the necessary means to help people thrive and be healthy. The provision of health care is a social responsibility because humans are not isolated from each other, but rather live immersed in a web of relations that creates a duty towards one another to build a successful community.

4. FINAL REMARKS

Coming to an agreement of whether there is a right or not is only the first problem. If we let our imagination go, and we place ourselves in a world where everybody thinks that there is a right to healthcare, then we would face the second problem: Who is responsible for fulfilling that right? We know that there is a reciprocity between rights and obligations, and there is an understanding that in the case of health care, each nation is responsible for their citizens, but what happens then with undocumented immigrants? Should their nation be responsible for the usage of healthcare in another country? Or should the host country provide healthcare to any individual in their territory?

From a Bioethics perspective, it seems like immigration status can be a social determinant of health (Rath, 2013), and there is a lot of political and economic interest around it, leaving the basic human needs and dignity on the side.

It is true that providing healthcare is expensive and complicated, but it is also true that we are all humans in need of each other to survive and thrive. Article 8 of the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights (2005) enshrines the principle of respect for human vulnerability and personal integrity as a bioethical value of universal concern. We must understand than undocumented immigrants come from difficult situations that forced them to look for a “better” life, but most of them find themselves marginalized, and sometimes scared of the consequences of looking for healthcare. That was the case of B., who faced the consequences of cultural incompetence and barriers that resulted in a series of events that endangered her and her child’s life.

Human rights and responsibilities are born from a human need to address injustice and to protect human dignity, especially of those who need that protection the most. Those persons in vulnerable positions, victims of the poverty trap,⁸ desperately need aid and protection from deprivation. The duty of providing healthcare rests with society, government, international agencies, religious groups, and others. In short, it is the responsibility of everyone who is in a position to help. If duties are correlated with a right, and the provision of health care is a duty, then it is fair to say that the receipt of health care is a right. The access to health care and the highest attainable standard of health keeps not only an individual healthy and happy, but a community active, functioning and thriving. Recognizing the right to health care is just a first step to a real improvement in resource allocation. By focusing on the duty to provide healthcare, and in turn on the right to receive healthcare, both the providers and the consumers of healthcare will have a voice in the conversation and help to realize a more equitable distribution of healthcare.

REFERENCES

- BAUMRIN, S.B. (2002) “*Why There Is No Right To Health Care In*: Rhodes, Rosamond, M P. Battin, and Anita Silvers. *Medicine and Social Justice: Essays on the Distribution of Health Care*. Oxford: Oxford University Press
- FARMER, P (2003) Pathologies of Power: Health, Human Rights, and the New War on the Poor. Berkeley: University of California Press. Print.
- International Organization for Standardization (ISO)(2008)What Is Social Responsibility? Why Is It Important?. .Journal for Quality & Participation, 31(3), 11-12.
- KELLEHER, JP. (2014) "Beneficence, Justice, and Health Care." Kennedy Institute of Ethics Journal. 24.1: 27-49. Print.
- MENZEL, P. (2009) "Justice and Fairness: Mandating Universal Participation." Hastings Center Report. 39.3 : 4-6. Print.
- RAINBOLT, G.(2006) "Rights Theory." Philosophy Compass. 1.1 : 11-21. Print.
- Report of the International Bioethics Committee [Internet] Paris, France: The Principle for Respect of Human Vulnerability and Personal Integrity [2013; cited 2014 Nov. 26]. Available from: <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002194/219494E.pdf>

- RESNIK, D . (2007) "Responsibility for Health: Personal, Social, and Environmental." *Journal of Medical Ethics*. 33.8 Print
- RHODES, R. et. at. (2002) *Medicine and Social Justice: Essays on the Distribution of Health Care*. Oxford: Oxford University Press, Kindle version.
- ROMER, R. (1988). "The Right to Health Care-Gains and Gaps." *American Journal of Public Health*. 78.3. Print
- SACHS, Jeffrey (2005) *The End of Poverty: Economic Possibilities for Our Time*. New York: Penguin Press. Print.
- SHUE, H. (1988) "Mediating Duties." *Ethics*. 98.4 : 687-704. Print.
- TAYLOR, G., Helen H., (2010) *Key Debates in Health Care*. Maidenhead: Open University Press, Internet resource.
- UIS.UNESCO.org [Internet]. Quebec: Institute for Statistics ; [updated 2014; cited November 2014] Available from:<http://www.uis.unesco.org/Education/Pages/out-of-school-children.aspx>
- Unesco.org [internet] Universal declaration of Bioethics and Human Rights [2005, cited 12/01/14] available from: http://portal.unesco.org/en/ev.php?URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- WHO.org[Internet] World Health Organization International c2014 [updated 2014; cited Nov 27 2014] available from: http://www.who.int/features/fact-files/global_burden/en/
- WILKINSON, R., Marmot, M. (2003) *Social Determinants of Health: The Solid Facts*. Copenhagen: World Health Organization, Regional Office for Europe, Internet resource.

A PERSPECTIVA DE PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

LA PERSPECTIVA MULTINIVEL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FEDERAL CORTE SUPREMA DEL BRASIL

DANIEL GORO TAKEY*

RESUMO

Frente aos novos desafios e transformações enfrentados na América Latina para garantir a proteção dos direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal compõe diálogos com a jurisprudência da Corte Interamericana. Por meio de pesquisa na jurisprudência do STF, foram selecionados acórdãos do período de janeiro de 2006 a janeiro de 2016. Após, foram analisadas as fundamentações daqueles julgados, cujas decisões da Corte Interamericana serviram de base para os votos dos Ministros da mais alta Corte Brasileira. O resultado da pesquisa reforça a existência de um sistema de proteção multinível de direitos humanos na América Latina.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Diálogo entre Cortes Internacional e nacional; Interação de sistemas jurídicos; Proteção multinível; América Latina.

RESUMEN

Frente a los nuevos desafíos que enfrentan en América Latina puntería asegurar la protección de los derechos humanos, la Corte Suprema del Brasil constituye dialogos con la jurisprudencia de la Corte. A través de la investigación en la jurisprudencia de lo STF, fueron seleccionados ensayos desde enero 2006 a enero 2016. Después fueron analizado las fundaciones cuyas decisiones de lo STF fueron la base de los votos de los ministros de la Corte más alta brasileño. El resultado de la búsqueda refuerza la existencia de un sistema de multinivel de protección de los derechos humanos en América Latina.

Recibido: 17/11/16 Aprobado: 25/02/17

* Mestrando em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela PUC-PR. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela FADISP-SP. Professor Assistente na Faculdades Santa Cruz de Curitiba-PR. Advogado em Curitiba. E-mail: contato@danieltakey.adv.br

Palabras clave: Derechos Humanos; Dialogo entre los tribunales internacionales y nacionales; Interaccion de los sistemas juridicos; Proteccion multinivel; America Latina.

1. INTRODUÇÃO

Na última década¹ o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a utilizar em seus julgados, com maior frequência, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Decisões e opiniões consultivas da Corte Interamericana fomentam os votos dos Ministros da mais alta Corte brasileira e, mesmo não incidindo em maiores repercussões para o julgamento do mérito principal defendido no acórdão, ganharam destaque nesta pesquisa.

Verificou-se que a menção à decisão da Corte Interamericana é feita, principalmente, para enaltecer a proteção dos Direitos Humanos aplicáveis ao caso controverso. Restou comprovado que as decisões da Corte Interamericana promovem uma abertura maior ao diálogo entre a corte internacional e a nacional, possibilitando a tomada de decisões que tentem acomodar interesses existentes no sistema jurídico internacional e no sistema jurídico interno².

Diante dessa perspectiva de pluralismo, a proteção dos direitos humanos no STF, reforça a existência de sistema de proteção multinível.

2. PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS

Para melhor compreensão do presente trabalho explica-se o significado de proteção multinível dos direitos humanos. Quem melhor traduz seu conceito é René Urueña,³ em trabalho desenvolvido para Rede de Direitos Humanos e Educação Superior, onde consigna, em suma, que na Europa, os direitos humanos são protegidos pelo menos em quatro âmbitos diferentes (subnacional,⁴ nacional,⁵

¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?sl=%28corte+adj+interamericana%29%28%40JULG%3E%3D+20060101%29%28%40JULG%3C%3D+20160101%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ht5mxgs>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2016.

² GEORGE GALINDO e ANTONIO MAUÉS. O Caso Brasileiro. *Proteção Multinível dos Direitos Humanos. Manual*. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior. 2014. p. 310. Disponível em: <https://www.upf.edu/dhes-alfa/_pdf/PMDH_Manual_portugues.pdf>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

³ RENÉ URUEÑA. Proteção multinível de direitos humanos na América Latina? Oportunidades, desafios e riscos. *Proteção multinível dos Direitos Humanos. Manual*. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior. 2014. p. 17-18. Disponível em: <https://www.upf.edu/dhes-alfa/_pdf/PMDH_Manual_portugues.pdf>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

⁴ Âmbito subnacional: Em alguns países europeus, as unidades subnacionais podem chegar a consagrar em suas ordens jurídicas certos direitos humanos, que podem ser protegidos nesse âmbito. No entanto, apesar de suas possíveis implicações internacionais, é comum encontrar que os direitos reconhecidos na esfera sub-estatal tenham uma relação hierárquica com a ordem constitucional nacional. Assim, o debate sobre a proteção multinível dos direitos humanos neste caso é confundido com o estudo do direito constitucional nacional do respectivo Estado. Este capítulo não aprofundará tal análise, e tomará como ponto de partida o âmbito nacional.

⁵ Âmbito nacional: As constituições nacionais de cada Estado-membro incluem nos seus artigos os direitos que o respectivo Estado-nação queira reconhecer aos seus cidadãos e residentes.

supranacional⁶ e nível internacional).⁷ Esses diferentes âmbitos oferecem uma possibilidade maior e mais completa de proteção aos direitos humanos, pois não dependem unicamente das previsões constitucionais de cada país podendo contar, subsidiariamente, com o sistema internacional.⁸ Destaca que na América Latina não há proteção em âmbito supranacional reconhecido, e que, portanto, a proteção multinível dos direitos humanos, corresponde, para nós, nas ferramentas, possibilidades e riscos oferecidos pela interação entre os sistemas jurídicos nacionais e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Notadamente, a proteção multinível dos direitos humanos tem um grande potencial para a promoção do respeito aos direitos humanos na medida em que os tribunais nacionais aceitam com maior ênfase a jurisprudência do Sistema Interamericano.

3. INTERAÇÃO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA E O STF

Neste contexto, identifica-se a existência de diálogo entre o STF e a Corte Interamericana e visualiza-se a interação entre os sistemas, discutindo e compartilhando, sem hierarquia, a proteção dos direitos humanos. Nos julgamentos abaixo, colacionados do STF na última década, destaca-se a jurisprudência da Corte Interamericana utilizada para a construção do entendimento nacional no tocante a proteção dos direitos humanos.

3.1 RE 591054 / SC

Em discussão sobre a correta aplicação do princípio da não culpabilidade, o STF decidiu que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi trazida pelo Ministro Marco Aurélio, citando a decisão relativa ao Caso Ricardo Canese

⁶ Âmbito supranacional: Os direitos humanos também são protegidos pelo direito de União; inicialmente, mediante a expansão jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia e atualmente mediante a Carta dos Direitos Fundamentais. Neste âmbito, os instrumentos estão principalmente destinados a proteger os direitos humanos de violações por parte da União Europeia e seus órgãos, bem como os Estados-membros, quando os mesmos apliquem o direito da União.

⁷ Nível internacional: Além disso, os direitos humanos são protegidos pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos, criado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 no marco do Conselho da Europa, cujo tribunal competente é o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que é um tribunal internacional com funções similares (na Europa) às realizadas pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos.

⁸ René Urueña observa que vários comentaristas começaram a descrever o sistema como um “constitucionalismo multinível”, que parecia emergir do errático processo de interação entre as diferentes esferas de proteção de direitos acima mencionadas.

⁹ RE 591054, Relator(a):Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-037. Divulgado 25-02-2015. Publicado 26-02-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

(Sentença de 31 de agosto de 2004, Série C, nº 111, parágrafo 154), que referiu-se ao princípio consubstanciado no artigo 8º, parágrafo 2º, do Pacto de São José da Costa Rica 6, promulgado entre nós pelo Decreto nº 678/2002, como um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa, a acompanhar o acusado durante toda a tramitação do processo, até que o título condenatório no qual assentada a culpabilidade transite em julgado. Também citou, o caso Cabrerá García e Montiel Flores (Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, nº 220, parágrafo 184), onde a Corte Interamericana entendeu vulneradora da garantia a decisão judicial em que refletida opinião a selar a culpa do acusado antes de este vir a ser pronunciado como tal. Bem como, os Casos Tibi (Sentença de 7 de setembro de 2004, Série C, nº 114, parágrafo 182) e Cantoral Benavides (Sentença de 18 de agosto de 2000, Série C, nº 69, parágrafo 120), em que se assinalou ser defeso ao Estado condenar informalmente uma pessoa ou emitir juízo de valor à sociedade, de molde a formar opinião pública, enquanto não chancelada a responsabilidade penal.

3.2 AP 470 / MG - Minas Gerais¹⁰

Em caso de relevante impacto na sociedade brasileira, conhecido como “Mensalão”, onde se apurou processou 40 (quarenta) réus que formavam uma sofisticada organização criminosa, dividida em setores de atuação, que se estruturou profissionalmente para a prática de crimes como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, além das mais diversas formas de fraude nas mais diversas esferas políticas do Brasil.

Em várias passagens do julgamento foram trazidos comandos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Como por exemplo, em questão de ordem o Ministro Ricardo Lewandowski destacou que se o Supremo Tribunal Federal persistisse no julgamento único e final de réus sem prerrogativa de foro, ele estaria, segundo seu posicionamento, negando vigência ao mencionado art. 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, que lhes garante, sem qualquer restrição, o direito de recorrer, no caso de eventual condenação, a uma instância superior, insistência essa que poderia ensejar eventual reclamação perante a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Inclusive, as defesas dos réus suscitaram o sobrerestamento da ação penal ante a existência de procedimento instaurado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ocorre que o STF decidiu que não se poderia determinar a suspensão prejudicial do processo penal em razão de alegadamente existir provação formal dirigida, nos termos do art. 44 do Pacto de São José da Costa Rica, à Comissão (não à Corte) Interamericana de Direito Humanos. Esclarecendo o Ministro Celso de Mello que *no contexto do Sistema Interamericano de Defesa e Proteção dos Direitos Humanos, a pessoa física ainda não dispõe de legitimidade ativa para fazer instaurar, desde logo, ela*

¹⁰ AP 470, Relator(a):Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074. Divulgado em 19-04-2013. Publicado em 22-04-2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

própria, processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, eis que essa qualidade para agir junto a referido organismo judiciário restringe-se, unicamente, aos Estados-partes e à Comissão Interamericana (Pacto de São José, Artigo 61, nº 1), uma vez atendidos os requisitos de procedibilidade fixados no Artigo 46 e nos Artigos 48 a 51 da Convenção Americana (Artigo 61, nº 2). Pontuou, ainda, que o Brasil, no final do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (Decreto nº 4.463, de 08/11/2002), reconheceu como obrigatorias a jurisdição e a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção” (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 62), o que legitima o exercício, por esse importante organismo judiciário de âmbito regional, do controle de convencionalidade, vale dizer, da adequação e observância, por parte dos Estados nacionais que voluntariamente se submeteram, como o Brasil, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, dos princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados e proclamados, no contexto do sistema interamericano, pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Observa-se, também, que o Ministro Celso de Mello, ressaltou os importantes compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em relação ao combate à corrupção, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção (celebrada na Venezuela em 1996) e a Convenção das Nações Unidas (celebrada em Mérida, no México, em 2003). Lembrando que tratam, respectivamente, de sistema regional e global de proteção dos direitos humanos.

3.3 AP 470 AgR-vigésimo quinto / MG - Minas Gerais,¹¹ AP 470 AgR-vigésimo sexto / MG - Minas Gerais,¹² AP 470 AgR-vigésimo sétimo / MG - Minas Gerais¹³

Nestes recursos de Agravos Regimentais, interpostos pelas defesas de alguns dos réus no célebre caso conhecido no Brasil como “Mensalão”, o STF após dar provimento admitiu a utilização dos recursos de Embargos Infringentes, também entendeu pelo acolhimento do pedido de duplicação do prazo de interposição de tal recurso.

Nos votos os Ministros citaram o Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, julgado pela Corte em 17 de novembro de 2009, ocasião em que o tribunal da OEA en-

¹¹ AP 470 AgR-vigésimo quinto, Relator(a):Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão:Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032. Divulgado em 14-02-2014. Publicado em 17-02-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

¹² AP 470 AgR-vigésimo sexto, Relator(a):Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão:Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032. Divulgado em 14-02-2014. Publicado em 17-02-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276407>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

¹³ AP 470 AgR-vigésimo sétimo, Relator(a):Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032. Divulgado em 14-02-2014. Publicado em 17-02-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276512>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

tendeu que a Venezuela violou o direito ao duplo grau de jurisdição ao não oportunizar ao Sr. Barreto Leiva o direito de apelar para um tribunal superior, violando a garantia do duplo grau prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 8, 2, h).

3.4 HC 110185 / SP - São Paulo,¹⁴ HC 110237 / PA - Pará,¹⁵ HC 112936 / RJ - Rio de Janeiro,¹⁶ HC 107731 Extn / PE - Pernambuco,¹⁷ HC 109544 MC / BA - Bahia,¹⁸ HC 106171 / AM - Amazonas¹⁹ e HC 105348 / RS - RIO Grande Do Sul²⁰

Nestes acórdãos, o STF invalidou os procedimentos penais instaurados contra os pacientes perante a Justiça Militar da União (Ação Penal nº 00001/00-6; Processo nº 0000006-27.2007.7.08.0008 – Auditoria da 8ª CJM; Processo nº 182-44.2011.7.01.0401 – 4ª Auditoria da 1ª CJM; Processo nº 0000026-40.2009.7.05.0005/PR, Autos nº 64/09 – Auditoria da 5ª CJM; Processo nº 0000014-30.2008.7.06.0006 – Auditoria da 6ª CJM; Processo nº 0000017-96.2008.7.12.0012 - Auditoria da 12ª CJM; Processo sem número da 3ª Auditoria da 3ª CJM), desde a denúncia, porém, sem prejuízo da renovação da *persecutio criminis* perante órgão judiciário competente.

Para tanto, ilustrou seus fundamentos com a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 22/11/2005, no julgamento do “Caso Palamarra Iribarne vs. Chile”, onde foi determinado à República do Chile, entre outras providências, que ajustasse, em prazo razoável, o seu ordenamento interno aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, de forma tal que, se se considerasse necessária a existência (ou subsistência) de uma jurisdição penal militar, fosse essa limitada, unicamente, ao conhecimento de delitos funcionais cometidos

¹⁴ HC 110185, Relator(a):Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213. Divulgado em 29-10-2014. Publicado em 30-10-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7046328>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

¹⁵ HC 110237, Relator(a):Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041. Divulgado em 01-03-2013. Publicado em 04-03-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3456276>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

¹⁶ HC 112936, Relator(a):Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093. Divulgado em 16-05-2013. Publicado em 17-05-2013 RTJ VOL-00224-01 PP-00533. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3805159>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

¹⁷ HC 107731 Extn, Relator(a):Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 13/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044. Divulgado em 01-03-2012. Publicado em 02-03-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1786599>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

¹⁸ HC 109544 MC, Relator(a):Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/08/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167. Divulgado em 30-08-2011. Publicado em 31-08-2011 RTJ VOL-00219- PP-00544. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1411117>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

¹⁹ HC 106171, Relator(a):Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071. Divulgado em 13-04-2011. Publicado em 14-04-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1099369>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

²⁰ HC 105348, Relator(a):Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-028. Divulgado em 10-02-2011. Publicado em 11-02-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=960532>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

por militares em serviço ativo. Destacando que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda, determinou que a República do Chile estabelecesse, em sua legislação interna, limites à competência material e pessoal dos Tribunais militares.

3.5 ADPF 132 / RJ - Rio de Janeiro²¹ e ADI 4277 / DF - DISTRITO FEDERAL²²

Julgadas em conjunto a Arguição de descumprimento de preceito fundamental e Ação direta de inconstitucionalidade, o acórdão consistiu na análise da interpretação conferida à dispositivos legais que reduziam os direitos das pessoas de preferência ou concreta orientação homossexual e as decisões judiciais que negaram às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como “heterossexual”.

Os Ministros do STF, por votação unânime, acordaram em julgar procedentes ambas ações, dando eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, entendendo que nas uniões homoafetivas sejam aplicadas as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

A Corte Brasileira citou os casos Loayza Tamayo versus Peru e Cantoral Benavides versus Peru, consignando que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida, que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Destacou, ainda, a citação de Antônio Augusto Cançado Trindade no caso Gutiérrez Soler versus Colômbia, julgado em 12 de setembro de 2005: *Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um.* (tradução livre).

3.6 ADPF 153 / DF - Distrito Federal²³

Neste processo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB propôs arguição de descumprimento de preceito fundamental objetivando a declaração de não recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto

²¹ ADPF 132, Relator(a):Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198. Divulgado em 13-10-2011. Publicado em 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

²² ADI 4277, Relator(a):Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198. Divulgado em 13-10-2011. Publicado em 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

²³ ADPF 153, Relator(a):Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145. Divulgado em 05-08-2010. Publicado em 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216- PP-00011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

no § 1º do artigo 1º da Lei nº 6.683, de 19 de dezembro de 1979, que concedia anistia a todos que, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometaram crimes políticos e conexos a estes, sendo a ação julgada improcedente pelo STF.

Em voto vencido, favorável a uma interpretação conforme, o Ministro Ricardo Lewandowski utilizou como referência as decisões da Corte Interamericana dos Direitos Humanos no Caso Ximenes Lopes, Caso Naldeón Garcia, Caso Massacre de Pueblo Belle, Caso do Massacre de Mapiripán, Caso Goiburú e outros, onde a Corte Interamericana afirmou que os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação de seu texto, sendo que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos.

3.7 Ext 1126 / República Federal da Alemanha²⁴

Neste caso, o Governo da República Federal da Alemanha, por via diplomática, formulou pedido de extradição de Manfred Will, em decorrência da prisão decretada pelo Juízo de Instrução do Tribunal da Comarca de Görlitz, naquele país.

O STF deferiu o pedido de extradição e citou a Opinião Consultiva nº 16, de 1º de outubro de 1999, elaborada Cançado Trindade, quando juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, versando sobre o direito à informação, sobre a assistência consular e a sua relação com as garantias mínimas do devido processo legal.

3.8 RE 511961 / SP - São Paulo²⁵

Em recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SERTESP, originado de uma ação civil pública ajuizada pelo primeiro recorrente visando a não recepção pela Constituição de 1988 (art. 5º, incisos IX e XIII e art. 220, caput e §1º), do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972, de 1969, o qual exigia o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista, o STF declarou a não recepção do artigo.

Os recorrentes se apoiaram no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e o STF endossou sua decisão com a Opinião consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, proferida no

²⁴ Ext 1126, Relator(a):Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2009, DJe-232. Divulgado em 10-12-2009. Publicado em 11-12-2009 EMENT VOL-02386-01 PP-00012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606649>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

²⁵ RE 511961, Relator(a):Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213. Divulgado em 12-11-2009. Publicado em 13-11-2009 EMENT VOL-02382-04 PP-00692 RTJ VOL-00213- PP-00605. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

Caso “La colegiación obligatoria de periodistas” pela Corte Interamericana, onde. Neste caso, o Governo da Costa Rica, mediante comunicação de 8 de julho de 1985, submeteu à Corte Interamericana uma solicitação de opinião consultiva sobre a interpretação dos artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (liberdade de expressão) em relação à obrigatoriedade de inscrição em ordem ou conselho profissional de jornalistas (Colegio de Periodistas), mediante a apresentação de título universitário, para o exercício da profissão jornalística, que decidiu, em 13 de novembro de 1985, que a obrigatoriedade do diploma para o exercício da profissão de jornalista viola o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo.

3.9 Pet 3388 / RR - Roraima²⁶

Esta Petição teve origem com uma ação popular contra a União, ajuizada em 20 de maio de 2005, pelo então senador da República Augusto Affonso Bote-lho Neto, onde se impugnou o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima, pedindo pela nulidade da Portaria nº 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, bem como do Decreto homologatório de 15.04.2005, este do Presidente da República. No julgamento foi declarada a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e afirmada a constitucionalidade do procedimento administrativo-demarcatório, observando algumas salvaguardas institucionais.

Em voto vista o Ministro Menezes Direito destacou a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Awas Tingni, que aplicou sanções à Nicarágua por entender que houve violação do direito de propriedade dos indígenas sobre suas terras, bem como ao seu bem-estar e integridade cultural. Apon-tando que a comunidade internacional não mede esforços para tentar aplicar aos Estados-Membros suas posições quanto a esses direitos. Pouco importando que no caso brasileiro a propriedade das terras indígenas seja da União (art. 21, XI, CR/88). Isto porque, na interpretação da Corte Interamericana, o art. 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Direito à Propriedade Privada), pode ser subordinado pela lei ao interesse social, devendo ser interpretado como abrangente dos direitos dos índios às suas terras, na forma de sua ocupação tradicional e seu enfoque coletivo.

Enquanto que, o Ministro Marco Aurélio, em voto vista, transcreveu trecho do discurso de Santiago A. Cantón, Secretário Executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humano, no Caso Ianomâmi: *No que se refere aos casos já decididos, há dois especialmente ilustrativos. O caso ianomâmi, decidido em 1985, fixou algumas referências iniciais na jurisprudência da Comissão sobre a relação entre a proteção dos direitos humanos e o meio ambiente. A queixa se referi a à*

²⁶ Pet 3388, Relator(a):Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009. Publicado em 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120. Divulgado em 30-06-2010. Publicado em 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-PP-00049. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

exploração de recursos naturais na região amazônica, inclusive à abertura de uma estrada em propriedades que tradicionalmente haviam estado em poder dos ianomâmi. Com a estrada sobreveio a invasão de operários, mineiros e colonizadores, o deslocamento de comunidades e a introdução de doenças contra as quais os ianomâmi careciam de mecanismos de defesa; as consequências foram devastadoras. As leis nacionais previam a demarcação das terras indígenas ancestrais, mas no caso dos ianomâmi isso não ocorreu. A Comissão recomendou a demarcação do território como medida essencial para remediar as violações. Ademais, a Comissão recomendou que os programas destinados ao atendimento das comunidades fossem realizados após consulta aos afetados. O dever de adotar medidas preventivas razoáveis nos casos de ameaça à vida e à integridade física e de consultar os afetados quanto à formulação e à aplicação da política pública são os dois princípios essenciais articulados nesse relatório.

3.10 ADPF 144 / DF - Distrito Federal²⁷

Esta arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, postulava a não recepção de parte das alíneas “d”, “e”, “g” e “h” do inciso I, do artigo 1º, e parte do artigo 15, todos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e foi julgada improcedente por maioria de votos.

Destaca-se o voto do Ministro Celso de Mello ao citar o Caso Cantoral Benavides julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde se apurou a responsabilidade internacional do Peru pela detenção ilegal e arbitrária de Luis Cantoral Benavides, atos de tortura durante seu encarceramento, a falta de investigação e punir os responsáveis pelo acontecido.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem destaca Flávia Piovesan,²⁸ da perspectiva multinível emergem quatro vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com o sistema global (mediante a incorporação de parâmetros protetivos de direitos humanos); o diálogo com os sistemas regionais (a envolver a “europeicização” do sistema interamericano e a “interamericanização” do sistema europeu); o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade); e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social).

Em relação ao sistema interamericano, Flávia Piovesan pondera que, diversamente do sistema regional europeu, o sistema regional interamericano tem em

²⁷ ADPF 144, Relator(a):Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035. Divulgado em 25-02-2010. Publicado em 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215- PP-00031. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

²⁸ FLÁVIA PIOVESAN. Sistema interamericano de direitos humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. Texto fornecido pela autora durante o curso de mestrado em Direito Socioambiental e Sustentabilidade na PUC-PR. 2015.

sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Sendo que o sistema interamericano é capaz de revelar as peculiaridades e especificidades das lutas emancipatórias por direitos e por justiça na região latino-americana. Frisa que este sistema apresenta uma particular institucionalidade marcada pelo protagonismo de diversos atores, em um palco em que interagem Estados, vítimas, organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, a Comissão e a Corte Interamericana no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

Atento a esta singular e própria evolução do sistema interamericano nota-se que sua interação com as decisões do STF, gradativamente, fortalece a proteção dos direitos humanos demonstrando a existência de uma perspectiva multinível de proteção.

REFERÊNCIAS

- ADI 4277, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 Public 14-10-2011 Ement VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- ADPF 132, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- ADPF 144, Relator(a): Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215- PP-00031. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- ADPF 153, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216- PP-00011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- AP 470 AgR-vigésimo quinto, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 14-02-2014 PUBLIC 17-02-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- AP 470 AgR-vigésimo sétimo, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 14-02-2014 PUBLIC 17-02-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276512>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

- AP 470 AgR-vigésimo sexto, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 14-02-2014 PUBLIC 17-02-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276407>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- AP 470, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo, e outros. *Proteção multinível dos Direitos Humanos. Manual*. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior. 2014. p. 316. Disponível em: <https://www.upf.edu/dhes-alfa/_pdf/PMDH_Manual_portugues.pdf>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28corte+adj+interamericana%29%28%40JULG%3E%3D+20060101%29%28%40JULG%3C%3D+20160101%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ht5mxgs>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2016.
- Ext 1126, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2009, DJe-232 DIVULG 10-12-2009 PUBLIC 11-12-2009 EMENT VOL-02386-01 PP-00012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606649>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- GALINDO, George e MAUÉS, Antonio. O Caso Brasileiro. *Proteção Multinível dos Direitos Humanos. Manual*. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior. 2014. p. 310. Disponível em: <https://www.upf.edu/dhes-alfa/_pdf/PMDH_Manual_portugues.pdf>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- HC 105348, Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 10-02-2011 PUBLIC 11-02-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=960532>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- HC 106171, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 13-04-2011 PUBLIC 14-04-2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1099369>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- HC 107731 Extn, Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 13/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2012 PUBLIC 02-03-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1786599>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- HC 109544 MC, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 09/08/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 30-08-2011 PUBLIC 31-08-2011 RTJ VOL-00219- PP-00544. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1411117>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

- HC 110185, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 14/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7046328>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- HC 110237, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 19/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 01-03-2013 PUBLIC 04-03-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3456276>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- HC 112936, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 05/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 16-05-2013 PUBLIC 17-05-2013 RTJ VOL-00224-01 PP-00533. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3805159>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- Pet 3388, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212- PP-00049. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- PIOVESAN, Flávia. *Sistema interamericano de direitos humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma*. Texto fornecido pela autora durante o curso de mestrado em Direito Socioambiental e Sustentabilidade na PUC-PR. 2015.
- RE 511961, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-04 PP-00692 RTJ VOL-00213- PP-00605. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- RE 591054, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-037 Divulgado 25-02-2015 Publicado 26-02-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.
- URUEÑA, René. *Proteção multinível de direitos humanos na América Latina? Oportunidades, desafios e riscos*. Proteção multinível dos Direitos Humanos. Manual. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior. 2014. p. 17-18. Disponível em: <https://www.upf.edu/dhes-alfa/_pdf/PMDH_Manual_portugues.pdf>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

ASILO POLÍTICO ÁS AVESSAS: DA HUMANIZAÇÃO DO DIREITO AO DIREITO À HUMANIZAÇÃO

POLITICAL ASYLUM TO AVENUES: FROM THE HUMANIZATION OF THE RIGHT TO THE RIGHT TO HUMANIZATION

ASILO POLÍTICO A LAS AVESAS: DE LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO AL DERECHO A LA HUMANIZACIÓN

WAGNER AUGUSTO HUNDERTMARCK POMPÉO*

RESUMO

A proteção à integridade individual em compasso a uma prerrogativa extraterritorial não é algo novo, embora, sem dúvida, tenha adquirido maior importância após a compreensão do conceito de direito cosmopolita, cuja pretensão é propiciar a construção de uma comunidade mundial de valores. O recente histórico de refugiados tem demonstrado ao mundo que o instituto do asilo político, assim como outros direitos humanos, não vem alcançando a efetividade que exige e merece os temas dessa natureza. Dessa maneira, o presente artigo tem por fundamento demonstrar à problemática que denuncia a inefetividade do asilo político para, posteriormente, cogitar medidas ao enfrentamento dos obstáculos que dificultam

* Bacharel em Direito, formado pela Faculdade Metodista de Santa Maria - FAMES, Instituição de Ensino Superior que compõe a Rede Metodista de Educação do Sul. Advogado, tem escritório – Martini, Medeiros e Tonetto Advogados Associados – na cidade de Santa Maria – RS. Especialista em Ciências Penais, Pós-Graduado pelo Instituto de Direito RS, Rede de Ensino LFG e UNIDERP-ANHANGUERA. Formado Pedagogicamente pelo Programa Especial de Graduação para Formação de Professores para o Ensino Profissional e Tecnológico, no eixo de Direito, Gestão e Negócios, da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. É Pós-Graduado em Gestão Pública pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Mestre na área de concentração “Direitos Emergentes na Sociedade Global”, com ênfase/linha de pesquisa afeta a “Direitos na Sociedade em Rede”, da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Doutorando em História pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, na área de concentração “História, pôde e cultura” e linha de pesquisa “Cultura, migrações e trabalho”, na qual é orientado pela Profa. Dra. Gláucia Viera Ramos Konrad. Foi professor em Cursos Preparatórios para as Carreiras Jurídicas Públicas e, atualmente, é Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. E-mail para contato: wagner@mmtadvogados.com.br.

o cumprimento seu e de outros direitos, igualmente humanos. Ao seu final, a maior preocupação desse trabalho é consolidar o entendimento de que em compasso a humanização do direito, vivida a partir da segunda guerra mundial, é necessário reconhecer, também, um direito à humanização. Para tanto, a pesquisa, como será visto, adotará metodologia dogmática e método de abordagem dedutivo.

Palavras-chave: Asilo político; Direitos Humanos; Cosmopolitismo.

ABSTRACT

The individual integrity protection in an extraterritorial prerogative is not something new, although, no doubt, has acquired greater importance after the understanding of the concept of cosmopolitan law, whose intention is to provide the construction of a world community of values. The recent refugees history has demonstrated to the world that the Institute of political asylum, as well as other human rights, not reaching the effectiveness that requires and deserves the topics of this nature. Thus, this article has brought on grounds of lack of to demonstrate to problematic that denunciation of political asylum for ineffectiveness, subsequently, consider measures to tackle the obstacles that hamper the fulfilment of other rights, and also humans. To its end, the major concern of this work is to consolidate the understanding that in the humanization of law, lived from the second world war, it is necessary to recognize a right of humanization. To this end, the research, as will be seen, will adopt dogmatic methodology and deductive approach method.

KEYWORDS: Political asylum; Human Rights; Cosmopolitanism.

RESUMEN

La protección a la integridad individual en compás a una prerrogativa extraterritorial no es algo nuevo, aunque, sin duda, haya adquirido mayor importancia tras la comprensión del concepto de derecho cosmopolita, cuya pretensión es propiciar la construcción de una comunidad mundial de valores. El reciente historial de refugiados ha demostrado al mundo que el instituto del asilo político, así como otros derechos humanos, no viene alcanzando la efectividad que exige y merece los temas de esa naturaleza. De esta manera, el presente artículo tiene por fundamento demostrar a la problemática que denuncia la ineffectividad del asilo político para, después, plantear medidas al enfrentamiento de los obstáculos que dificultan el cumplimiento suyo y de otros derechos, igualmente humanos. Al final, la mayor preocupación de este trabajo es consolidar el entendimiento de que en compás la humanización del derecho, vivida a partir de la segunda guerra mundial, es necesario reconocer, también, un derecho a la humanización. Para ello, la investigación, como se verá, adoptará metodología dogmática y método de abordaje deductivo.

Palabras clave: Asilo político; Derechos humanos; Cosmopolitismo.

INTRODUÇÃO

O asilo político remonta tempos antigos, imemoriais. Concebido como um direito das gentes, o mesmo consiste, em linhas gerais, na aceitação de um estrangeiro em território nacional, no intuito de lhe proteger a vida ou liberdade que, por motivos políticos ou sociais, em seu país de origem, encontra-se sob grave ameaça. Partindo dessa concepção conceitual, o presente trabalho visa dar ao instituto do asilo político uma abordagem crítica, com leves incursões à realidade brasileira e internacional.

Ao longo da história da humanidade, muitos foram os asilados políticos. No Brasil, não haveria ser diferente, sendo (I) Cesare Battisti e (II) Roger Pinto os últimos a terem tido êxito em pedido dessa natureza. Acusado de terrorismo na Itália, integrante de uma organização extremista nos anos 70, Cesare teria sido o responsável por mortes que acabaram lhe rendendo prisão da qual fugiu na década seguinte, em função do que julgado à revelia, foi definitivamente condenado a prisão perpétua.

Inicialmente preso em *terrae brasiliis*, Battisti foi posto em liberdade em 2009, quando Supremo Tribunal Federal decidiu o caso sem eu favor, por 6 votos a 3, ignorando, na ocasião, o tratado de extradição assinado pelo Brasil em 1989. O caso, a época, acabou por estremecer as relações diplomáticas entre os Brasil e Itália, em que pese posteriormente estabilizada.

Roger Pinto, mais recentemente, causou impasse diplomático que abalou as relações entre Brasil e Bolívia e acabou na exoneração de Antônio Patriota, então Ministro das relações exteriores. Na qualidade de senador na Bolívia, o mesmo chegou ao Brasil clandestinamente, após percorrer longo percurso —mais de 22 horas de carro—, da embaixada brasileira naquele país até aqui. Atualmente acusado em mais de 20 processos, que variam de desacato, venda de bens do Estado e corrupção, o mesmo já tem definida pena por abandono do dever e dano econômico ao Estado.

Opositor do regime de Evo Morales e por sido autoproclamado “perseguido político”, o senador boliviano chegou ao país após ficar mais de um ano confinado na embaixada brasileira em La Paz, da onde não teve sua saída franequada pela governo e justiça boliviana, mesmo que comunicados do asilo concedido pelo Brasil.

No cenário internacional, de modo ainda mais amplo, dois casos recentes despertaram repercussão geral e, por isso, demonstram pertinência para o presente trabalho: (III) Julian Assange, protagonista do caso Wikileaks, por onde publicou inúmeros documentos e vídeos de guerra, onde os Estados Unidos é acusado de violar normas protetivas aos direitos humanos; e (IV) Edward Snowden, que, em complementação àquele, revelou o escrutínio de informações e telecomunicações protagonizado pelo mesmo país, através, agora, de sua Agência de Segurança Nacional (NSA), em violação de igual teor e essência.

Completando um ano de sua chegada a embaixada do Equador em Londres em 16.07.2013, Assenge se encontra desde então segregado, à espera do mesmo

salvo conduto que no caso Roger Pinto não veio, obrigando-o deixasse clandestinamente o país em que se encontrava. Snowden, por outro lado, após algum tempo de espera, obteve, em 1º.08.2013, asilo temporário na Rússia, onde poderá permanecer pelo tempo máximo de 01 ano.

Como será visto adiante, esses casos, por sua escala global, demonstram vital importância para a temática internacional, sobretudo no que condiz a construção de perspectiva cosmopolita que tenciona a concretização de uma comunidade mundial de valores,¹ sustentada não apenas sob o raciocínio de humanização do direito, mas —e sobretudo—, do direito à humanização. Através de mencionados casos, busca-se despertar a necessidade de composição de uma solução multilateral, interestatal e interhumana, que permita pôr a salvo esse e outros direitos humanos que, ao que se vê do cenário contemporâneo, encontram barreiras à sua efetivação.

Para tanto, o trabalho será dividido em duas partes. Na primeira, que comprehende a (1) humanização do direito, efetua-se (1.1) um estudo progressivo acerca da origem da concepção e pensamento cosmopolita, para, depois disso, propiciar a compreensão dos (1.2) fundamentos do novo direito internacional, em que se nota a elevação do indivíduo como sujeito de direito internacional, como consequência à afirmação que tiveram os direitos humanos a partir da segunda guerra mundial. Na segunda parte, em que o estudo circunda (2) o direito à humanização, analisa-se, (2.1) os contornos políticos, filosóficos e jurídicos dos direitos humanos para, finalmente, perquirir (2.2) quais os caminhos alternativos a consolidação de um direito comum efetivo.

A pesquisa se revela bibliográfica, tendo método de abordagem dedutivo, concluindo, ao seu final, que é preciso reconhecer, além da humanização do direito, também um direito à humanização.

1. DA HUMANIZAÇÃO DO DIREITO

1.1. *Do passado ao presente: os diferentes olhares cosmopolitas*

Tratar de um tema cosmopolita sem que, para tanto, saiba-se de onde surgiu essa vertente de pensamento é algo que torna extremamente difícil a compreensão da conclusão a que quer chegar esse trabalho. A concepção do mundo e do pensamento cosmopolita que se tem hoje é algo construído gradativamente ao longo dos tempos. Em que pese muitos ignorem, é com o início na antiguidade, mais especificamente em torno do século IV A.C.,² quando do movimento cínico,³ cujo principal personagem foi Diógenes de Sinope, que questionado “De onde

¹ DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2011.

² BRANHAM, B. & GOLUET-CAZÉ, M.-O. “Introdução”. In _____ (Orgs.). *Os Cínicos: o movimento na antiguidade e o seu legado*. São Paulo: Loyola, 2007.

³ Movimento que pregava constante crítica das normas sociais, inclinando-se para que se tivesse uma vida mais próxima à natureza, em desapego aos bens materiais, no sentido de, com isso, aproximarem-se mais dos ideais de felicidade. MOLES, John. *Cosmopolitismo cínico*. In BRANHAM, B. & GOLUET-CAZÉ, M.-O. (Orgs.). *Os Cínicos: o movimento na antiguidade e o seu legado*. São Paulo: Loyola, 2007.

você é?” respondeu “Eu sou um cidadão do cosmos”, até hoje, muito se avançou no estudo do que é necessário ou permitiria construir um cosmopolitismo dedicado conciliação de iguais e diferentes.⁴

Sem ingressar na já burilada discussão acerca de ser o cosmopolitismo cínico negativo ou não,⁵ posto que em complemento aquela pergunta inicial, Diógenes disse “O único bom governo é o do cosmos” e que se tratava ele de um indivíduo “sem cidade, sem casa, sem pátria, um mendigo, um vagabundo, vivendo de um dia para o outro”, o fato é que, independentemente disso, não se pode pensar o cosmopolitismo sem compreender que é a partir dessa fala do protagonista cínico que desperta o estudo sob o qual se fundam as primeiras expressões internacionalistas ou cosmopolitas, do antigo ao moderno.⁶

Se na antiguidade eram os cínicos que desafiavam as instituições, no início da modernidade o cosmopolitismo ganha fôlego novo na obra de Immanuel Kant, onde se vê o desenvolvimento de uma filosofia do direito internacional e das relações internacionais.⁷ Isso por que em sua obra intitulada “A paz perpétua – um projeto filosófico” Kant esboça, através de seis artigos preliminares, três definitivos e dois suplementos, o que poderia, em sua visão, auxiliar para que se chegassem a uma realidade marcada pela ausência de conflitos bélicos entre democracias.

Por isso que a paz na perspectiva Kantiana demonstra pertinência não apenas para a época em que escrita,⁸ mas, sobretudo aos dias de hoje, onde, muito embora de lá para cá já se tenha percorrido séculos, ainda se persegue, tanto quanto antes, métodos que propiciem um real aperfeiçoamento das instituições de governo das sociedades humanas.⁹ Dentre esses métodos —todos igualmente importantes—, o que mais acrescenta à construção do pensamento cosmopolita é aquele intitulado como terceiro artigo definitivo, cuja ideia central é a de que “Os direitos cosmopolitas serão regidos pelas condições da hospitalidade universal”.¹⁰ Construído sobre uma estrutura principiológica, Kant difundiu, portanto, a concepção de que é sob os postulados da hospitalidade universal, que prega uma condição de cidadania universal a todos os habitantes da terra, que se fundaria o direito cosmopolítico.¹¹

⁴ A respeito disso, recomenda-se a leitura de: TOURAIN, Alan. Iguais e Diferentes. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

⁵ Essa discussão é levantada no que condiz a filosofia do direito, porquanto ao dizer que “O único bom governo é o da cosmos” Diógenes, para alguns, estaria supostamente rejeitando a pólis, enquanto para outros, pelo contrário, estaria apenas exercendo algo que é inato ao próprio movimento cínico, sem contudo dar a sua alegação contornos única e exclusivamente negativos. MOLES, John. Cosmopolitismo cínico. In BRANHAM, B. & GOLUET-CAZÉ, M.-O. (Orgs.). Os Cínicos: o movimento na antiguidade e o seu legado. São Paulo: Loyola, 2007.

⁶ MOLES, JOHN. Cosmopolitismo cínico. In BRANHAM, B. & GOLUET-CAZÉ, M.-O. (Orgs.). Os Cínicos: o movimento na antiguidade e o seu legado. São Paulo: Loyola, 2007.

⁷ A respeito disso, recomenda-se a leitura de: NOUR, Soraya. À paz perpétua de Kant – Filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

⁸ A obra em questão foi escrita no ano de 1795.

⁹ NOUR, Soraya. À paz perpétua de Kant – Filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ KANT, IMMANUEL. À paz perpétua. São Paulo: L&PM, 1989.

Com as expressões do século XX, todavia, o cosmopolitismo começa a ganhar um espaço nunca visto até então, fato que se comprova através das mais distintas teorias que surgiram nesse período. Exemplo disso é a teoria de democracia cosmopolita constituída na visão política de Held, que, fundamentada sob o princípio da autonomia,¹² evoca a possibilidade de que todos possam viver em liberdade, partindo do pressuposto de que cada uma das múltiplas identidades existentes deve reconhecer as outras como legítimas, negociando entre si certas questões, no sentido de que, com isso, se abandone a pretensão de que qualquer delas possa, eventualmente, julgar-se dona da última verdade no terreno da justiça, da bondade, do universo e espaço¹³.

Noutras palavras, através de seu princípio da autonomia, Held pregou a abolição de restrições inadequadas —políticas, sociais ou econômicas— do exercício da capacidade individual, a fim de, assim, garantir a autonomia de todos os membros da comunidade política, rumo a consolidação um direito público democrático.^{14 15}

Com Ulrich Beck,¹⁶ todavia, o cosmopolitismo ganha um maior aprofundamento sociológico, passando a ser conceitualmente definido como um processo linear, dialético, em que o universal e o contextual, semelhante e distinto, o global e local, não devem ser entendidos como polaridades culturais, mas sim como princípios interdependentes.¹⁷ O autor, na intenção de alcançar conceitual, empírica e politicamente um status de “realismo cosmopolita”,¹⁸ defende a idéia de que os Estados precisam, necessariamente, abrir-se para, mediante a criação e instituição de ações e estratégias conjuntas, combaterem os perigos e crises globais.¹⁹

¹² Dito princípio consiste na “capacidad de deliberar, julgar, escolher e agir de acuerdo con diferentes líneas de acción tanto na vida privada quanto na pública [...] O principio [da autonomia] pode ser afirmado como se segue: os individuos deveriam ser livres e iguales na determinación das condicões de suas próprias vidas; ou seja, eles deveriam gozar de direitos iguales [...] para especificar a estrutura que gera e limita as oportunidades disponíveis para eles, na medida em que não definam esta estrutura de modo a negar os direitos de outros.” HELD, D. Modelos de democracia. Belo Horizonte: Paidéia, 1987, p. 244-245.

¹³ HELD, David. La democracia y el orden global – Del estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona: Paidós, 1977.

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ Isso por que “Un Estado legal democrático proporciona el marco político para el desarrollo de una estructura común de acción política. Paradójicamente, la sanción de semejante marco exige la delimitación del alcance del poder popular: la soberanía popular debe ser limitada. El *demos* debe gobernar, pero dentro del marco de un conjunto de condiciones sociales, políticas y económicas equitativas que hace posible la vida democrática.” HELD, David. La democracia y el orden global – Del estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona: Paidós, 1997, p. 266.

¹⁶ BECK, Ulrich. La mirada cosmopolita o la guerra es la paz. Barcelona: Paidós, 2005.

¹⁷ *Ídem*, p. 104.

¹⁸ Beck usa essa expressão para enfatizar que, sob sua análise, o alcance do ideal cosmopolita, observadas suas ponderações, é algo completamente atingível. Ou, como ele próprio fez questão de dizer: “En el presente libro hemos tratado de dejar claro que no se debe confundir la mirada cosmopolita con el altruismo ni con el idealismo, sino que aquélla significa realismo y, en nuestro caso concreto, interés esperado de los Estados transnacionales”. BECK, Ulrich. La mirada cosmopolita o la guerra es la paz. Barcelona: Paidós, 2005, p. 243.

¹⁹ A respeito disso, Beck assevera que: “Los peligros que amenazan a los Estados, hoy y mañana, tienen una doble cara básica: derriban las fronteras entre lo nacional y lo internacional, pero también relativizan la simetría de poder de los Estados. Incluso la nación más poderosa del mundo se siente impotente ante estas

Posteriormente, na concepção “sustentável e parcial” de Kwame Appiah,²⁰ o cosmopolitismo passou a ser trabalhado de uma maneira bem diferente daquela sob a qual se fundou o pensamento de Kant, seguiu a democracia política de Held e mesmo a visão sociológica de Beck. Appiah discute não somente os fundamentos do cosmopolitismo²¹ mas, sobretudo, quais os conflitos que sob essa perspectiva lhe parecem infinitos. Isso por que, para além das diferenças práticas, comparadas às necessidades dos indivíduos da sociedade contemporânea e de sua antecessora tradicional, diz o autor, não se teve grandes mudanças. A idéia trabalhada a partir disso, então, denota que o convívio humano no mundo cosmopolita, composto pelas mais distintas culturas, exige acordos práticos, através dos quais se possa conciliar as diferenças fundamentais comuns.

O alemão Otfried Höffe,²² por outro lado, surge pregando a idéia de construção de uma ordem jurídica estatal mundial, em recusa a idéia de concepção de um Estado mundial homogêneo.²³ Partindo da concepção de que nesse mundo global as ações²⁴ praticadas também devem ter essa idêntica característica, Höffe aponta como caminho à humanidade a instituição de uma ordem jurídica e estatal de natureza internacional, que se estabeleça, graças à auto-organização, como uma democracia cosmopolita qualificada, na esteira de uma modernização normativa, com direitos humanos, soberania do povo e separação de poderes.²⁵ 26

amenazas: actuar em solitario resulta ineficaz o contraprudente.” BECK, Urlich. La mirada cosmopolita o la guerra es la paz. Barcelona: Paidós, 2005, p. 243.

²⁰ APPIAH, KWAME ANTHONY. La ética en un mundo de extraños. Madrid: Katz Editores, 2007; e APPIAH, Kwame Anthony. La ética de la identidad. Buenos Aires: Katz, 2007.

²¹ Também compreendido pelas variações, tais como multiculturalismo, relativismo e etc.

²² HÖFFE, OTFRIED. A democracia no mundo de hoje. São Paulo: Martins Fontes, 2005; e HÖFFE, Otfried. Derecho intercultural. Barcelona: Gedisa, 2000.

²³ “Posto que as pessoas, dentro de seus próprios limites, seguem regras coletivas, tais como costumes e direitos, vê-se então despontar uma vontade de que também se estabeleçam relações transnacionais sob uma forma jurídica. Atribui-se a uma vontade jurídica desse tipo, internacional e transnacional, atravessando, pois, os limites impostos por fronteiras, o surgimento dos primeiros impulsos e dos trabalhos pioneiros na área de um Direito supranacional. Desde o início, houve duas áreas de atuação nesse campo jurídico: um Direito Internacional Público, ou Direito das Gentes, que cuida das relações interestatais, e um Direito Internacional Privado, mais tarde, Direito Cosmopolítico, que regula as relações intersociais, ou seja, o comércio, o casamento entre cidadãos de países diferentes e o intercâmbio científico e cultural” HÖFFE, Otfried. A democracia no mundo de hoje. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 16.

²⁴ Acerca desse agir global, Höffe diz: “Ainda será necessário averiguar em exatidão em que áreas de atuação urge uma ação global e que princípios deverão norteá-la. Nos três grupos de fenômenos, porém, já se delineam três áreas: (1) no intuito de se abolir a comunidade de violência, é imperativo que se instaure uma ordem global de direito e paz; (2) a comunidade de cooperação global carece de uma esfera de ação imparcial pautada pela justiça, abrangendo desde medidas contrárias a distorções de concorrência por parte dos Estados até a garantia de critérios sociais e ecológicos mínimos; (3) por último, a fome e a miséria lançam questionamentos acerca de justiça social, mas também de solidariedade global e de filantropia global”. HÖFFE, Otfried. A democracia no mundo de hoje. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 22.

²⁵ Esses “três imperativos só fazem jus a sua universalidade se são reconhecidos em escala mundial. Uma vez que a completa teia de relação da Humanidade, a sociedade mundial, tem de assumir o compromisso de se submeter ao direito de vincular o direito ao Estado e este à democracia qualificada, uma ordem jurídica mundial só é imperativa se coroada por uma República Mundial.” HÖFFE, Otfried. A democracia no mundo de hoje. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 503.

²⁶ HÖFFE, OTFRIED. A democracia no mundo de hoje. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 502.

Jürgen Habermas²⁷ em sua “Constelação pós-nacional”, por outro lado, não tem a pretensão se institua um governo mundial, mormente acredice isso seja algo surreal. Sua idéia esboça, pelo contrário, a pretensão – por ele considerada possível, comparada àquela – de que as superpotências industriais acabem, consensualmente, dotando as Nações Unidas de certo grau de força política e militar, ao mesmo tempo em que possam elas manter entre si relações pacíficas.²⁸

Um direito dúctil, é isso que, na opinião de Gustavo Zagrebelsky,²⁹ exige o cosmopolitismo. Membro da Associação Italiana de Constitucionalistas, posteriormente nomeado presidente do Tribunal Constitucional Italiano, sua obra transcende o plano constitucional e alcança também as áreas de Teoria e Filosofia do Direito. O italiano, descendente de Russos, após traçar as características gerais do direito constitucional moderno e observar que nele a coexistência de princípios e valores é cada vez mais conflituosa,³⁰ disse que a integração —da qual decorre a ideia de ductibilidade constitucional— se assentava sob dois termos: a coexistência e o compromisso.³¹

Noutras palavras, sensibilizado de que a condição espiritual do tempo em que vivemos é decorrente da aspiração aos inúmeros princípios que conformam uma plural convivência, e que, assim, nenhum deles pode ser concebido de maneira absoluta, pelo que se deve mitigar o tradicional imperativo da não contradição, o autor diz que se deve evitar a adesão unilateral a um projeto político particular fechado. Para tanto, propõe a relativização dos grandes temas de direito constitucional, para o fim de que, finalmente, possam (todos) coexistir. Sugere, assim, a idéia de imaginariamente redimensionar a concepção da pirâmide Kelsiniana, por que não se pode “considerar la constitución como algo que está arriba sino algo que está debajo”,³² uma vez que base de uma convivência pluralista.³³ Isso se deve por que esse direito constitucional caracteristicamente principiológico, exige a

²⁷ HABERMAS, JÜRGEN. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaio político*, São Paulo, Littera Mundi, 2001.

²⁸ No que diz respeito a essa ordem mundial pacífica —Weltfriedensordnung—, Habermas se apóia sob o pensamento Kantiano para defender que as superpotências mundiais só atingirão tal ideal quando deixarem de ser agressivas e firmarem culturas políticas.

²⁹ ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia*. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2003.

³⁰ A respeito disso, destaca Zagrebelsky: “Las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido pasado, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto determinado de vida en común, sino realizar las condiciones de posibilidad de la misma” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia*. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 13.

³¹ Desta feita, não há se falar em uma política amigo-inimigo, mas sim na integração “a través de la red de valores y procedimientos comunicativos que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia*. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 15.

³² ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia*. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 13.

³³ A respeito disso, acrescenta o autor, é preciso: “Concebirla no como constitución sovrana sino como constitución sotana, aunque tal vez sea inútil inventar palabras nuevas.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia*. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 14.

adoção e construção de uma dogmática “fluída” ou “líquida”,³⁴ na qual o único conteúdo “sólido” que se deve ter é a exigência de compromisso e coexistência dos múltiplos valores e princípios constitucionais³⁵.

Não é em vão, por outro lado, as críticas realistas de Nestor García Canclini e Danilo Zolo. Canclini,³⁶ atento ao cenário Latino-Americano, compara-o a Europa e países como Estados Unidos e Japão, mostrando no que se aproximam e afastam, revelando, a partir disso, que a globalização não uniformiza tanto quanto se pensa, mas, em contrário, acentua as diferenças centro-periferia, fato que torna ainda mais difícil o ideal cosmopolita. Zolo, baseado no cenário Europeu, critica, por sua vez, o que classifica como um pacifismo institucional cosmopolita, procurando maneiras de viabilizar a criação de um governo mundial forte, pois entende como “illusione illuminista, con il suo universalismo cosmopolita prescrittiva e ingenuo ottimismo”^{37a} a perspectiva de valorização das instituições transacionais para a realização e manutenção da paz. Sua abordagem prega políticas condizentes com o direito internacional em seu paradigma vestefaliano, para o qual se deve adotar práticas flexíveis e não invasivas.

Vê-se, assim, que a gênese e desenvolvimento do pensamento cosmopolita comporta, sob diferentes perspectivas, múltiplos olhares, para os quais, vale destacar, não estamos restritos ou estagnados apenas aos autores que, por questão de tempo/espaço, foram mencionados junto a esse tópico. Embora escolhidos preferencialmente a outros tantos, dada a profundidade teórica de suas respectivas obras, nada obsta que esse leitor possa, em busca de um apanhado ainda mais completo sobre a matéria, analisar, também, os apontamentos de Norberto Bobbio, Antonio Cassese, Richard Falk, Timothy Brennan, Anthony McGrew e Hans Kelsen, por exemplo.

O que se quis demonstrar, todavia, é que independentemente de se analisado de modo real ou utópico, o fato é que a temática vem angariando um número cada vez maior de estudiosos. Diferentemente de seu princípio, entretanto, nota-se, agora, uma maior preocupação com a figura do indivíduo, que enquanto sujeito de direito internacional, entremeio a uma ordem cosmopolita, teve reforçado, especialmente pós-segunda guerra, seus direitos de cunho humanitário, cuja defesa passa a ser exigida não apenas no âmbito interno, no que diz respeito a cada Estado-Nação, mas, também, dos sistemas internacionais de justiça, que agem no

³⁴ A concepção de fluidez ou liquidez de Zagrebelsky se aproxima, em muito, da utilizada por Zygmunt Bauman, e sua obra “Modernidade líquida”. Nela o sociólogo Polonês, erradicado na Inglaterra, metaforiza que: “Se o ‘fundir a fim de solidificar’ era o paradigma adequado para a compreensão da modernidade em seu estágio anterior, a ‘perpétua conversão em líquido’, ou o ‘estado permanente de liquidez’, é o paradigma estabelecido para alcançar e compreender os tempos mais recentes - esses tempos em que nossas vidas estão sendo escritas”. BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 13.

³⁵ Observa o autor: “La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten —los conceptos— mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un sólo componente pueda imponerse o eliminar a los demás.” ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia. 5^a ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 17.

³⁶ CANCLINI, NÉSTOR. Globalização Imaginada. São Paulo: Iluminuras, 2003.

³⁷ ZOLO, DANILLO. Cosmopolis - Las prospectiva Del governo modiale. Milano: Feltrinelli Editore, 2008, p. X.

exercício das prerrogativas instituídas mediante os instrumentos de proteção – globais e específicos – que surgiram a partir de então.

1.2. A elevação do indivíduo enquanto sujeito do direito internacional e a afirmação do instituto do asilo político enquanto direito humano

Atravessamos um tempo em que o Direito Internacional, após ter sido compreendido como a regulação direta ou indireta das relações do Estado em seu conjunto, revela-se essencialmente reestruturado. Fundamentado sobre a proteção internacional dos direitos humanos e meio ambiente, esse novo Direito Internacional, Direito Internacional Moderno ou mesmo Direito Cosmopolita é resultado direto da conjuntura globalizante³⁸ que passou a alterar substancialmente o para-digma contemporâneo.³⁹

Isso tem ocorrido para propiciar que a agenda internacional do século XXI consiga acompanhar as transformações e fenômenos globais que, notadamente, têm surgido nas últimas décadas,⁴⁰ obrigando a procura de meios alternativos ao enfretamento de problemas que exigem a construção de alternativas multilaterais, para que, enfim, não se perca de vista a tão almejada comunidade de destino a que se refere Delmas-Marty.⁴¹

É nesse contexto que o pensamento cosmopolita encontrou terreno fértil a florescer, deixando de lado a antiga perspectiva que se limitava a delineá-lo como um mero conjunto de normas feitas pelo Estado e para o Estado para, sobretudo após a segunda guerra mundial, passar a reconhecer a necessidade de tutelar também os direitos individuais no contexto jurídico internacional. Prevaleceu o entendimento de que “o direito das gentes não mais se cingiria aos interesses nacionais particulares, passando a dizer respeito também aos direitos dos indivíduos”⁴²

³⁸ Nesse sentido, recomenda-se leitura: SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional público*, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002, respectivamente capítulos 15 e 16, p. 335-437

³⁹ Esse contexto é marcado e caracterizado “por uma maior interdependência global em que o centro da articulação da sociedade internacional desloca-se, em grande medida, dos Estados-nação soberanos para os novos atores internacionais, como as organizações internacionais, as empresas transnacionais e as organizações não-governamentais, epassaaseconstitui apartirdenovos canais de comunicação de novas referências significativas, não mais nacionais e sim mundiais” BRUM, Argemiro Luís; BEDIN, Gilmar Antonio. Globalização e Desenvolvimento: algumas reflexões sobre as transformações domundoatuales suas implicações no processo dedesenvolvimento. In: Revista Desenvolvimento em Questão, n. 2, Ijuí: Ed. Unijuí, 2003, p. 12-13.

⁴⁰ “A proteção internacional dos direitos humanos e o Direito Internacional do meio ambiente (...) ao lado da democracia, passaram a marcar, de maneira ampla e inovadora, a nova agenda internacional do século XXI, notadamente após as grandes mudanças ocorridas no planeta em virtude do processo de globalização, cujos reflexos são marcantes e decisivos para o entendimento dos novos fenômenos globais surgidos no planeta desde então”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito Internacional do meio ambiente. *Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais*. Cuiabá, Ano 1, n. 1. jan.-jun. 2007, p. 170.

⁴¹ DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeur?* Paris: Seuil, 2011, p. 11.

⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito Internacional do meio ambiente. *Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais*. Cuiabá, Ano 1, n. 1. jan.-jun. 2007, p. 173.

Essa quebra de paradigma fez com que se impusesse sobre o direito um ar de humanização jamais antes vista. O ser humano passou a ser incluso, de maneira inédita, em um lócus antes reservado apenas aos Estados e às organizações internacionais, de modo que é, tanto quanto eles, sujeito de Direito Internacional público. Aliás, como bem esclarece Antônio Augusto Cançado Trindade,⁴³ essa mudança substancial na forma de encarar o contexto jurídico internacional decorreu do fato de que era necessário buscar maior aproximação entre os domínios da proteção do ser humano e seu meio ambiente —até então tratados separadamente—, pois consistentes nos maiores desafios do nosso tempo, justamente por afetem os rumos e destinos de todo o gênero humano, em uma relação de caráter “solidário”⁴⁵, que o situa para além da subjacente distinção entre direitos individuais e coletivos.

Assim, depois da Segunda-Guerra Mundial, nota-se que muitos Estados acabaram por positivar no próprio corpo de suas Constituições “direitos fundamentais” ou “direitos e deveres” de seus cidadãos, cuja violação poderia ser questionada tanto perante a jurisdição do direito comum, como perante um tribunal ou corte supranacional.⁴⁶

Sem dúvida que esse fenômeno inacabado, ao qual se pode referir como um movimento de “constitucionalização do direito”, contribuiu para a emergência dos direitos do homem entremeio ao direito interno. Por outro lado, esse fenômeno também é acompanhado por um fenômeno de “internacionalização” iniciado pela promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos,⁴⁷ mesmo que se tenham, ainda, imensas zonas de resistências⁴⁸ à internacionalização que represente a reciprocidade de um real controle supranacional e não a hegemonia de um Estado que impõe suas normas a todos os demais.⁴⁹

Antes disso, entretanto, pode-se dizer que a preocupação internacional dos direitos humanos teve como um de seus primeiros marcos normativos a chamada Declaração da Virgínia, Estados Unidos, que remonta o ano de 1776. Algum tempo depois, já em 1789, nota-se o surgimento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, entremeio à grande repercussão da Revolução Francesa, acabou por obter maior atenção do que sua antecessora.⁵⁰ Não para por aqui, pois, como exemplo se tem, ainda, as Convenções latino-americanas, que desde 1889 vêm sendo realizadas periodicamente, a Convenção sobre Asilo de Havana, datada de 1928, a Convenção sobre Asilo Político de Montevidéu, de 1933, o

⁴³ CANÇADO TRINIDADE, ANTÔNIO AUGUSTO. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

⁴⁴ Nesse mesmo sentido, também: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

⁴⁵ DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Por um direito comum*. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 182.

⁴⁶ *Ídem*, p. 181.

⁴⁷ *Ídem ibidem*.

⁴⁸ Como é o caso dos Estados Unidos da América e a República Popular da China.

⁴⁹ DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Por um direito comum*. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 48.

⁵⁰ SILVA, Andréa Lúcia Alves da. Os refugiados no cenário mundial e a garantia dos direitos humanos através de uma cultura de paz. Disponível em: <bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/aladas1.rtf>. Acessado em: 10 jan 2014.

Tratado sobre Asilo e Refúgio Político de Montevidéu, em 1939, e, por fim, a Convenção Interamericana sobre Asilo Diplomático de Caracas, de 1954.

Entretanto, é a partir da Segunda Guerra Mundial, em 1945, que, surgida em resposta às atrocidades cometidas pelo nazismo na Alemanha Hitlerista, a proteção internacional dos direitos humanos encontrou maior sustentação mediante da criação da Organização das Nações Unidas. O divisor de águas que consolidou a matéria, todavia, só surgiu em 1948: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujos princípios passaram a fortalecer a idéia de necessidade de construção de um direito comum.⁵¹ Antes disso, vale destacar, a matéria era contemplada por pouquíssimos dispositivos legais, todos de ordem interna, o que mudou drasticamente a partir e então, quando, após a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, surgiram, também, inúmeros acordos e tratados internacionais destinados a proteger os direitos individuais fundamentais.

Em momentos anteriores, vale lembrar, as questões relativas aos direitos humanos só eram discutidas quando de guerras determinadas. Mesmo assim, dita discussão era conduzida somente até o ponto em que se dizia haver a impossibilidade de ingerência de um Estado em outro, momente havia, ainda, a velha e ultrapassada concepção de que temas como o respeito às minorias dentro dos territórios nacionais e o direitos de expressão política não deviam ser assim abordados, para que não se ferisse o até então incontestável, intocado e absoluto princípio da soberania.⁵²

Com a criação da Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos que se estabeleceram os principais mecanismos de proteção global⁵³ e específicos⁵⁴ que se tem hoje. O próprio Brasil, inclusive, faz parte dos principais⁵⁵ acordos e tratados internacionais destinados à proteção internacional dos direitos humanos e meio ambiente.

⁵¹ DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeur?* Paris: Seuil, 2011, p. 11.

⁵² MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito Internacional do meio ambiente. *Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais*. Cuiabá, Ano 1, n. 1. jan.-jun. 2007, p. 173.

⁵³ Ilustrado pelos Pactos Internacionais, dos quais são exemplos o de Direitos Civil e Políticos e o dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos datados de 1966.

⁵⁴ Ilustrado pelas Convenções Internacionais de Combate a Tortura, à Discriminação Racial, à Discriminação Contra as Mulheres, à Violação dos Direitos da Criança.

⁵⁵ Exemplos desses acordos e tratados internacionais são, por exemplo: “a) a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, adotada pelas Nações Unidas, em Nova York, em 09.05.1992, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 1, de 03.02.1994, e promulgada pelo Decreto n. 2.652, de 01.07.1998; b) o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, adotado em Quioto, Japão, em 14.12.1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, tendo sido aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 144, de 20.06.2002, e ratificado em 23.08.2002 e; c) a Convenção sobre Diversidade Biológica, adotada na cidade do Rio de Janeiro, em 05.06.1992, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 2, de 03.02.1994, e promulgada pelo Decreto n.º 2.519, de 16.03.1998, tendo entrado em vigor internacional em 29 de dezembro de 1993”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito Internacional do meio ambiente. *Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais*. Cuiabá, Ano 1, n. 1. jan.-jun. 2007, p. 175.

O asilo político, enquanto mecanismo internacional de proteção ao refugiado, é um dos institutos jurídicos tutelados por mencionados mecanismos, mais especificamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que em seu artigo XIV, item “1”, trás a previsão de que “toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”, enquanto que, em seu item “2”, esclarece, que este direito, em contrapartida, “não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.”

Se bem analisado, todavia, o asilo político é instituto que remonta tempos bastante distantes, não sendo, assim, uma invenção “pós-guerra”. Tanto que ao longo da história da humanidade muitos foram os registros nos quais se sabe alguém teve que, contrariando sua vontade, deixar sua terra.⁵⁶ Na própria bíblia, tem-se, no livro Génesis —embora não somente nele—, situação que ilustra muito bem dita realidade, quando Deus expulsa Adão do Jardim do Eden. Não obstante, relatos históricos dão conta de que a proteção aos estrangeiros já era reconhecida também pelas civilizações antigas, havendo registros seus junto à história egípcia e hebraica, por exemplo.⁵⁷

É nos registros constantes na história da Grécia e Roma antigas, entretanto, que se nota não apenas o asilo enquanto instituto, mas sua variação, que acabou fazendo deixasse de ser motivado por questões meramente religiosas, para, a partir disso, tornar-se também um instrumento efetivamente político.⁵⁸

Até então, vale lembrar, o direito Romano permitia a concessão de asilo somente àqueles que não culpados por crimes cometidos em contrariedade as leis da época, ou seja, os considerados injustamente perseguidos pelo poder público. É no século XVII, todavia, que o instituto do asilo mais se desenvolveu, ocasião em que diretamente influenciado pelos internacionalistas da época —Grotius,⁵⁹ Wolff⁶⁰ e Suarez—,⁶¹ para quem o asilo era concebido como direito natural, de modo que, portanto, o Estado estava obrigado a aceitá-lo, dado seu dever humanitário.

É nessa mesma linha de raciocínio que a França, já no século seguinte, se tornou o primeiro país europeu a positivar, em caráter constitucional, o direito a asilo. Isso por que no art. 120 da Constituição de 24 de Junho de 1973, o povo Francês já se comprometia a dar “asilo aos estrangeiros exilados de sua pátria por causa da liberdade”.⁶²

⁵⁶ BARRETO, LUIZ PAULO Teles F. Das diferenças entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio. Disponível em: <www.migrante.org.br>. Acessado em: 29 dez 2013.

⁵⁷ BARRETO, LUIZ PAULO Teles F. Das diferenças entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio. Disponível em: <www.migrante.org.br>. Acessado em: 29 dez 2013.

⁵⁸ SILVA, ANDRÉA LÚCIA ALVES DA. Os refugiados no cenário mundial e a garantia dos direitos humanos através de uma cultura de paz. Disponível em: <bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/aladaa/alves1.rtf>. Acessado em: 10 jan 2014.

⁵⁹ GROTIUS, HUGO. *Of the Rights of War and Peace*. Londres, 1715.

⁶⁰ OLIVE, L. WOLFF. *Les fondateurs du droit international: leurs oeuvres, leurs doctrines. avec une introduction de Antoine Pillet*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904.

⁶¹ SUÁREZ, FRANCISCO. *De legibus: de iure gentium*. org. L. Pereña et al, vol 4, Madrid, 1973.

⁶² SILVA, Andréa Lúcia Alves da. Os refugiados no cenário mundial e a garantia dos direitos humanos através de uma cultura de paz. Disponível em: <bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/aladaa/alves1.rtf>. Acessado em: 10 jan 2014.

Com o passar dos tempos, entretanto, especificamente no que diz respeito a sua natureza, o direito a asilo sofreu importantes modificações, deixando de lado aquela concepção que inicialmente o classificara como direito natural – e, portanto, direito humano individual –, para passar a ser tratado como um direito do Estado em acolher ou não dado estrangeiro. Somente no início do século XIX que surge a temática da extradição, pela qual, à época, os Estados nacionais europeus passaram a entregar os requerentes de asilo aos Estados onde haviam praticado crimes comuns. Com isso, o princípio da não extradição se aplicava para o caso de crimes políticos, exceto quando praticado contra chefes de Estado.

Hoje em dia essa concepção é bem mais complexa, eis que compreende, além de requisitos, algumas limitações. Com efeito, ao contrário de outros momentos da história, não se tem hoje nenhuma espécie de refúgio inviolável, concedido à revelia de uma efetiva e manifesta motivação e sua respectiva comprovação, sobretudo por que no mais das vezes o asilo concedido acaba gerando incidentes diplomáticos.

Disso se extraí, portanto, que a concessão de asilo é o anuir de um Estado soberano com o ingresso de estrangeiro, mediante concessão de expressa autorização, posto o fato de, por motivo de perseguição, intolerância ou guerra, ter sido obrigado a fugir de sua terra.

2. DO DIREITO À HUMANIZAÇÃO

2.1. *Direitos humanos: um problema não filosófico, mas político e jurídico?*

Mesmo que o instituto do asilo político não seja uma criação que se estabeleceu após o que se nomeou como período de humanização do direito, lógico que dele faz parte, pois apesar de preexistente, é com sua positivação junto a Declaração Universal dos Direitos do Homem que ele acabou por angariar maior expressão e importância. Não há dúvidas que a humanização do direito, consolidada mediante a criação de inúmeros tratados e acordos internacionais destinados a proteção internacional dos direitos humanos e meio ambiente acabou sustentando a emergência de um novo direito constitucional, que se apresenta, hoje, essencialmente cosmopolita.

Mais do que nunca, nesta recém iniciada segunda década do século XXI, vê-se, entretanto, que em muitos aspectos as promessas feitas outrora se encontram, ainda, consolidadas exclusivamente no plano formal. Tanto que, não é a toa já dizia Bobbio⁶³ que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem hoje não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. Por isso, acrescentava ele, compreender os direitos humanos como “um problema não filosófico, mas político”,⁶⁴ para o qual, acertadamente, Saldanha e Bolzan de Moraes acrescentam, ainda, uma perspectiva também jurídica.⁶⁵

⁶³ BOBBIO, NORBERTO. A era dos direitos. Rio de Janeiro Elsevier, 2004, p. 23.

⁶⁴ *Idem, ibidem.*

⁶⁵ SALDANHA, JÂNIA; BOLSAN DE MORAIS, JOSÉ LUIS. A cosmopolitização da justiça e a justiça da cosmopolitização.

Prometeu muito, efetivou pouco. É essa a sensação que desponta em compasso aos postulados conquistados no período de humanização do direito. Embora se tenha notado avanço quanto ao reconhecimento, não é preciso ser especialista para verificar que, em muitos casos, flagrante a inefetividade, total ou parcial, de muitas das fontes legislativas que sugiram para, no cenário internacional, ocupar-se dos direitos das gentes. E exemplo disso é o próprio instituto do asilo político, que, no mais das vezes, vem sendo articulado “às avessas”.

Ao longo da história da humanidade, muitos foram os asilados políticos. René Descartes nos Países Baixos, Voltaire na Inglaterra e Thomas Hobbes na França são apenas alguns poucos exemplos de quem já lançou mão de pedidos dessa estirpe. No Brasil, não haveria ser diferente, sendo, recentemente, Cesare Battisti e Roger Pinto os últimos a terem tido êxito em pedido dessa natureza. Acusado de terrorismo na Itália, integrante de uma organização extremista nos anos 70, Cesare teria sido o responsável por mortes que acabaram lhe rendendo prisão da qual fugiu na década seguinte, em função do que, julgado à revelia, foi definitivamente condenado a prisão perpétua.

Inicialmente preso em *terrae brasiliis* no ano de 2007, Battisti foi considerado livre em 2011, quando Supremo Tribunal Federal, na análise dos autos da Extradição de nº. 1.085, considerou, por 6 votos a 3, que mesmo que a decisão do então Presidente Luís Inácio Lula da Silva tenha desconsiderado o tratado de extradição assinado pelo Brasil em 1989, tratava-se ela de ato soberano e que, portanto, não poderia sequer ser analisado pelo Corte. A essa altura, vale lembrar, Battisti já tinha conquistado o status de refugiado, por meio de decisão proferida por Tarso Genro, então Ministro da Justiça, no ano de 2009. O caso, a época, acabou por estremecer as relações diplomáticas entre Brasil e Itália, posteriormente estabilizadas.

Roger Pinto, mais recentemente, causou novo impasse diplomático, agora entre Brasil e Bolívia, e que acabou na exoneração de Antônio Patriota, então Ministro das relações exteriores. Na qualidade de senador na Bolívia, o mesmo chegou ao Brasil clandestinamente, após percorrer longo percurso —mais de 22 horas de carro—, da embaixada brasileira naquele país até aqui. Atualmente acusado em mais de 20 processos, que variam de desacato, venda de bens do Estado e corrupção, o mesmo já tem definida pena por abandono do dever e dano econômico ao Estado.

Opositor do regime de Evo Morales e por sido autoproclamado “perseguido político”, o senador boliviano chegou ao país após ficar mais de um ano confinado na embaixada brasileira em La Paz, da onde não teve sua saída franequada pela governo e justiça boliviana, mesmo que comunicados do asilo concedido pelo Brasil.

No cenário internacional, de modo ainda mais amplo, dois casos recentes também despertaram repercussão geral e, por isso, são classificados como pertinentes ao presente trabalho: Julian Assange, no caso Wikileaks, que publicou inúmeros documentos e vídeos de guerra, pelos quais os Estados Unidos são acusados de violar direitos humanos, e Edward Snowden, que, em complementação àquele,

revelou o escrutínio de informações e telecomunicações protagonizado pelo mesmo país, através, agora, de sua Agência de Segurança Nacional (NSA).

Completando um ano de sua chegada a embaixada do Equador em Londres em 16.07.2013, Assenge se encontra desde então segregado, à espera do mesmo salvo conduto que no caso Roger Pinto não veio, obrigando-o deixasse clandestinamente o país em que se encontrava. Snowden, por outro lado, após algum tempo de espera, obteve, em 1º.08.2013, asilo temporário na Rússia, onde poderá permanecer pelo tempo máximo de 01 ano.

Os quatro casos aqui mencionados demonstram vital importância para a temática internacional, bem ilustrando a inefetividade que insiste em acometer os direitos humanos consagrados no período de humanização do direito e que exigem, agora, construa-se uma perspectiva cosmopolita apta a viabilização de uma comunidade mundial de valores,⁶⁶ fundamentada sob não somente a humanização do direito, mas e sobretudo, sob o direito da humanização. Isso por que em pelo menos dois dos mencionados casos —Roger Pinto e Julian Assenge—, mesmo que sabidamente já se saiba da concessão de asilo político por parte de algum Estado soberano, verifica-se uma inaceitável restrição ao direito de dignidade e liberdade dos refugiados.

Essa restrição soa como violação aos direitos humanos, uma vez que fere o que se tem por irredutível humano,⁶⁷ pois a Declaração Universal dos Direitos Humanos garante (a) em seu art. 1º: que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos; (b) em seu art. 2º: que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie; (c) em seu art. 3º: que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal; (d) em seu art. 4º: que ninguém será mantido em escravidão ou servidão, que vão proibidos em todas as suas formas; (e) em seu art. 5º: que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; (f) em seu art. 6º: que toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei; (g) em seu art. 7º: que todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, à igual proteção da lei, contra qualquer discriminação ou mesmo incitação que viole a Declaração.

Portanto, no momento em que os Estados em que se encontram os refugiados, —tal qual a Inglaterra, no caso Assenge, e Bolívia, no caso Roger Pinto—, por questões diplomáticas e estritamente políticas decidem por não lhes conferir salvo conduto para que possam deixar seu território rumo ao asilo já declaradamente concedido, há nítida violação aos direitos humanos, uma vez que sua postura passa a configurar afronta, direta ou reflexivamente, aos dispositivos recém indicados.

É essa incoerência no trato dos direitos humanos, aqui ilustrada mediante o exemplo dos refugiados que acabam vivendo verdadeiro cárcere privado em embaixadas, que se reforça a denúncia antes feita por Bobbio⁶⁸ e Saldanha e Bolzan

⁶⁶ DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Vers uma communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2010.

⁶⁷ DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Por um Direito Comum.* São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 299.

⁶⁸ BOBBIO, NORBERTO. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro Elsevier, 2004, p. 23.

de Morais,⁶⁹ no sentido de que a problemática dos direitos humanos tem um cunho muito mais político e jurídico do que filosófico. Prova disso é que, como foi notícia mundo a fora, em julho de 2013 a aeronave que transportava o Presidente da Bolívia, Evo Morales, foi supostamente proibida de sobrevoar os espaços aéreos de Portugal, França, Itália e Espanha, dada a suspeita de que, em retorno da Rússia, onde presente em reunião técnica sobre produção de gás, estivessem trazendo a bordo Edward Snowden.

Em um contexto que deixa claro existe uma dissintonia entre o reconhecimento e a efetivação dos direitos humanos ao longo do século XX,⁷⁰ a busca por uma solução interestatal e interhumana, que permita pôr a salvo os direitos humanos em jogo quando os asilados políticos se encontram confinados em embaixadas, como ocorreu com Roger Pinto e até hoje ocorre com Assenge, é medida que se impõe, sob pena de continuarmos a testemunhar a aplicação “às avessas” de um instituto extremamente importante para a consolidação do ideal cosmopolita.

Já é passado, pois, o tempo de aceitarmos calados que, por receio de se comprometerem em imbróglios diplomáticos com o país que vindica a deportação dos asilados políticos refugiados em embaixadas, um Estado-Nação possa acabar comprometendo seriamente a efetividade do exercício dos direitos humanos que têm esses indivíduos. Desse modo, de (re)pensar caminhos alternativos a consolidação de um direito comum efetivo.

2.2. *Os desafios para um direito mundial*

O direito cosmopolita desenhado no horizonte contemporâneo aponta, inarradavelmente, para a necessidade de modificação da concepção que perdura até então, pois, analisado o caminho percorrido nos últimos anos, não é difícil notar que a confusão normativa é ainda uma realidade muito presente a todos os países do globo.

Com isso, o espaço normativo contemporâneo se apresenta transmutado, pois ampliado, para compreender, além das normas do Estado, também aquelas de cunho comunitário e as derivadas das Convenções dos Direitos do Homem, fato que indica o direito de punir não depende mais apenas dos postulados da soberania nacional, mas de ambos os espaços.⁷¹

Com essa multiplicação das fontes do direito, surgiu a necessidade de aproximação de ordens diversas, pelo que a internacionalização se tornou o movimento mais amplo de sua paisagem.⁷² Percebida através da sobreposição de fontes geográfica e juridicamente diferentes às do espaço nacional,⁷³ sua tarefa é compor métodos que permitam minimizar o forte risco de entrarem elas em conflito.

⁶⁹ SALDANHA, JÂNIA; BOLSAN DE MORAIS, JOSÉ LUIS. A cosmopolitização da justiça e a justiça da cosmopolitização.

⁷⁰ SALDANHA, JÂNIA; BOLSAN DE MORAIS, JOSÉ LUIS. A cosmopolitização da justiça e a justiça da cosmopolitização.

⁷¹ DELMAS-MARTY, MIREILLE. Por um direito comum. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 49.

⁷² *Ídem, ibidem.*

⁷³ *Ídem, p. 49.*

Em matéria de direitos humanos, mesmo se tenha testemunhado grande avanço no que diz respeito a seu reconhecimento, que a partir da criação de inúmeros acordos e tratados internacionais destinados à proteção internacional dos direitos humanos e meio ambiente representou uma verdadeira “humanização do direito”, patente, ainda, à falta de um método ou fórmula que ajude a organizar de maneira coerente a pluralidade de normas nacionais e internacionais que, surgidas de diferentes fontes, acabam por se acumular e confrontar, transmitindo, assim, uma sensação de completa inefetividade jurídica.

Dessa maneira, pode-se dizer a comunidade internacional vêm fracassando na tentativa de adotar métodos que permitam colocar ordem a essa desordem ou, noutras palavras, compor um pluralismo ordenado,⁷⁴ com rompimento do sistema que se apresentava até então hierarquizado.⁷⁵ Isso se deve, em parte, pela sobreposição de interesses políticos a temas que compõe a agenda dos direitos humanos, vista de maneira costumeira.

Tanto que basta um olhar atento ao cenário contemporâneo, para que se note que, na última década, sob a pseudo justificativa da “guerra ao terror” muitas portas se fecharam aos imigrantes,⁷⁶ ferindo de morte o princípio da hospitalidade Kantiana, do mesmo modo que, sob a perspectiva da necessidade de desenvolvimento econômico, deixa-se em segundo plano as questões atinentes a preservação ambiental.

Os casos usados como paradigmas junto ao presente trabalho também deixam claro essa problemática, pois na questão envolvendo Julian Assange e Roger Pinto, mesmo tenha havido o reconhecimento do direito a asilo político por parte de Equador e Brasil, respectivamente, a comunidade internacional, por outro lado, permite e reconhece como legítima a postura de Inglaterra e Bolívia, que no gozo de direitos contidos em suas jurisdições internas, negam-se a franquear a saída dos refugiados de seus territórios.

Por isso, inevitável seja pensando e exercido um “cosmopolitismo fundado em bases humanitárias e éticas, onde o pluralismo seja respeitado e os direitos humanos tomado como norte (como “o direito dos direitos”) para a aproximação —e não unificação— dos sistemas jurídicos e práticas políticas dos diferentes Estados”.⁷⁷ A construção de um direito comum,⁷⁸ em todos os seus sentidos —acessível a todos e não apenas aos interpretes e oficiais; comum aos diferentes setores do direito; e comum, também, aos diferentes Estados— só pode ser alcançada quando da implementação de uma política global que, muito embora

⁷⁴ DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Les forces imaginantes du droit II: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

⁷⁵ *Idem, ibidem*.

⁷⁶ “Como poderemos viver juntos se nosso mundo está dividido pelo menos em dois continentes cada vez mais afastados um do outro, o das comunidades que se defendem contra a penetração dos indivíduos, das ideias, dos costumes que vêm do exterior e aquele cuja globalização tem como contrapartida uma fraca influência nas condutas pessoais e coletivas?” TOURAIN, Alain. *Iguais e diferentes: como podemos viver juntos?* Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 16.

⁷⁷ SALDANHA, JÂNIA; BOLSAN DE MORAIS, JOSÉ LUIS. A cosmopolitização da justiça e a justiça da cosmopolitização.

⁷⁸ DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Por um direito comum*. Martins Fontes: São Paulo, 2004.

relacione direitos humanos aos direitos civis e políticos, dêem preferência àqueles sobre esses.

Não se ignora, como disse Aristóteles, “o homem é por natureza um animal político”, mas, todavia, deve-se acrescentar a essa definição também o fato de ser ele, em compasso, um animal de direito. Sem dúvida que a problemática dos direitos humanos não é tarefa simples de se resolver, mas não se pode esquecer embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem não tenha valor jurídico coercitivo, repousando em um campo altamente simbólico, o Pacto Sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, entre outros, tem-no, de modo a permitir, por seu protocolo adicional, que os particulares que se achem vítima de violações possam dirigir comunicações escritas a seu Comitê.⁷⁹

Por isso, de se reconhecer não há como aceitar as normas protetivas aos direitos humanos permaneçam da maneira como se vê hoje, ou seja, em um campo que, no mais das vezes, revela-se inefetivo ou simplesmente formal.⁸⁰

Não se nega, obviamente, a dificuldade de se atingir a completa efetivação dos direitos humanos, que exigem, uma cooperação para além do território nacional, mas, por outro lado, não há como esconder que, como bem destacou Luís Roberto Barroso,⁸¹ somente há sentido em inscrevermos normas e princípios que sejam dotados de eficácia jurídica e aptos a se tornarem efetivos, ou seja, a operarem concretamente no mundo dos fatos.

É trilhando esse caminho, portanto, que o novo cosmopolitismo deve adotar uma mudança de perspectiva, a ser composta não apenas pela humanização do direito —já consolidada através do reconhecimento da matéria e sua incorporação a inúmeros tratados e acordos internacionais, a partir do pós-guerra—, mas, também, e principalmente, pelo reconhecimento do direito à humanização, que impõe sua efetivação para além da mera subsunção de um fato a lei.

A começar pelo direito a asilo político, que denuncia, clara e cristalinamente, a prevalência de direitos políticos sobre os direitos humanos, em especial quando o refugiado não se encontra no território do país que o concedeu, onde bastaria à autoridade nacional o pôr em liberdade, se restrito, ou assim manter, se já estivesse antes de sua concessão, a situação contrária representa um novo desafio, típico da sociedade moderna, pluralista e global que se tem hoje.

Assim, mesmo que os dispositivos internacionais não tragam de modo claro o direito a salvo conduto em situações como as vividas por Assange e Roger Pinto, de se considerar que o legislador jamais conseguirá prever a totalidade de situações que uma norma terá de alcançar, do mesmo modo que, ao redigí-la, jamais logrará êxito em eliminar dela todas as imperfeições ou imprecisões de linguagem que possa conter.⁸²

⁷⁹ *Ídem*, p. 48.

⁸⁰ BOURDIEU, PIERRE. *O Poder Simbólico*. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 1998.

⁸¹ BARROSO, LUÍS ROBERTO. *Princípios Constitucionais Brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 184.

⁸² *Ídem*, p. 145.

Entretanto, já dizia Delmas-Marty, “é nos espaços em branco ou nas margens que se lê o futuro do direito, declínio ou renovação”⁸³ sendo necessário um constante diálogo entre os diferentes atores envolvidos, pois é essa a condição para o estabelecimento de um direito verdadeiramente cosmopolita, estabelecido através da comunicação de um sistema para o outro. Corolário lógico da crescente que tiveram as fontes do direito, fato que de per si aumenta o risco de incoerência, necessário se respeite ao máximo as condições de método que indicam as normas jurídicas possam ser definidas e reunidas de modo coerente.

Óbvio independentemente disso, jamais haverá como evitar a existência de conflitos, mas, considerando se atravessa um momento que constitui verdadeira transformação de época, na qual os consideráveis avanços científicos e tecnológicos têm gerado uma crescente vulnerabilidade dos seres humanos ante as novas ameaças do mundo exterior,⁸⁴ necessário seu enfrentamento se dê de maneira tão global quanto se notam os seus efeitos.

Disso emerge a necessidade de dispensar um tratamento equânime às questões que afetam a humanidade como um todo, eis que o reconhecimento da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com as condições de vida de todos os seres humanos em todas as partes do mundo corresponde ao novo *ethos* desse momento histórico tão denso da atualidade que vivemos.⁸⁵

Aliás, conforme Cançado Trindade,⁸⁶ “estamos, neste início de século XXI, em meio à luta pelo primado da razão de humanidade sobre a razão de Estado. Nesta luta incessante pela elevação da criatura humana, reafirma-se a missão dos que continuam a crer na educação e na justiça, e na necessidade de transmitir às novas gerações o conhecimento emancipador, o cultivo e a prática dos verdadeiros valores, e a renovada fé e esperança no futuro do Direito Internacional.”

A governança e os fins necessários ao direito internacional foram modificados pelo processo de globalização e a emergência de novas ameaças transnacionais. Da poluição fronteiriça, aos campos de treinamento de terroristas, passando pelo constante fluxo de refugiados até chegar à proliferação de armas, nota-se que os problemas internacionais têm raízes internas que um sistema jurídico inter-estados é no mais das vezes impotente de resolver.⁸⁷

Por isso necessário se conceba um direito cosmopolita destinado a: (i) confortar o pluralismo das normas que a partir do pós-guerra embaralhou a paisagem jurídica, conforme proposto por Delmas-Marty, ao mesmo tempo em que consiga, em âmbito interno, como destacado por Slaughter e Burke-White, (ii) desenvolver a ideia de que há capacidade —e, portanto, deve haver vontade— de os governos internos darem respostas as questões internacionais que têm raízes semeadas junto ao plano nacional.

⁸³ DELMAS-MARTY, MIREILLE. Por um direito comum. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p.115.

⁸⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A humanização do direito internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. VIII.

⁸⁵ *Ídem*, p. IX.

⁸⁶ *Ídem*, p. IX.

⁸⁷ SLAUGHTER, ANNE-MARIE; BURKE-WHITE, WILLIAM. The future of international law is domestic (or, The european way of law). Harvard International Law Journal. Vol. 47. Number 2, Summer 2006.

À conscientização que as normas protetivas aos direitos humanos devem ser um norte capaz de influenciar as políticas internas dos Estados, a ponto de mobilizar as instituições nacionais na persecução de objetivos de caráter global,⁸⁸ é medida sem a qual os direitos humanos tendem a continuar da maneira com a muito sevê.

Sem dúvida que a tentativa de moldar ou influenciar resultados políticos dentro dos Estados soberanos de acordo com as regras e interesses de todos é, assim, um grande desafio, mas é chegada a hora de rever a ideia contida na Carta das Nações Unidas de 1945, que indica não se deve “intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado. Hoje, mais do que nunca, os objetivos do direito internacional, bem como sua própria estabilidade, também dependem diretamente de algumas das escolhas políticas nacionais.⁸⁹

Nessa luta permeada por um sentimento de maior solidariedade e fraternidade, que indica se deve defender a construção e aplicação de direitos humanos fundamentados sob bases cada vez mais humanas e éticas, vale lembrar, o que deve nos mover não é a utopia que indica seja o mundo privado de um senso de justiça perfeita, mas, ao contrário, o de que a nossa volta existe injustiças claramente remediáveis que queremos eliminar,⁹⁰ nacional e internacionalmente.

CONCLUSÃO

Ao apagar das luzes do presente trabalho, conclui-se que o direito internacional precisa ser compreendido de uma nova maneira. Maneira essa que, como se viu, passa não apenas pelo reconhecimento do que se denominou “humanização do direito”, mas, e sobretudo, do “direito à humanização”, que concomitantemente àquele, indica se deve adotar os direitos humanos como norte para se alcance uma maior eficiência no enfrentamento de questões de interesse internacional.

Para tanto, necessário se procure desenvolver não apenas um método para interpretar o pluralismo jurídico que vaga entremeio ao cenário internacional, como em âmbito interno, é preciso desenvolver a consciência de os governos internos podem e devem conferir respostas às questões internacionais que revelam raízes que brotam do plano nacional.

É partindo desse entendimento que se criará um “direito dos direitos”, sob os quais se assentará as bases de um cosmopolitismo ideal —ético e humanitário—, preocupado em elevar a dignidade humana a um plano superior ao dos direitos civis e políticos que, já há alguns anos, vem lhe protelando em termos de essência, aplicabilidade e, portanto, sentido.

É sob um compromisso como esse que se poderia, por exemplo, exigir que Estados como a Inglaterra, onde ainda recluso Julian Assange, adotassem uma postura favorável ao exercício do direito por ele conquistado, no sentido de lhe con-

⁸⁸ SLAUGHTER, ANNE-MARIE; BURKE-WHITE, WILLIAM. The future of international law is domestic (or, The european way of law). Harvard International Law Journal. Vol. 47. Number 2, Summer 2006.

⁸⁹ SLAUGHTER, ANNE-MARIE; BURKE-WHITE, WILLIAM. The future of international law is domestic (or, The european way of law). Harvard International Law Journal. Vol. 47. Number 2, Summer 2006.

⁹⁰ SEN, AMARTYA. A idéia de justiça. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 9.

ceder salvo conduto, para o fim de viabilizar, finalmente, ocorra sua saída da embaixada do Equador em seu território rumo ao próprio Estado soberano, que optou lhe acolher como refugiado.

REFERÊNCIAS:

- APPIAH, Kwame Anthony. *La ética en un mundo de extraños*. Madrid: Katz Editores, 2007.
- BARRETO, Luiz Paulo Teles F. Das diferenças entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio. Disponível em: <www.migrante.org.br>. Acessado em: 29 dez 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *Princípios Constitucionais Brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- BECK, Ulrich. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Barcelona: Paidós, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro Elsevier, 2004.
- BRANHAM, B. & GOLUET-CAZÉ, M.-O. “Introdução”. In _____ (Orgs.). *Os Cínicos: o movimento na antiguidade e o seu legado*. São Paulo: Loyola, 2007.
- BRUM, Argemiro Luís; BEDIN, Gilmar Antonio. Globalização e Desenvolvimento: algumas reflexões sobre as transformações do mundo atual e suas implicações no processo de desenvolvimento. In: *Revista Desenvolvimento em Questão*, n. 2, Ijuí: Ed. Unijuí, 2003, p. 12-13.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- _____, *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CANCLINI, Néstor. *Globalização Imaginada*. São Paulo: Iluminuras, 2003.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*. Paris: Collège de France/ Fayard, 2003.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2011.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um Direito Comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers uma comunauté de valeurs?* Paris: Seuil, 2010.
- GROTIIUS, Hugo. *Of the Rights of War and Peace*. Londres, 1715.
- HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaios políticos*, São Paulo, Littera Mundi, 2001.
- HELD, David. *La democracia y el orden global – Del estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona: Paidós, 1977.
- HELD, David. *Modelos de democracia*. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.
- HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Barcelona: Gedisa, 2000.
- KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. São Paulo: L&PM, 1989.

- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito Internacional do meio ambiente. Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais. Cuiabá, Ano 1, n. 1. jan.-jun. 2007, p. 173.
- MOLES, John. Cosmopolitismo cínico. In BRANHAM, B. & GOLUET-CAZÉ, M.-O. (Orgs.). Os Cínicos: o movimento na antiguidade e o seu legado. São Paulo: Loyola, 2007.
- NOUR, Soraya. À paz perpétua de Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- OLIVE, I. Wolff. Les fondateurs du droit international: leurs oeuvres, leurs doctrines. avec une introduction de Antoine Pillet. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904.
- SALDANHA, Jânia; BOLSAN DE MORAIS, José Luis. A cosmopolitização da justiça e a justiça da cosmopolitização.
- SEN, Amartya. A idéia de justiça. São Paulo: Companhia das letras, 2011.
- SILVA, Andréa Lúcia Alves da. Os refugiados no cenário mundial e a garantia dos direitos humanos através de uma cultura de paz. Disponível em: <biblioteca-virtual.clacso.org.ar/ar/libros/alvess1.rtf>. Acessado em: 10 jan 2014.
- SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional público, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002, respectivamente capítulos 15 e 16, p. 335-437
- SUÁREZ, Francisco. De legibus: de iure gentium. org. L. Pereña et al, vol 4, Madrid, 1973.
- TOURAIN, Alan. Iguais e diferentes: como podemos viver juntos? Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia. 5^a ed. Madrid: Trotta, 2003.
- ZOLO, Danilo. Cosmopolis - Las prospectiva Del governo modiale. Milano: Feltrinelli Editore, 2008.

**DERECHOS HUMANOS
Y
RESPONSABILIDAD SOCIAL**

LOS DERECHOS HUMANOS COMO DISCURSO METAMETODOLÓGICO: UN MODELO PARA ARMAR*

SANTIAGO BOTERO GÓMEZ**

RESUMEN

Los métodos generales le permiten al jurista romper las cadenas que concentran su atención y sus esfuerzos en la solución de problemas específicos y, a su vez, facilitan la aprehensión de las características comunes de los ámbitos del conocimiento jurídico y un adecuado desenvolvimiento entre sus múltiples objetos de estudio. Plantear que el discurso de los derechos humanos se puede entender como una metametodología y que la noción de “dignidad humana” puede tener la calidad de metacriterio, es una hipótesis que bien vale la pena desarrollar. Dado que esa tarea excede el alcance de esta primera aproximación, en el documento solo se señalan y describen las que podrían ser las bases filosófica, epistemológica y teórico-discursiva sobre las cuales se pueda, a futuro, armar el modelo propuesto. Esto implicará incorporar muchas otras cuestiones y asumir una perspectiva transistématica e interdisciplinaria, pues como se advierte en el artículo, la fundamentación de los derechos humanos es un tema transversal a múltiples disciplinas, no solo de estricto resorte jurídico.

Palabras clave: Derechos humanos, dignidad, metodología, argumentación, epistemología

ABSTRACT:

General methods allow the jurist break the chains that focus their attention and efforts on the solution of specific problems, which in turn facilitates the apprehension of the common characteristics of areas of legal knowledge and a proper development among its multiple objects of study. Consider that the discourse of

* Este artículo fue publicado originalmente en la Revista Escribanía de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Manizales, Colombia, Vol. 14 - N° 1, 2016.

** Investigador Nacional Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Investigador posdoctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho Público y Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales por la Universidad Externado de Colombia. Abogado por la Universidad de Caldas. Profesor e investigador de la Universidad Anáhuac México. Correo electrónico: santibot@hotmail.com

human rights can be understood as a general method and that the notion of ‘human dignity’ can have the quality of general criterion, it is a hypothesis that is well worth to develop. This task exceeds the scope of this first approximation, reason by which this document seeks to point out what might be the philosophical, epistemological and theoretical bases on which the proposed model can be assembled in the future. This will imply, among many other matters, incorporating interdisciplinary perspectives because, as outlined in the article, the foundation of human rights is a cross-cutting theme to multiple disciplines not only strictly legal nature.

Key words: Human rights, dignity, methodology, argumentation, epistemology.

Sumario: 1. Alcance y marco histórico. 2. El modelo propuesto. 3. Primer pilar: un concepto de derecho no positivista-legalista-formalista. 4. Segundo pilar: El derecho como argumentación. 5. Tercer pilar: la necesidad de profundizar en una adecuada fundamentación de los derechos humanos. 6. Referencias.

1. ALCANCE Y MARCO HISTÓRICO

Quizás el título de este artículo debería estar formulado como pregunta y no como afirmación, pues su objetivo principal, más que defender la idea de que, en efecto, los derechos humanos son un método general de nuestra disciplina, consiste en formular las bases de una posible disertación en este sentido.

De lo anterior se desprende que este documento no es el resultado final de una investigación acabada, sino que es, ante todo y en el mejor de los casos, una presentación esquemática de la idea que se quiere defender y es un conjunto más o menos ordenado de anotaciones que permitirá más adelante, en caso de salir bien librado de los embates académicos propios de este tipo de ejercicios, que se avance en el ensamblaje del rompecabezas propuesto.

Hecha esta aclaración general, con la que se busca delimitar adecuadamente el alcance de este escrito, procede a continuación delinear el marco histórico en el que se inscribe y cobra sentido el modelo propuesto.

La paradójica mutación que implicó el paso de las monumentales obras de los principales representantes de la Escuela del Derecho Natural Moderno a la primera oleada de codificaciones racionalistas, marcó el fin del predominio de las doctrinas del Derecho Natural y el correlativo comienzo del posicionamiento de las doctrinas del Derecho Positivo. Este tránsito implicó, en el ámbito de lo jurídico, el triunfo de las aspiraciones científicas a costa de la prudencia, la victoria de la técnica sobre el *ars*; trazó, en definitiva, el comienzo de una época signada por una angustiante superposición de lo artificial que logró su culmen durante la primera mitad del Siglo XX, cuando se pretendió justificar lo injustificable, disfrazando bajo un halo de legalidad actos que acusaban la más profunda antijuridicidad.

La postura epistemológica iuspositivista-legalista-formalista, según la cual el Derecho es tan solo un conjunto de formas cuyos contenidos pueden desconocer, sin miramientos, la realidad y la naturaleza misma de las cosas, fue la plataforma

teorética que facilitó el uso y el abuso del Derecho por parte del régimen nacionalsocialista que gobernó a Alemania entre 1933 y 1945 y fue, por ende, la que provocó que el Derecho se convirtiera en algo irreconocible, al haberlo alejado de cualquier estimación valorativa que no fuera la tan defendida seguridad jurídica. No obstante, también en el Tercer Reich “se abusó del pensamiento iusnaturalista cuando se sobrepuso en nombre de un derecho natural étnico sobre el derecho vigente” (Kaufmann, 1999, p. 32), con lo que se quisieron justificar algunos de los más oprobiosos e innombrables actos de barbarie cometidos en contra de los judíos y de otros grupos étnicos.

Es por esta razón que, en las últimas décadas del siglo pasado y aún en nuestros tiempos, amplios sectores doctrinarios han venido insistiendo en la necesidad de formular nuevas aproximaciones que permitan explicar el mundo de lo jurídico más allá de la tradicional dicotomía señalada, lo que ha venido a denominarse como la búsqueda de una “tercera vía”; empeño que ha tenido como premisa básica y común la idea de que la discusión pretérita no es más que la formulación de un falso dilema, pues las perspectivas tradicionales aglutinadas en torno al iusnaturalismo y al iuspositivismo no necesariamente han de entenderse como excluyentes.

Así entonces, como se ha venido defendiendo de tiempo atrás,¹ la Filosofía del Derecho ha retomado con ímpetu y con autoridad el lugar preponderante que se le quiso negar por parte de las teorías que otrora se alzaron airoosas y que en mala hora terminaron por redefinir en clave formalista, positivista y científico-criticista la idea misma del Derecho. La formulación de estas nuevas vías le ha dado a nuestra materia un dinamismo que antes ni el más avezado entusiasta hubiese sospechado. Novedosas aproximaciones a las realidades jurídicas como el neopositivismo, la teoría jurídica funcionalista, la fenomenología, la teoría de la argumentación jurídica, la hermenéutica jurídica, los estudios críticos del derecho, entre otras, conforman en la actualidad un multiforme corpus teórico que así lo confirman.

2. EL MODELO PROPUESTO

La mayor responsabilidad que tenemos quienes hemos decidido dedicarle parte importante de nuestras vidas al estudio del Derecho, consiste en amplificar cada vez más el radio de acción de nuestras disertaciones, de modo tal que se enriquezcan las discusiones académicas y con ellas se materialicen resultados de calidad en la construcción de una realidad jurídica donde se rescate y se resalte aquella idea central expuesta por Gustav Radbruch, según la cual: “el Derecho es un orden establecido con el sentido de servir a la justicia” (1971, p. 14).

Para esto, es necesario superar el análisis simplemente formal que tradicionalmente se hace en el mundo de la academia, pues es un error entender que el Derecho es tan solo un producto de la política y un instrumento del poder. El

¹ El origen de algunas de las ideas aquí expuestas se dio con ocasión del Epílogo que tuve oportunidad de escribir para la obra “Fundamentos del Derecho. Iniciación Filosófica”, del jurista portugués Paulo Ferreira da Cunha, editado por la Editorial Porrúa de México en el año 2015.

Derecho se encuentra íntimamente ligado con otras áreas del saber humano como la historia, la filosofía, la sociología, la economía, la lingüística y hasta el arte. El jurista tiene, en consecuencia, el deber de caminar hacia lo holístico, hacia la generalidad, hacia la integración, hacia una comprensión amplia del mundo. Es por esta razón que nos resulta necesario y válido plantear las bases para la construcción futura de métodos generales en el Derecho.

Así entonces, encontramos que cada conjunto de problemas atinentes a los diversos ámbitos del conocimiento jurídico, trae aparejados ciertos procedimientos y técnicas especiales para su abordaje y solución, a los cuales se les conoce como metodologías. En adición o como complemento de ellas, la Epistemología del Derecho exige la identificación o la construcción de métodos generales (metametodologías) que le permitan al jurista, por una parte, descifrar las características comunes de los componentes del entramado jurídico y, por la otra, juzgar la corrección de las metodologías particulares.

Por lo tanto, y como bien lo señala González Ibarra, los métodos generales, entendidos como procedimientos que se aplican [o se pueden aplicar] al ciclo entero del conocimiento, tienen el propósito de examinar las técnicas más adecuadas para la elaboración, investigación, enseñanza y aplicación del derecho;² se ocupan de estudiar las técnicas científicas más adecuadas para penetrar y comprender el amplísimo y multiforme campo de estudio que es el Derecho y, adicionalmente, son los criterios que vehiculan a la ciencia jurídica hacia donde ella quiere [o debe] ir (2008, p. 45-52).

Solo a partir de la reflexión crítica sobre las metodologías particulares, sobre sus marcos conceptuales, sobre las teorías que a partir de ellas se construyen, sobre su funcionalidad y sobre su legitimidad, resultaría viable identificar atributos que unifiquen la epistemología jurídica. Dado que dicho itinerario excede con creces el alcance de este documento, nos limitamos por ahora tan solo a formular como hipótesis que el discurso de los derechos humanos, en general, y la noción de “dignidad humana”, en particular, pueden entenderse como una metametodología y como un metacriterio del Derecho, respectivamente.

Esta idea tendrá que ser desarrollada más adelante; por el momento queremos solo describir cuáles son los tres pilares que podrían servir de plataforma de lanzamiento para la mencionada tarea: El primer pilar es de naturaleza iusfilosófica y consiste en la necesidad de adoptar un concepto de Derecho que supere la visión positivista-legalista-formalista; el segundo pilar es de naturaleza epistemológica y consiste en la posibilidad de entender el Derecho como un ejercicio de argumentación y, el tercer pilar, es de naturaleza teórica-discursiva y consiste en la necesidad de profundizar en una adecuada fundamentación de los derechos humanos. Veamos a continuación una explicación general sobre cada uno de los fundamentos propuestos.

² El autor incorpora este propósito acudiendo a las enseñanzas de Héctor Fix-Zamudio (1995). *Metodología, docencia e investigación jurídicas*. México: Editorial Porrúa.

3. PRIMER PILAR: UN CONCEPTO DE DERECHO NO POSITIVISTA-LEGALISTA-FORMALISTA

Como bien señaló Kant, “todavía buscan los juristas una definición de su concepto del Derecho”. Consideramos que esta sugerente idea que nos habla de lo eternamente inacabada que resulta la principal tarea de la filosofía jurídica, esto es, la pregunta sobre qué es aquello a lo que llamamos Derecho, nos debería llevar a explorar un territorio que, aunque igual de movedizo, puede tener mayores posibilidades de concreción: nos referimos a la pregunta sobre la forma, o mejor las formas, como los juristas se aproximan y, si aquello es posible, conocen el Derecho. No obstante, para efectos de dotar de sentido al modelo aquí propuesto, resulta indispensable adoptar un concepto específico del derecho como a continuación pasa a explicarse.

Si bien es cierto no existe un concepto único y generalmente aceptado sobre nuestro campo de estudio, también lo es que el Derecho es una realidad, está vivo, es cambiante, es trascendental y configura sin cesar la vida en sociedad. Es por esto que las labores de los juristas, que son múltiples, de variadas naturalezas y que sin duda exceden, con creces, el limitado ámbito de la dogmática jurídica, siguen siendo, y es algo que no cambiará en el futuro, de la mayor trascendencia para el devenir no solo de la vida del Derecho sino de la propia humanidad.

Tanto las aproximaciones metodológicas como las reflexiones filosóficas en torno a los fenómenos jurídicos se topan, bien como punto de partida o como corolario ineludible, con el imperativo de conceptualizar qué es el Derecho. Tarea monumental que ha sido abordada a lo largo de la historia de Occidente por los más connotados juristas provenientes de diferentes latitudes y con resultados variopintos que, en algunos casos, logran efectivamente clarificar aspectos centrales de esta disciplina que hasta entonces permanecieron ocultos o difusos y que, en otros tantos, parecen sobre todo grandes exageraciones y hasta desfiguraciones alejadas de lo que el más común de los sentidos indica acerca de la naturaleza, los fines y el alcance de este tipo de conocimiento (Hart, 1961, p. 2).

Dado que, como hemos señalado, el principal objetivo de este escrito se limita a definir cuáles son las fichas del rompecabezas con las cuales, probablemente, se pueda armar el modelo propuesto, nos limitaremos a señalar, a título de marco general, que el Derecho es, ante todo, una forma particular de reflexión sobre el hombre y sobre las relaciones intersubjetivas; afirmación que complementaremos con el concepto dado por el gran jurista alemán de nuestros tiempos, Robert Alexy, quien sostiene que el Derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la

aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección. (Alexy, 1997, p. 123)

Esta definición del Derecho que se formula desde la perspectiva del participante tiene, entre muchas otras virtudes, la particularidad de llevar implícitas las soluciones que el autor formula y defiende sobre varios de los principales dilemas de la filosofía jurídica, como el debate sobre la conexión o desconexión entre el derecho y la moral, la cuestión de la eficacia de las normas jurídicas, los problemas en torno a la incorporación de contenidos axiológicos dentro del Derecho, etc.

De toda esta definición resulta particularmente importante para la futura construcción del método general aquí esbozado, la primera parte de tan acabada aproximación, esto es, la incorporación de una pretensión de corrección, en tanto que a partir de ella se sostiene que los sistemas de normas que no formulan explícita o implícitamente dicha pretensión no son sistemas jurídicos. En este punto, la sub-hipótesis a desarrollar sería que el discurso de los derechos humanos y la noción de dignidad humana son el punto de encuentro, el “eslabón perdido” en el tradicional debate sobre la conexión entre Derecho y moral, lo cual tendría que ir de la mano con una explicación detallada del alcance y significado de aquello a lo que nuestro autor denomina como la “extrema injusticia”, entendida como indicador para calificar la juridicidad de los componentes y del sistema jurídico en su totalidad.

Es por esta razón, y también por ser una aproximación no positivista y por el indiscutible hecho de que, en conjunto, la obra de Alexy se ha posicionado como punto de referencia obligado en las principales discusiones jurídicas de nuestros tiempos, que tomamos su concepto de derecho como primer pilar para la construcción de la plataforma sobre la cual se puede pensar que el discurso sobre los derechos humanos puede entenderse como una verdadera metametodología.

4. SEGUNDO PILAR: EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

Así como resulta necesario adoptar un concepto de derecho para los fines propuestos, también lo es identificar una postura epistemológica específica dentro de la cual cobre sentido el modelo propuesto. Para esta tarea consideramos adecuado acudir a la obra del profesor español Manuel Atienza (1997, p. 19-24), quien explica con solvencia y profundidad cuáles son los enfoques epistemológicos de mayor relevancia desde donde puede asumirse el estudio de aquel complejo fenómeno que se conoce como Derecho.

La primera perspectiva es el enfoque “estructural”. Corresponde éste a la revisión simple y acrítica del andamiaje de normas jurídicas. El normativismo jurídico que se puede desprender de esta postura epistemológica no permite conocer los aspectos dinámicos ni operativos del Derecho, ni mucho menos se presta para realizar análisis ni disertaciones filosóficas, pues se satisface con la descripción de los múltiples puntos de ensamblaje, con el aprendizaje de datos positivos que evidencian qué es el ordenamiento jurídico vigente, pero que no permite preguntarse el porqué, el cómo ni el para qué del Derecho.

El segundo enfoque, llamado “realista” o “sociológico”, viene de alguna manera a complementar el primero, en el sentido de que los juristas que optan por este ángulo de aproximación, no solo estudian el edificio normativo, sino que además se preocupan por entender las formas como esa construcción se interrelaciona con otros ámbitos de la vida en sociedad. Esta perspectiva nos habla de un Derecho que es analizado tanto desde su componente normativo, como desde su relación con los comportamientos humanos.

Posteriormente, se encuentra el enfoque “valorativo” que, dicho en forma sencilla, equivale a desentenderse de las cuestiones operativas, técnicas y, por ende, de la realidad del Derecho. Esta perspectiva orienta sus esfuerzos a la compaginación de los ordenamientos jurídicos con postulados atemporales y universalmente válidos, es decir, con cierto contenido de índole iusnaturalista. Dicho en las propias palabras del autor comentado, el jurista que opta por cultivar esta postura epistemológica, “se sitúa frente al Derecho, en general, como el crítico que evalúa una determinada obra de acuerdo con determinados cánones de carácter estético, técnico, económico, etc.; en ocasiones, también como el arquitecto que proyecta un edificio, pero desentendiéndose de las cuestiones de detalle y de los problemas de su ejecución” (1997, p. 22).

Atienza expone, además, aunque en términos muy generales y críticos, una cuarta forma de aproximarse al estudio del Derecho que estaría dada por los análisis o enfoques “tridimensionalistas”. Estas doctrinas se orientan a superponer en un mismo plano de análisis la validez, la eficacia y la justificación o legitimidad del Derecho, lo que significa yuxtaponer los tres elementos en los que se concentran los análisis hasta aquí comentados. Estas iniciativas, más valiosas por el esfuerzo que implican que por su originalidad, pueden traer como consecuencia una pérdida de la nitidez que ofrecen las primeras perspectivas.

Y, finalmente, se encuentra un enfoque eminentemente práctico que es el que consideramos puede configurarse como el segundo pilar que sostendría la idea de que el discurso de los derechos humanos es una metodología. Nos referimos al enfoque epistemológico según el cual el Derecho es una herramienta, una técnica que tiene como propósito la solución de determinados conflictos. Este enfoque “argumentativo” sostiene que el rol del jurista no es ni conocer las conexiones de sentido normativas, ni la forma en la que supuestamente esas normas funcionan en la realidad, ni mucho menos filosofar sobre la justicia o contenidos valorativos similares, sino que en esencia consiste en la selección y construcción de los argumentos adecuados. Bajo esta última perspectiva, que el mencionado autor desarrolla ampliamente tanto en la obra citada como en otras de igual calidad y rigor académico, tendríamos que entender que el Derecho no es más que simple argumentación, ejercicio que abarca no solo el uso de postulados normativos sino también de otras variadas naturalezas. Ahora bien, en relación con esta última perspectiva, el jurista debe tener mucho cuidado a la hora de conceptualizar en qué consiste la argumentación. Claramente, decir que el Derecho es argumentación es una afirmación que supera la idea inicial que todos tenemos en el sentido de que argumentar es convencer. La argumentación jurídica, de hecho, no abarca una

sola técnica persuasiva, sino que involucra teorías tan diversas y ricas como la dialéctica, la retórica, la tópica, la hermenéutica, las teorías del lenguaje y, por supuesto, la lógica.

5. TERCER PILAR: LA NECESIDAD DE PROFUNDIZAR EN UNA ADECUADA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El último de los pilares que consideramos puede ser sustento del modelo propuesto, tiene que ver con la apremiante necesidad de avanzar, profundizar y, sobre todo, depurar la construcción del discurso de los derechos humanos.

Como bien es sabido, los innombrables actos de barbarie que padeció la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial bajo el régimen nacionalsocialista alemán, constituyen un parteaguas en la historia de Occidente. Desde entonces, y quizás para siempre, el Derecho reclama nuevas formas de aproximaciones no solo filosóficas y epistemológicas, sino también teórico-discursivas, pues como hemos señalado, la tradicional dicotomía entre Derecho Natural y Derecho Positivo entró irremediablemente en declive, al perder dichas doctrinas su capacidad de explicación y fundamentación de los fenómenos jurídicos.

La discusión sobre el otorgamiento o el simple reconocimiento de una serie de prerrogativas individuales por parte del Estado que, además de entrar al acervo de derechos subjetivos de los ciudadanos, se constituyan a su vez en un límite de actuación y en un derrotero a seguir en el ámbito jurídico y político, no es ajena al escenario reconfigurado de la segunda mitad del Siglo XX y las primeras décadas de la actual centuria. De hecho, es precisamente en el proceso de fundamentación de los derechos humanos donde se evidencian con mayor claridad la preocupación y el afán de la Ciencia Jurídica por identificar las “terceras vías” a las que hicimos alusión, alternativas estas desde las cuales se busca retomar la idea de “indisponibilidad” que es un rasgo común de las aproximaciones iusnaturalistas y articularla con la tan valorada sistematización propia de las explicaciones iuspositivistas.

Esta noble ambición no está exenta de importantes retos que van desde la identificación de los ámbitos de validez, eficacia y justificación de los derechos humanos, hasta la revalorización de milenarias tradiciones jurídicas occidentales, pasando por la definitiva superación de los ámbitos estrictamente estatales sobre los que se ha construido la dogmática jurídica contemporánea.

Es por esto que las justas reivindicaciones contemporáneas sobre la defensa, promoción y garantía de los derechos humanos se ha convertido en uno de los paradigmas definitorios del Siglo XXI. En la construcción de este discurso³ (político, pero también jurídico) han surgido diversas aproximaciones teóricas para fundamentar, delimitar y explicar el alcance de dichas garantías individuales y

³ Valga precisar que no usamos aquí la palabra discurso en el significado negativo que la asocia con un sermón vacuo (aunque en muchos casos eso es lo que ocurre con ciertas posturas políticas populistas que terminan por instrumentalizar este corpus discursivo) sino que la usamos en su sentido de “doctrina, ideología, tesis o punto de vista”, conforme a la sexta acepción del Diccionario de la Real Academia Española.

sociales. La implementación, tanto de unas como de otras, trae aparejada serias dificultades normativas e institucionales (sin considerar las inmensas dificultades culturales ni los múltiples intereses subyacentes).

De cualquier forma, la efectividad de los derechos en todos los ámbitos de la vida en sociedad, solo es posible a partir de la construcción de un sofisticado entramado de mecanismos políticos y jurídicos (nacionales, internacionales y supranacionales) que, aunado a una educación focalizada en este sentido que permita la interiorización de su intrínseca justificación, así como de sus inobjetables beneficios, permita la realización de los más elevados valores humanos.

No obstante, consideramos que dicha tarea se ha ido pervirtiendo por la superficialidad y, sobre todo, por el uso y el abuso del que ha sido objeto la noción de “derechos humanos” por parte de ciertos mercaderes de sueños que la han manipulado a su antojo para convencer almas incautas y necesitadas de una promesa de futuro. Como bien señala Narváez Hernández:

(...) es tan recurrente escuchar reivindicaciones de todo tipo en relación con los derechos, que hoy el discurso es tan contradictorio que parece insostenible que pueda darse en la realidad. Con el mismo argumento de defensa de los derechos, un país realiza una invasión militar a otro para hacerlos efectivos, con el mismo argumento un tirano se niega a dejar el poder para preservarlos. (2015, p. 27)

Es por esta razón que, a diferencia de los dos primeros pilares del modelo propuesto, el tercero está planteado en una perspectiva de futuro, pues una vez identificada la necesidad de depurar el discurso de los derechos humanos, será una responsabilidad compartida avanzar y consolidar no solo instrumentos jurídicos sino también una cultura específica en la que ese conjunto de prerrogativas individuales y sociales no sean contenidos “aspiracionales” sino una palpable realidad.

6. REFERENCIAS

- ALEXY, R. (1997). *Concepto y validez del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- ATIENZA, M. (1997) *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GONZÁLEZ IBARRA, J de D. (2008). *Epistemología jurídica*. México: Editorial Porrúa.
- HART, H.L.A. (1961) *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- KAUFMANN, A. (1999) *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- NARVÁEZ, J.A. (2015). *Argumentar “de otro modo” los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- RADBACH, G. (1971). *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes en Derecho injusto y Derecho nulo*. Madrid: Aguilar Ediciones.

VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS: SU REPARACIÓN INTEGRAL, JUSTA INDEMNIZACIÓN Y DAÑOS PUNITIVOS.

ESTEBAN C. GORCHES G*

RESUMEN

Como consecuencia de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011, particularmente del artículo 1, podemos válidamente resaltar que la “dignidad humana”, reflejo de los Derechos Humanos de estándares internacional y como norma fundamental, constituye la premisa del Estado Constitucional de Derecho en México, de ahí la importancia de prevenir su inobservancia e investigar, sancionar y reparar su violación. Dichas consecuencias jurídicas de la violación de los Derechos Humanos involucran una “reparación integral” y “justa indemnización”, desde un aspecto multidimensional para evitar la impunidad, con la participación de las víctimas, sin conformarse a una simple restitución y en donde, de ser necesario, se aplique directamente los lineamientos constitucionales. Reparación integral y justa indemnización que, entre otros, debe ser sobre daños materiales, inmateriales, debe ser compensatoria, con las debidas garantías de no repetición o prevención y que, consecuentemente soporta la posibilidad de imponer daños punitivos.

Palabras clave: Derechos Humanos, Reparación integral, Justa indemnización, Daños punitivos, Constitucional

ABSTRACT

As a consequence of the 2011 constitutional amendment regarding Human Rights, namely article 1, we can validly emphasize that “human dignity”, a reflection of the Human Rights of international standards and as a fundamental rule, constitutes the premise of the Constitutional State of Law in Mexico, therefore, the importance of preventing its nonobservance and investigating, punishing and repairing its violation. These legal consequences of the violation of Human Rights involves a

Recibido: 30/06/17 Aprobado 25/08/17

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México

“integral/full reparation” and “fair compensation”, from a multidimensional aspect, to avoid impunity, with the participation of the victims, without conforming to a simple restitution and where, if necessary, the constitutional guidelines should be applied directly. Integral reparation and fair compensation which, among others, must be on material, immaterial damages, must be compensatory, with the due guarantees of non-repetition or prevention and, consequently, it bears the possibility of imposing punitive damages

Keywords: Human rights, integral/full reparation, fair compensation, punitive damages, Constitution.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 21 de abril de 2017 se publicó, en el Semanario Judicial de la Federación, la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro “Derecho Fundamental a una reparación integral o justa indemnización. Su concepto y alcance”, que a continuación se transcribe:

“DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU CONCEPTO Y ALCANCE.

El derecho citado es un derecho sustantivo cuya extensión debe tutelarse en favor de los gobernados, por lo que no debe restringirse innecesariamente. Ahora bien, atento a los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la reparación integral permite, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido, y de no ser esto posible, procede el pago de una indemnización justa como medida resarcitoria por los daños ocasionados, lo cual no debe generar una ganancia a la víctima, sino que se le otorgue un resarcimiento adecuado. En ese sentido, el derecho moderno de daños mira a la naturaleza y extensión del daño a las víctimas y no a los victimarios. Así, el daño causado es el que determina la naturaleza y el monto de la indemnización, de forma que las reparaciones no pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores; además, no se pretende que la responsabilidad sea excesiva, ya que debe subordinarse a requisitos cualitativos. Por otro lado, una indemnización será excesiva cuando excede del monto suficiente para compensar a la víctima, sin embargo, limitar la responsabilidad fijando un techo cuantitativo implica marginar las circunstancias concretas del caso, el valor real de la reparación o de la salud deteriorada; esto es, una indemnización es injusta cuando se le limita con topes o tarifas, y en lugar de ser el Juez quien la cuantifique justa y equitativamente con base en criterios de razonabilidad, al ser quien conoce las particularidades del caso, es el legislador quien, arbitrariamente, fija montos indemnizatorios, al margen del caso y de su realidad”.

La jurisprudencia transcrita considero es de suma importancia porque establece lineamientos generales del derecho sustantivo a la “reparación integral”, cuyo objetivo es anular todas las consecuencias del acto violatorio de los Derechos Humanos, pero desde un punto de vista multidimensional, no de sola indemnización, sino incluso restableciendo la situación que debió haber existido con toda

probabilidad, si el acto no se hubiera cometido, y de no ser esto posible, proceda el pago de una “indemnización justa” como medida resarcitoria por los daños ocasionados, lo cual no debe generar una ganancia a la víctima, sino que se le otorgue un resarcimiento adecuado. Importancia que resulta mayor si consideramos diversos precedentes de la propia Primera Sala donde se habría establecido que los “daños punitivos” se “inscriben” dentro del concepto de “justa indemnización”, resultando, por tanto, necesario precisar los conceptos descritos.

II. PRECEDENTES DE LA PRIMERA SALA SOBRE LA “JUSTA INDEMNIZACIÓN” QUE “INSCRIBE” A LOS DAÑOS PUNITIVOS

Tal como lo anticipaba, el concepto de “justa indemnización” conforme a los criterios jurisprudenciales de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “inscribe” a los llamados “daños punitivos” con las características que se desprenden de los siguientes precedentes:

1. *Daños punitivos. Conceptualización de sus fines y objetivos*

Mediante la compensación del daño se alcanzan objetivos fundamentales en materia de retribución social. En primer lugar, al imponer a la responsable la obligación de pagar una indemnización, la víctima obtiene la satisfacción de ver sus deseos de justicia cumplidos. Así, mediante la compensación, la víctima puede constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable. Por otra parte, la compensación tiene un efecto disuasivo de las conductas dañosas, lo que prevendrá conductas ilícitas futuras. Así, dicha medida cumple una doble función, ya que las personas evitarán causar daños para evitar tener que pagar una indemnización y, por otra, resultará conveniente desde un punto de vista económico sufragar todos los gastos necesarios para evitar causar daños a otras personas. A dicha faceta del derecho de daños se le conoce como “daños punitivos” y se inscribe dentro del derecho a una “justa indemnización”.

2. *Daños punitivos. Encuentran su fundamentación legal en el artículo 1916 del código civil para el distrito federal*

El carácter punitivo de la reparación del daño se deriva de una interpretación literal y teleológica del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal. Dicho artículo dispone que en la determinación de la “indemnización”, se valoren, entre otras circunstancias, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de la responsable. De esta forma, el juez no debe solamente considerar en su condena aquellos aspectos necesarios para borrar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por la víctima, sino que existen agravantes que deberán ponderarse en el quántum de la indemnización. Como se puede observar, este concepto no busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima, sino que permite valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño. Tal

conclusión también se deriva de los antecedentes legislativos que dieron lugar a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982.

3. *Indemnización extrapatrimonial por daño moral. El artículo 1916, párrafo último, del código civil para el distrito federal, en la porción normativa que señala “la situación económica de la víctima”, es inconstitucional si se aplica para cuantificar aquélla*

El citado precepto dispone que para calcular el monto de la indemnización por daño moral debe tomarse en cuenta “la situación económica de la víctima”. Así, el daño moral puede dar lugar a consecuencias de dos categorías: extrapatrimoniales o morales en sentido estricto, o bien, de índole patrimonial. Ahora bien, dicha porción normativa es contraria al principio de igualdad contenido en el artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, si se aplica para cuantificar las consecuencias extrapatrimoniales del daño, en virtud de que si bien podría considerarse que el artículo 1916, párrafo último, del Código Civil para el Distrito Federal, al establecer la ponderación de la situación económica de las víctimas persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, consistente en satisfacer el derecho a una justa indemnización, la medida no es idónea para lograr dicho fin, pues la situación económica de la víctima no es útil para medir la calidad e intensidad del daño extrapatrimonial, por lo que no conduce a satisfacer el derecho a una justa indemnización, ya que la condición social de la víctima no incide, aumenta o disminuye, el dolor sufrido. Lo contrario llevaría a afirmar que una persona con mayores recursos sufre más la muerte de un hijo que una persona con menores recursos, o que una persona con bajos ingresos merece una mayor indemnización que una persona económicamente privilegiada.

4. *Indemnización por daños. El carácter punitivo de la reparación no enriquece injustamente a la víctima*

Una indemnización que tenga en cuenta además del daño sufrido, el grado de responsabilidad del causante, no enriquece injustamente a la víctima. En efecto, el enriquecimiento ilegítimo tiene como presupuesto que no exista alguna causa legítima para enriquecerse, siendo que en el caso la compensación se encuentra plenamente justificada a partir del derecho a una justa indemnización. Dicho derecho ordena que todas las personas que sufren daños sean resarcidas integralmente, por lo tanto, si al tomar en cuenta el grado de responsabilidad del causante se busca resarcir plenamente a la víctima, dicha indemnización se encontrará plenamente justificada.

III. VOTOS DE DISEÑO DE INCLUSIÓN A LOS “DAÑOS PUNITIVOS” EN EL CONCEPTO DE “REPARACIÓN INTEGRAL”.

No obstante conforme a los precedentes transcritos de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el concepto de “daños punitivos” se

“inscribe” en el concepto de “justa indemnización” para la “reparación integral”, para mayor comprensión del concepto referido, conviene atender a los votos concurrentes de los ministros Pardo Rebolledo y Cossío Díaz al resolver en el Amparo Directo 30/2013, que si bien en voto de minoría defieren de la inclusión del concepto de “daños punitivos” en el concepto de “justa indemnización” coinciden en los parámetros para una efectiva reparación integral, lo que nos permite concluir el especial significado del concepto de “daños punitivos” en el sistema jurídico mexicano, materia de estas reflexiones. Esto máxime cuando el primer precedente de la jurisprudencia en el análisis de rubro “Derecho Fundamental a una reparación integral o justa indemnización. Su concepto y alcance” fue de la ponencia del propio Ministro Pardo Rebolledo.

a. Ministro Pardo Rebolledo:

Tal como se puede advertir en el voto concurrente aquí descrito, el Ministro Pardo Rebolledo consideró:

(i) ...”el concepto de “justa indemnización” que deriva de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que ha sido interpretado por la Corte Interamericana, tiene por objeto resarcir en forma integral a la víctima de los daños ocasionados, y no tiene su enfoque en la sanción al culpable. Lo anterior no quiere decir que no sea cierto que toda compensación o indemnización tenga un efecto disuasivo en las conductas dañosas, en eso coincido con la sentencia. Sin duda, la otra cara de la moneda, es decir, las consecuencias y los efectos que tiene en el culpable la obligación de indemnizar, son sancionatorios y disuasivos, sin embargo, el salto de esa premisa a los daños punitivos es lo que me parece que no está debidamente justificado en la sentencia, y mucho menos, el que se asevere que los daños punitivos “se inscriben” dentro de la justa indemnización...”.

(ii) ... “Los daños punitivos -punitive damages- se han desarrollado en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, se han definido como “daños ejemplares”, cuya esencia es que son sumamente altos, y tienen sólo el objeto de sancionar al responsable, y no de reparar el daño. Difieren de los daños compensatorios -compensatory damages- que tienen por objeto reparar el daño. Los daños punitivos se imponen solo en ciertos casos de conducta altamente negligentes, determinados en forma casuística por la jurisprudencia norteamericana”.

b. Ministro Cossío Díaz:

Por su parte, el Ministro Cossío Díaz en su voto concurrente expresó:

(i) ... “En la sentencia se establece que la reparación del daño moral debe tener una faceta punitiva, además de la propiamente resarcitoria para la víctima. Lo anterior al estimar que la compensación tiene la función desaprobar a las personas que actúan ilícitamente y premiar a aquellas que cumplen con la ley. Se sostiene que “la compensación es una expresión social de desaprobación hacia el ilícito y si esa punición no es dada, el reconocimiento de tal desaprobación prácticamente desaparece. Por ello, se establecen daños punitivos con el objeto de prevenir hechos similares en el futuro. Es decir, se trata de imponer incentivos negativos para que se actúe con la diligencia debida...”.

(ii) ... “la sentencia enumera el concepto de “daños punitivos” como parte integrante de la “justa indemnización”, con la justificación de que la reparación del

daño tiene una vertiente sancionatoria del culpable. No comparto esta conceptualización. Me parece que cualquier condena de indemnización por daño moral no sólo tiene como fin resarcir a la víctima sino que también trae aparejada una sanción al causante. Por tanto, lo que es reparador para la víctima implica una sanción para el culpable, lo que haría que los “daños punitivos” tuvieran que estar justificados en algo más...”.

(iii) ... “la resolución tampoco es clara en cuanto a si una indemnización para ser “justa” debe contemplar los “daños punitivos”. En otros términos, ¿siempre que se condene por daño moral, habrá que prever este tipo de daños? ¿O sólo cuando el grado de responsabilidad del causante sea alto? ¿Qué es exactamente lo que abre la puerta a que la condena establezca “daños punitivos”?...”.

IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE RUBRO “DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU CONCEPTO Y ALCANCE”

Conforme a lo anterior, para identificar el debido alcance del concepto de los “daños punitivos” “que se inscriben” o están inmersos en el de “justa indemnización”, me referiré en un primer término a aquellos elementos que en mi consideración soportan el criterio sostenido en la jurisprudencia referida, para luego referirme a los elementos que integran la “reparación integral” como consecuencias jurídicas de la violación a los derechos humanos.

De analizar la jurisprudencia transcrita podemos desprender lo siguiente:

(i) El concepto de “reparación integral” cambió con la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, del 10 de junio de 2011, que incluyó en el párrafo 3 del artículo 1 constitucional, la obligación del Estado de “reparar” —además de prevenir, investigar y sancionar— las violaciones a los derechos humanos.

(ii) En el proceso legislativo de la reforma constitucional mencionada, las Comisiones Unidas de la Cámara de Senadores acudieron al concepto de “reparación” desarrollado en el marco de las Naciones Unidas, partiendo de los trabajos de Theo van Boven y de los “principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.

(iii) Por su parte, Louis Joinet en 1997 distinguió 3 características genéricas de la reparación: una de dimensión individual, dentro de la cual incluyó las medidas de restitución, indemnización y rehabilitación; otra de carácter colectivo, en la que, sin llamarlas de esa manera, incorporó las medidas de satisfacción, y una última, relativa a las garantías de no repetición.

(iv) En el sistema interamericano se incluye el concepto del derecho a una reparación por la violación a los derechos humanos en los artículos 2 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señalan la obligación de los Estados parte de adoptar en su derecho interno los derechos y libertades contenidas en la propia Convención, así como, que en caso de violación, garantizar al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados, y que se reparen las consecuencias de la violación y el pago de una justa indemnización.

(v) Con motivo de la sentencia de reparaciones dictada en el caso Aloboetoe y Otros Vs. Surinam , en el año 1993, la Corte Interamericana empezó el desarrollo del concepto de reparación integral, pues en sus sentencias previas había ordenado como reparación el pago de indemnizaciones.

(vi) La necesidad de reparar el daño generado por la violación a los derechos humanos —que por tanto excluye la responsabilidad contractual o daños meramente patrimoniales—, ha dejado de ponerse en repudio de una conducta individual considerada antijurídica, para ubicarse en el impacto multidimensional de un hecho lesivo, incluyendo tanto el sufrimiento de la víctima como la cadena de impactos negativos desatada por un hecho.

(vii) las indemnizaciones serán justas cuando su cálculo se realice con base en el encuentro de dos principios: el de reparación integral del daño y el de individualización de la condena. Efectivamente, en el amparo 1068/2011 la propia Primera Sala sostuvo que “la indemnización justa no está encaminada a restaurar el equilibrio patrimonial perdido, pues la reparación [debe ser] integral, suficiente y justa, para que el afectado pueda atender todas sus necesidades, lo que permita llevar una vida digna”. “Se ha evolucionado de aquella que imponía en la reparación del daño con límites bien tasados o establecidos a través de fórmulas fijas, a la necesidad de su reparación justa e integral”. “La reparación integral no es compatible con la existencia de topes, tarifas o montos máximos que impidan que la cuantificación de una indemnización atienda a las características específicas de cada caso”.

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL ARTÍCULO 1 CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Conforme al soporte descrito en el punto I anterior podemos válidamente sostener que en México el concepto de “reparación integral” evolucionó a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011; de ahí la necesidad de su análisis a continuación:

Exposición de motivos.

(i) La protección de los Derechos Humanos en la actualidad surge conforme a los estándares normativos establecidos por la doctrina internacional;

(ii) la aplicación del derecho internacional de derechos humanos se debe realizar “como norma fundamental que regule el actuar de los órganos del Estado y amplíen el ámbito de protección de las o los ciudadanos”;

(iii) los derechos humanos son el origen lógico e histórico del Estado Constitucional. “Como lo afirma Peter Haberle, la dignidad humana es la premisa del Estado Constitucional y nos conduce a la democracia”; y

(iv) conforme a lo anterior, los Derechos Humanos reflejan la dignidad humana, como premisa del Estado Constitucional, por lo que requiere de los mecanismos necesarios para prevenir su inobservancia y/o violación o repararla en caso existiese.

Ahora bien, en complemento a lo anterior, para mayor comprensión de los antecedentes del concepto de “reparación integral” previsto en el artículo 1 constitucional, me referiré a las partes substanciales del artículo del Ministro Presidente en Retiro Juan N. Silva Meza, aparecido en el Anuario de Derecho Constitucional , de cuyo texto se desprende:

“las transformaciones que nuestro sistema jurídico ha experimentado con la reforma constitucional de derechos humanos han ocasionado que diversas voces afirmen que estamos ante un verdadero cambio de paradigma en nuestro Derecho... El tercer aspecto es distinguir entre los derechos humanos y sus garantías. Tradicionalmente, tanto a nivel teórico como sobre todo en la práctica jurisdiccional, se asoció tan estrechamente a los derechos con sus garantías, que se instituyó como creencia generalizada que en ausencia de las segundas no se contaba con los primeros. No existía en realidad un derecho si a la par no se establecía una disposición que incorporara por expreso obligaciones correlativas atribuidas a sujetos bien identificados, y más aún, si ante el eventual incumplimiento de aquéllas, se regulaban mecanismos para revertir su infracción.

Sólo si las personas tenían a la mano dispositivos para exigir que se sancionara y reparara la inobservancia de las obligaciones aparejadas a sus derechos, podía hablarse con propiedad de que eran titulares de tales derechos....

El tercer párrafo del artículo primero constitucional.

Tres cuartetos fundamentales se han establecido en el párrafo tercero del artículo primero de nuestra Constitución. El cuarteto de obligaciones correlativas a los derechos humanos, el cuarteto de principios que rigen esta materia y el cuarteto de deberes para disminuir las violaciones...

Ahora bien, en lo que respecta al tercer cuarteto derivado del párrafo tercero del artículo primero constitucional, antes que todo debe ponerse de manifiesto que aunque suele hacerse referencia a sus componentes como deberes, en realidad esta expresión se emplea como sinónimo del término obligaciones... No se trata de deberes morales, sino que se está en presencia de obligaciones jurídicas, todas iguales, exigibles y justiciables, con la finalidad primordial, combatir la violación impune de los derechos humanos....En concreto, se combate la impunidad prevaleciente en torno a las violaciones de derechos, previniendo que sucedan, investigándolas cuando acontecen, sancionando a sus responsables y reparándolas para mejorar las condiciones de vida de quienes titulares de derechos, sin que sea suficiente con restituir las cosas al estado que guardaban....

Sancionar violaciones de derechos demanda un régimen de responsabilidad de toda índole y bien desarrollado que evite la impunidad. Junto con los deberes previos, impide que existan incentivos para repetir esas actuaciones... Reparar violaciones las más veces exigirá que se investiguen y sancionen las cometidas, así como que se prevengan nuevas afrentas a los derechos humanos de las personas y comunidades. Requiere también la participación de las víctimas y que todas las medidas adoptadas les sean culturalmente adecuadas. Asimismo, para cumplir a cabalidad con esta obligación no hay que conformarse con restituir... Solamente de esa manera podrá aspirarse a que las reparaciones sean integrales...

El principio de legalidad aplicable para este escenario reza que las autoridades solamente pueden llevar a cabo lo que les está expresamente permitido... la pregunta más interesante consiste entonces en dilucidar lo que sucede ante la ausencia de disposiciones normativas que de modo explícito establezca y desarrolleen las obligaciones de respeto, protección, promoción y garantía, y sobre todo, dada la cláusula de remisión a la ley, los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos.... La clave para responder a este dilema es asumir la obligatoriedad directa de nuestra Constitución..."

Como conclusión preliminar del análisis a la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, particularmente en el artículo 1 Constitucional —y a que se refiere la jurisprudencia en estudio como origen del concepto de “reparación integral” a la violación de los derechos humanos— y recapitulando lo expuesto en el punto IV anterior, podemos válidamente resaltar que la “dignidad humana” constituye la premisa del Estado Constitucional; “dignidad humana” reflejada en los Derechos Humanos de estándares internacionales y que se constituyen como norma fundamental, de ahí la importancia de contar con los mecanismos necesarios para prevenir su inobservancia e investigar, sancionar y reparar en caso existiese; consecuencia jurídica de la violación de Derechos Humanos —a saber, prevenir, investigar, sancionar y reparar— que tiene que ser integral, es decir, multidimensional, (dimensión individual, dimensión de carácter colectivo y con garantías de no repetición) para evitar la impunidad, prevenir vuelva a ocurrir, con la participación de las víctimas, sin conformarse a una simple restitución e incluso aplicando directamente el mandato constitucional de ser necesario.

VI. LA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN CONFORME A LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

En el sistema interamericano de derechos humanos, la justa indemnización de la reparación integral deriva, como se anticipa de la jurisprudencia aquí referida, del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que expresamente prevé que cuando se “decida hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados...que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

La debida interpretación del dispositivo legal en cita presupone que toda violación de derechos humanos que hubiere generado daño debe ser reparada adecuadamente. Concepto de reparación adecuada y/o debida que para mayor comprensión podemos definir conforme a sus características y conforme a sus alcances.

Características

a) Dicen el Dr. Sergio García Ramírez y la Dra. Marcela Benavides Hernández en su obra “Reparaciones por Violación de Derechos Humanos” ... “Se requiere a través de la reparación, restablecer el orden violentado, o bien, restaurar —si se permite la expresión— el Derecho objetivo que recibió el ataque de la contravención (primer designio). Se pretende, por ese medio, afirmar la seguridad, la paz y justicia en las relaciones sociales; permitir el flujo natural y sereno del trato entre los individuos y de estos con el poder público; acreditar que justitia pacis fundamentum (segundo designio). He aquí una proyección social del Estado de Derecho. Y se procura rescatar el derecho de la persona, víctima de la violación, y resarcirle o darle satisfacción por la lesión causada: perspectiva del derecho subjetivo (tercer designio)...”.

Dicho de otra manera, la reparación a la violación de los derechos humanos se refleja en 3 distintos designios u objetivos, que consisten en (i) la reparación al quebrantamiento de la norma objetiva, (ii) la reparación desde la perspectiva social, y (iii) la reparación desde la perspectiva individual.

b) Además, la reparación debe ser justa, oportuna, y congruente con la violación cometida. Justa como reacción legítima frente a la conducta ilegítima. Oportuna, es decir, cercana al momento cuando ocurrió la violación. Finalmente, la reparación debe ser congruente con la violación cometida, es decir, racionalmente soportada y suficiente.

c) En relación a que la reparación sea congruente con la violación; es decir, racional y suficientemente soportada, resulta necesario identificar el acto violatorio de los derechos humanos para correctamente identificar las consecuencias reparadoras. Se identificará el actuar de cada uno de los entes involucrados en la violación de los derechos humanos; es decir, si fue un actuar de tolerancia, omisión, etc.

d) En relación a lo anterior, dicen el Dr. García Ramírez y la Dra. Benavides Hernández: “En el examen de los sujetos que comparecen en el espacio de las reparaciones es indispensable estudiar a quien se halla en la posición opuesta al Estado, individuo contra el que se dirige la actividad infractora o al que afecta la omisión lesiva; titular del derecho o la libertad conculcados o colocados en grave peligro, la víctima de la violación....”. Víctima que tendrá legítima participación en el proceso respectivo, ya sea de manera directa y/o representado por ente público con facultades específicas. La víctima deja de ser un mero espectador.

Alcances.

La mejor manera de identificar los “Alcances” de la reparación integral y/o justa indemnización lo constituye la propia interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al artículo 63 de la Convención de Derechos Humanos y cuyo análisis se refleja con aquel realizado por el Dr. García Ramírez y la Dra. Benavides Hernández en la obra en cita, y que a continuación se esquematiza:

a) Restitutio.- “la violación es hipótesis normativa acreditable y declarable; la reparación es la consecuencia jurídica de aquélla. La naturaleza y las características de la primera determinan las de la segunda, que también se puede y se suele expresar en términos diferentes: así, la reparación reflejará la naturaleza del bien lesionado o asumirá otro carácter, siempre compensatorio... En el plano ideal, lo deseable sería que no hubiese violación y que todo corriera en el cauce regular de la licitud. Bajo esta lógica, el remedio idóneo, cuando se ha presentado una violación, es restituir las cosas al estado que guardaban antes de que aquella ocurriera...

b) Indemnización.- Ante la imposibilidad generalizada de restituir las cosas al estado que guardaban, entonces procede indemnizar/compensar a la víctima para reparar el daño generado por el ilícito; daño material e inmaterial.

Al respecto e incluso en alusión a los “daños punitivos” los autores en cita señalan:

[la indemnización] Debe ser justa, como dice el precepto [artículo 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos] en la inteligencia de que la referencia a justicia reclama “compensar la pérdida sufrida”, y no incluye hasta hoy, la idea de “daños punitivos”. Sin embargo, la Corte ha dispuesto en sentencias recientes el pago de una cantidad de dinero por la falta de cumplimiento de ciertas disposiciones contenidas en el capítulo de reparaciones (entrega de tierras); lo cual, según señala la propia Corte, se entiende como “una indemnización para las víctimas por el incumplimiento de los plazos fijados en la correspondiente sentencia y los correlativos daños materiales e inmateriales que ello comportaría”

c) Daños materiales, daño al proyecto de vida, daño físico.- La reparación sobre los daños materiales comprende el daño emergente o consecuencia patrimonial derivada de la violación en forma directa (menoscabo) y también el perjuicio o lucro cesante. Reparación del daño desde una perspectiva multidimensional, que incluye la pérdida de ingreso y reducción patrimonial familiar, expectativa cierta e ingresos posibles de la víctima durante el resto de la vida probable, atendiendo a datos orientadores, edad de la víctima, años por vivir conforme a su expectativa vital, ingresos e intereses. El daño material entendido como menoscabo/quebranto patrimonial, abarca gastos futuros o atenciones en el porvenir”

d) Daños inmateriales, daño moral, daño psicológico.- Por cuanto a los daños inmateriales, que conforme a las sentencias de la Corte Internacional, incluye al daño moral, abarcan los efectos psicológicos, y emocionales sufridos como consecuencia de la violación, afectación en el buen nombre, descrédito, prestigio, fama pública.

e) Costas. Esto como medida que facilite el acceso a la justicia; evitando que el costo inherente al proceso obstaculice el procedimiento tendente a evitar la impunidad en la violación de los Derechos Humanos. Es para facilitar el acceso a la justicia. En el mismo tenor, existiendo además medidas tendentes a proteger la integridad de la indemnización como el uso de moneda en que se debe cubrir, intereses moratorios, evitar cargas fiscales, etc.

f) Garantía actual y futura “constituyen el replanteamiento de las cosas a fin de que se provea una garantía actual y futura de cesación y no repetición de las violaciones... La sanción pretende operar sobre el agente del crimen, corregir los factores causales del comportamiento delictuoso, castigarle o reorientar su conducta, pero también disuadir a sus conciudadanos de la comisión de delitos...”.

Se incluyen medidas estructurales destinadas a remover las causas o factores de las violaciones con el actuar conjunto del Estado y sociedad, ejemplo es derecho a la verdad, difusión de la transgresión a los Derechos Humanos, destierro a la impunidad.

g) La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha previsto “otras formas de reparación” donde se han incluido atención médica y psicológica, inversiones con valor social a favor de las comunidades indígenas, inscripción de los nombres de las víctimas en placas, calles, monumentos, etc.

De considerar lo expuesto en las páginas precedentes, en relación a la reparación integral y/o como consecuencias jurídicas a la violación a los Derechos Humanos, conforme a la Constitución y a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, considero dable las siguientes:

VII. CONCLUSIONES

(i) A raíz de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, la “dignidad humana” se constituye como la premisa / punto de partida del Estado Constitucional / democrático. (ii) “Dignidad humana” reflejo de los Derechos Humanos conforme a la doctrina internacional que constituyen y/o integran la norma fundamental. (iii) En consecuencia, por tanto, resulta necesario contar con los mecanismos que prevengan su inobservancia y, en caso de existir, la investiguen, sancionen y reparen. (iv) Las consecuencias jurídicas de la inobservancia/ violación a los Derechos Humanos -a saber, prevenir, investigar, sancionar y reparar en caso existiese- se constituyen como una reparación integral, que incluye a la justa indemnización. (v) Reparación integral que debe ser multidimensional para evitar la impunidad, con la participación de las víctimas y sin conformarse a una simple restitución; aplicando directamente el mandato constitucional de ser necesario, es decir, ante la ausencia y/o insuficiencia de la regulación específica en otras leyes. (vi) Reparación que debe ser al quebrantamiento de la norma objetiva, y también, desde la perspectiva social, y desde la perspectiva individual. (vii) Reparación que debe ser justa, oportuna, y congruente. (viii) Reparación que rechaza límites y/o topes pre-establecido. (ix) Reparación que debe ser respecto de daños materiales, incluso daño emergente, daño al proyecto de vida, daño físico, daño inmaterial, daño moral, daño psicológico. (x) Reparación que no debe ser simplemente restitutoria sino compensatoria del daño generado, lo que incluye, las costas, medidas que hagan efectiva la propia reparación integral y/o cualquier otro tipo de reparación. (xi) Compensación que incluye garantías de no repetición y de prevención de futuras violaciones y que soportaría también la existencia incluso de los daños punitivos. (xii) la inclusión de los daños punitivos en el concepto de “reparación integral” encuentra fundamento en el tercero párrafo del artículo 1 constitucional al referirse a las obligaciones del Estado a prevenir, sancionar y reparar las violaciones a los Derechos Humanos; conforme a la práctica internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se refiere a las garantías de prevención y garantías de no repetición de violaciones a los Derechos Humanos e incluso conforme a lo resuelto por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en recientes sentencias con condenas de pago de una cantidad de dinero por la falta de cumplimiento de ciertas disposiciones contenidas en el capítulo de reparaciones (entrega de tierras), bajo el concepto de “una indemnización para las víctimas por el incumplimiento de los plazos fijados en la correspondiente sentencia y los correlativos daños materiales e inmateriales que ello comportaría”, así como, en última instancia, a la interpretación progresiva de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el precedente de rubro “Daños punitivos. Conceptualización de sus fines y objetivos”.

BIBLIOGRAFÍA

- Caso Alobotoe y otros vs Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, citado en jurisprudencia de rubro “Derecho Fundamental a una reparación integral o justa indemnización. Su concepto y alcance”, así como citado por los Dr. García Ramírez y Dra. Benavides Hernández en el libro “Reparaciones por Violación de Derechos Humanos”, pág. 11, pie de página 24.
- “El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México”, Silva Meza, Juan N., incluido en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XVIII 2012, pp. 151-172.
- “Hechos violatorios de Derechos Humanos en México”, Ríos Estavillo Juan José y Bernal Arellano Jhenny Judith. Editorial Porrúa México, México 2010.
- “Reparaciones por Violación de Derechos Humanos”, García Ramírez, Sergio y Benavides Hernández, Marcela. Editorial Porrúa México.
- Semanario Judicial de la Federación, Tesis: 1a. CCLXXII/2014 (10a.), Décima Época, 2006958, 1 de 1, Primera Sala, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, Pag. 142, Tesis Aislada (Civil).
- Semanario Judicial de la Federación, Tesis: 1a. CCLXXI/2014 (10a.), Décima Época, 2006959, 1 de 1, Primera Sala, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, Pag. 143, Tesis Aislada(Civil).
- Semanario Judicial de la Federación, Tesis: 1a. CCLXXIV/2014 (10a.), Décima Época, 2006961, 1 de 1, Primera Sala, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, Pag. 146, Tesis Aislada (Constitucional).
- Semanario Judicial de la Federación, Tesis: 1a./J. 31/2017 (10a.), Décima Época, 2014098, 1 de 1 Primera Sala, Publicación: viernes 21 de abril de 2017 10:25 h, Ubicada en publicación semanal, REITERACIÓN (Jurisprudencia (Constitucional)).
- Semanario Judicial de la Federación, Tesis: 1a. CCXLIV/2014 (10a.), Décima Época, 2006805, 1 de 1, Primera Sala, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, Pag. 453, Tesis Aislada (Civil).
- VELÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Interpretación de la Sentencia de reparaciones y Costas”, párr. 27, citado por García Ramírez y Benavides Hernández Marcela, obra citada, páginas 45 y 46.
- Voto concurrente Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo visible versión pública Amparo Directo 30/2013.
- Voto concurrente Ministro José Ramón Díaz, visible versión pública Amparo Directo 30/2013.

LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

VALERIA LÓPEZ VELA*

INTRODUCCIÓN

Tras el final de la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos han ocupado un lugar preponderante tanto en el diseño institucional de los Estados como en ordenación axiológica de las nuevas sociedades.

Conceptos como igualdad, naturaleza, dignidad o discriminación se han vuelto de uso común entre los ciudadanos de los 42 países firmantes originarios de la declaración; también entre los 193 países miembros actuales. Pero, todavía más importante, son foco de discusión en diferentes circuitos académicos mundiales pues, como bien señala Anthony Appiah, los Derechos Humanos son acuerdos teorizados de forma incompleta pues, dadas las condiciones sociopolíticas, asumirlos y reconocerlos fue una necesidad imperante, aunque esto significó soslayar los problemas de fundamentación.¹

Hay, al menos, tres tradiciones que han reclamado como propia la primera teorización de los derechos humanos: el derecho novohispano, a partir de los textos de Bartolomé de las Casas;² la Revolución Americana, por la abolición de la esclavitud a la luz de las ideas de Thomas Paine;³ y, naturalmente, la Revolución Francesa por la influencia de los Enciclopedistas.⁴ Sin embargo, la cuestión no está aún resuelta y la discusión continúa en curso; a manera de ejemplo, en un importante y provocador libro de 2015, Samuel Moyn ha reclamado para el cristianismo la paternidad de los Derechos Humanos.⁵

Recibido: 15/10/17 Aprobado: 20/10/17

* Investigadora de la Facultad de Derecho , Universidad Anáhuac México, Campus Sur.

¹ APPIAH, Kwame Anthony. *La ética de la identidad*. Barcelona: Katz Editores, 2007, p. 146 y ss. Aunque para el autor esta ausencia de fundamentación reporta, al menos, dos ventajas; primero, que permite la convivencia de personas con opiniones distintas. Segundo, las personas muestran respeto y humildad por las opiniones contrarias a las propias.

² Cfr. BEUCHOT, MAURÍCIO. *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*. Barcelona: Anthropos, 1994, 171 pp.

³ Cfr. GREENE, JACK P., *Interpreting early America*, USA, University Press of Virginia, 1996, 528 pp.

⁴ Cfr. HUNT, LYNN. *Inventing Human Rights*. New York: W. W. Norton & Company, 2007, 272 pp.

⁵ Cfr. MOYN, SAMUEL. *Christian human rights*. University of Pennsylvania Press, 2015, 248 pp.

A pesar de estas diferencias, hay un acuerdo entre todas estas corrientes de pensamiento y la Declaración Universal: para poder hablar de Derechos Humanos es indispensable reconocer la dignidad humana.⁶

En este artículo, presento la fundamentación que hace Bartolomé de las Casas de la igualdad entre todos los hombres; para hacerlo, las Casas recurre tanto a Aristóteles, a Cicerón, a Isidoro de Sevilla, a Agustín de Hipona como a los teóricos clásicos del Derecho Natural o a filósofos nominalistas. Y, para ello, tendrá que desmontar el concepto de barbarie y servidumbre natural respecto de los naturales de América; mostrar las características propias de su civilización y reconciliarla con los preceptos de la ley natural. En la visión del sevillano, este es el único camino para demostrar la igualdad de naturales y peninsulares; al hacerlo, adelanta los argumentos de lo que hoy conocemos como derechos humanos.

EL PUNTO DE PARTIDA

El pensamiento filosófico americano fue originalmente práctico. El panorama del nuevo mundo demandaba soluciones a los problemas de convivencia social en términos tanto éticos como políticos; es por ello que gran parte de las propuestas americanas ha girado en torno a temas de organización, distribución, ley natural y derechos humanos.

De esta forma, el pensamiento en el XVI de Bartolomé de las Casas,⁷ de Alonso de la Veracruz,⁸ de Tomás de Mercado⁹; en el XVII el de Juan de Zapata y Sandoval,¹⁰ Juan de Palafox y Mendoza; en el XVIII, el de Servando Teresa de Mier,¹¹ de Francisco Xavier Alegre¹² o de Benito Díaz de Gamarra¹³ hace aportaciones importantes en el desarrollo tanto de la identidad como de la filosofía política del continente. De esta forma, tocan los grandes temas del pensamiento político: soberanía, representación, límites del poder.

La Nueva España fue pionera en estos planteamientos; ya en 1576 Las Casas publica un *Tratado sobre los indios que han sido hechos esclavos* antecediendo por más de doscientos años *La declaración de los derechos humanos* de Thomas Paine, preámbulo de la ley de Pennsylvania que prohibía la esclavitud.

⁶ Cfr. LUBAN, DAVID. *Legal ethics and human dignity*. New York, NY: Cambridge University Press, 2007.

⁷ Quien en el *Tratado de los Indios que han sido hechos esclavos* (1576) se opone radicalmente a cualquier forma de esclavitud. (Cfr., *TSIE*, f. 13 v, p. 236.)

⁸ Quien reconocía el legítimo dominio de los monarcas de los naturales (Cfr., *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa*, # 250).

⁹ Quien expone una teoría económica a la luz del problema del comercio de las Indias. (Cfr. *Suma de Tratos y contratos*, Madrid: Editora Nacional, 1975, pp. 95 y ss).

¹⁰ El primer obispo criollo en Nueva España quien fue un gran defensor de los cargos y oficios para los indios, mestizos y criollos. (Cfr., *Dissertación sobre la justicia distributiva y sobre la acepción de personas a ella opuesta*, vol 1).

¹¹ En *La Formación de un Republicano* cuestiona directamente: ¿por qué no ha sido ya libre la Nueva España? (*La formación de un Republicano*, UNAM, p. 95 y ss).

¹² Cfr., *Instituciones Teológicas*; VI, prop. 19 “Acerca de los vicios opuestos a la justicia”, Unam-Uaem, México, 2007).

¹³ Cfr. *Elementos de Filosofía moderna*, México, UNAM, 1984, #25.

Las Casas adelanta la tesis kantiana que afirma que el hombre es siempre fin y no medio cuando sostiene que: *Nosotros —los hombres— somos el fin... de todas las cosas y usamos de ellas, porque son por razón de nosotros.*¹⁴ De esta manera, señala el lugar superior del hombre frente a los entes naturales —plantas y animales— y artificiales —objetos— que se ordenan como medios para la realización de la racionalidad humana. Pero, mas importante, asume la igualdad natural de todos los hombres imposibilitando el uso de uno sobre otro pues ambos tienen la dignidad del fin. A la luz de esta afirmación, el hombre —incluidos los indios— tienen el rango del fin en sí mismo y esto extiende esta condición y su contenido a todos los hombres.

De esta forma, los naturales de América y los peninsulares deberían tener el mismo trato de súbditos de los reyes de Castilla. Ninguno podría esclavizar a otro, ni poseerlo, ni tenerlo como parte de la encomienda. Por ello, las Casas denuncia en la *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* que: “Los han sacado de sus provincias y los han hecho esclavos, *siendo tan libres como yo.*¹⁵ Como se ve, Bartolomé aplica el presupuesto básico a los naturales de América pues ha entendido que tienen la dignidad del fin en sí mismo.

Como he adelantado, para desarticular los argumentos de dominación y revertir la subordinación en el Nuevo Mundo, Las Casas tendrá que refutar que los indios son bárbaros, insistir en las características de su civilización y gobierno para, finalmente, sostener que viven conforme los preceptos de la ley natural. Lo primero se opone frontalmente a la opinión de Aristóteles y de Ginés de Sepúlveda; lo segundo, se enfrenta al reto de las diferentes formas culturales. Por ello, en este artículo me propongo hacer dicha reconstrucción argumentativa a la luz de la obra completa de las Casas.

EL CONCEPTO DE BÁRBARO

En el artículo primero de la *Apología*, Las Casas ofrece la explicación de los diferentes sentidos en que puede entenderse la noción de bárbaro. Como adelanté, de la desarticulación y desambiguación de dicho concepto. Para ello, Las Casas hace un análisis de la noción de bárbaro; en la mayor parte de su argumentación sigue los parámetros filosóficos de Aristóteles aunque hace la interpretación a la luz del derecho natural escolástico.

Dice Fray Bartolomé que: ...*conviene recordar que, según Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y otros doctores (en distintos pasajes de sus obras), hay*

¹⁴ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (*PQ*, f 1v, p. 553).

¹⁵ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (*BRDI*, f. 16, p. 48).

*cuatro clases de bárbaros.*¹⁶ Así, las Casas asume la analogía del término en tres de sus cuatro acepciones y la univocidad en una. Esta distinción será el hilo conductor de toda la cuestión.

Si revisamos directamente la *Política* de Aristóteles podrían encontrarse argumentos para sostener que los indios son bárbaros y, por ende, pueden ser esclavos por naturaleza pues no habría nada en ellos que pudiera mandar. Se comprometería, así, la tanto la naturaleza racional como la política y podrían ser sujetos de dominio.

En efecto, en los primeros pasajes, el Estagirita equipara al bárbaro con la mujer pues no hay nada en ellos que pueda mandar.¹⁷ Sin embargo, en el libro tercero Aristóteles señala que hay pueblos que son gobernados por los bárbaros; estos pueblos aunque gobiernan por medio de la ley son cierta clase de tiranía.¹⁸ Si bien es cierto que Aristóteles no equipara el gobierno de los griegos con el gobierno de los bárbaros, sí reconoce en ellos la capacidad de dominio; en ese sentido, es posible sostener que los pueblos bárbaros pueden autogobernarse de acuerdo con ciertas leyes. Es por esto que la distinción entre bárbaro *simpliciter* y *secundum quid* es fundamental para dimensionar las características de dicha noción.

Respecto al concepto de bárbaro me propongo tres cosas: señalar cuándo se dice bárbaro en sentido amplio (*secundum quid*), cuándo se dice en sentido propio (*simpliciter*); finalmente intentaré definir cuál es la *ratio comun* a todas ellas.

La intención argumentativa de Bartolomé de las Casas queda clara desde las primeras líneas: *Dios, pues, autor de toda criatura, no desprecio a estos pueblos del Nuevo Mundo de tal manera que quisiera que estuvieran faltas de razón y los hiciera semejantes a los animales hasta el punto que se les aplique con razón el calificativo de bárbaros, fieros y salvajes brutos, como éhos piensan y fingen, sino que, por el contrario, tales gentes son de tal mansedumbre y modestia que más aún que las demás gentes del mundo están muy dispuestas preparadas a abandonar la idolatría y a recibir en sus provincias y poblados la palabra de Dios y la anunciaciación de la verdad.*¹⁹

El dominico ve con claridad que no es adecuado el adjetivo bárbaro para referirse a los antiguos mexicanos. Las pruebas de su racionalidad son varias, aunque ésta siga patrones culturales distintos a los del Viejo Mundo. Mientras esta forma de vida no contradiga a la ley natural, no existe ningún motivo para llamarlos bárbaros. Además, aunque están fuera de la vida de la gracia, los naturales

¹⁶ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (Ap, p.125).

¹⁷ Entre los bárbaros, sin embargo, la mujer y el esclavo tienen el mismo rango; y la causa de esto es que no tienen nada que por naturaleza pueda mandar... (ARISTÓTELES. *Política* 1252 b 8).

¹⁸ Cfr. ARISTÓTELES. *Política* 1263 a 8, *Pol* 1285 a 17 y *Pol* 1295 a 11.

¹⁹ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992, (Ap, p. 125).

de América están dispuestos a ser evangelizados. A la luz de las circunstancias políticas del momento y de la disputa, este punto es crucial pues justifica la presencia de la corona en América.

BÁRBAROS SECUNDUM QUID

Se incluyen en este género a quienes difieren seriamente en sus costumbres con respecto a los griegos, originalmente, y a los católicos posteriormente. Es decir, la distinción apuntaría, en todo caso, al hábito y no a la sustancia.

La primera clase de bárbaros *Es aquella en que toma el término sentido impropio y amplio y significa “todo hombre cruel, inhumano, fiero y violento, alejando de la humana razón ya por impulso de la ira o de la naturaleza”. Ese tal, echadas a un lado la modestia, mansedumbre y moderación humanas se hace duro, áspero, pendenciero, intolerable y cruel y se precipita hacia crímenes que sólo perpetrarían las bestias fieras habitantes de la selva.*²⁰

Aristóteles habla acerca de este tipo de bárbaro en la *Ética Nicomaquéa* a propósito de las posibles formas de insensatez;²¹ en ese sentido, caracteriza un estilo de vida fundamentado en la sensibilidad externa. Es por ello que su desenvolvimiento está fuera de los límites que marcaría la razón.

En el libro primero de la *Política*,²² Aristóteles abunda en la descripción de los hombres que viven fuera de la virtud. En palabras de Bartolomé de las Casas: “A esta clase de bárbaros llama “fieras” Aristóteles cuando dice: “la nota distintiva de los bárbaros es la bestialidad; por las penas y daños que causan, así los infamamos llamándolos y moteándoles de bestiales y bárbaros”.²³

Me parece que en este punto es en donde aparece el papel de la ley natural pues, en la lectura de Tomás de Aquino, es uno de los principios que fundamenta la conducta humana.²⁴

El Padre las Casas no considera a los antiguos mexicanos miembros de esta primera clase de bárbaros pues contaban con códigos de conducta específicos, así como con cierta organización política. Esto lo desarrollaré ampliamente en el siguiente apartado.

²⁰ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992, (*Ap*, p. 125).

²¹ *De los que carecen de juicio, los que son irracionales por naturaleza y viven sólo con los sentidos, son brutales, como algunas razas de bárbaros remotos;* (ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquéa*, 1149 a 11).

²² Por esto es el hombre sin virtud es más impío y salvaje de los animales, y el peor en lo que respecta a los placeres sexuales y de la gula (ARISTÓTELES. *Política* 1253 a 36-37).

²³ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992, (*Ap*, p. 126).

²⁴ Cfr. DE AQUINO, TOMÁS. *Suma Teológica I-II* q. 94. Es ahí donde Tomás de Aquino hace referencia al papel de la ley natural como fundamento de las virtudes humanas. El otro principio que fundamenta la conducta humana es la gracia.

A la segunda clase de bárbaros, pertenecen aquellos que carecen de un idioma literario correspondiente a su idioma materno (idioma literario que, entre nosotros, es el latín), y así no saben exponer en él lo que piensan. Por lo cual son considerados rudos y faltos de letras y erudición²⁵

No conocer el lenguaje literario propio de otro pueblo es, claramente, una de las formas impropias de utilizar el apelativa de bárbaro pues todos los pueblos serían bárbaros respecto de los idiomas de los otros.

Considero que el núcleo de la cuestión está en tener lenguaje porque no hay comunidad sin comunicación; podría decirse que la racionalidad se ve comprometida cuando un pueblo no es capaz de expresar sus costumbres mediante el *logos*. Los códices de los antiguos mexicanos, la poesía o los Huehuetlatollis son muestra del lenguaje —incluso literario— con el que contaban los naturales. Por ende, no es una acepción que pudiera predicarse con propiedad respecto de los habitantes del nuevo mundo.

BÁRBAROS SIMPLICITER

Se corresponde con la tercera clase de bárbaros, a saber, —*tomando este término en sentido propio y estricto, es la de aquellos hombres que, por impío y pésimo instinto, o por las malas condiciones de la región que habitan, son crueles, feroces, estólicos, estúpidos y ajenos a la razón, los cuales no se gobiernan ni con leyes ni con derecho, ni cultivan la amistad ni tienen constituida la república o la ciudad de una manera política; más aún, carecen de príncipe, leyes e instituciones. Estos no contraen matrimonio, conformándose a ciertos ritos; finalmente, no tienen ningún comercio humano, no venden ni compran, no dan ni toman en arriendo, no contraen sociedades, no conocen las instituciones jurídicas de depósito, arriendo y comodato; finalmente, no está en uso entre ellos ninguno de los contratos sobre el “Derecho natural y de gentes”, viven disipados y desperdigados, habitando bosques y montes, contentándose sólo con sus mujeres, como hacen los animales no sólo mansos sino también fieros.*²⁶

Este tipo de bárbaros se encuentran alejados de lo que en la cuestión 94 de la Suma Teológica Tomás de Aquino refiere como los tres imperativos de la ley natural a saber, conservar el ser, reproducirse al modo humano y educar a los hijos y vivir en sociedad.²⁷

CULTURA, INSTITUCIONES Y PRUDENCIA

Apologética Historia Sumaria es la obra en la que Bartolomé de las Casas, siguiendo el interés central de sus escritos, intenta dar respuestas contundentes a

²⁵ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992, (Ap, p. 125).

²⁶ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992, (Ap, pp. 127-28).

²⁷ Cfr. DE AQUINO, Tomás. *Suma Teológica*, I-II, q. 94.

los temas que aparecieron en la disputa de Valladolid. Es, de alguna manera, la continuación de los argumentos que presentó en *Apología* pero enfocados de manera histórica y cultural.

Las Casas argumenta de manera distinta de Apología que en la Apologética Historia Sumaria. En la primera da la espalda a los argumentos del Estagirita mientras que, en la segunda, lo utiliza recurrentemente para mostrar las características civilizatorias de los naturales. Utiliza específicamente el libro de la *Política*, el *De anima* y las obras naturalistas —*Física, Sobre el cielo y el mundo, Meteorológicos*—. Es así que se ubica propiamente en sede filosófica. Se trata, probablemente, del esfuerzo más ambicioso del sevillano pues en él busca dar razón global de la naturaleza del hombre del nuevo mundo.

El modelo argumentativo sigue, en la mayor parte de la obra, al método aristotélico: de lo más evidente a lo menos evidente. Es por ello que inicia desde la perspectiva física y biológica: ofrece varios argumentos que desde la disposición geográfica del nuevo mundo intentan mostrar la condición natural de los indios. De ahí parte a la condición psicológica de los naturales, sus vicios y sus virtudes, las condiciones culturales. Para finalizar con un análisis sobre el desempeño del gobierno de los indios. Resalta especialmente el lugar de la prudencia y de las leyes: signo definitorio de la racionalidad india.

Como es habitual en el corpus lascasiano, el autor anuncia el objetivo de su escrito desde las primeras líneas y establece el *telos* en los siguientes términos: *La causa final de escribilla fue cognoscer todas y tan finitas naciones desde vasítimo orbe, infamadas por algunos que no temieron a Dios ni cuánto pesado es ante el divino juicio infamar un solo hombre, de donde pierda su estima y honra y de allí le suceda algún gran daño y terrible calamidad, cuanto más a muchos y mucho más a todo un mundo tan grande, publicando que no eran gentes de buena razón para gobernarse, carecientes de humana policía y ordenadas repúblicas, no por más de por las hallar tan mansa, pacientes y humildes.*²⁸

Las Casas busca acceder al conocimiento de los hombres del Nuevo Mundo para comprobar que son personas capaces de gobernarse, con leyes –policía– dentro de la república. Si logra aclarar estos puntos podría descalificar las opiniones contrarias que dudaban de la capacidad política y de dominio de los naturales de América.

En el fondo subyace la definición aristotélica de hombre como *zoon politikon* frente al bárbaro *simpliciter*. La prueba más contundente sobre la racionalidad es el desempeño político: sólo los hombres libres pueden vivir en la polis, lugar por antonomasia de desarrollo intelectual.

El lugar de la policía será determinante pues supone el ejercicio de la legalidad y garantiza la convivencia política; con ello bastaría para desacreditar cualquier ataque contra la naturaleza humana de los indígenas. A continuación anuncia el itinerario demostrativo de la obra. Inicia por seis causas del orden de la naturaleza:

²⁸ LAS CASAS, Bartolomé. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (AHS, p. 285).

Para demostración de la verdad, que es en contrario, se traen y compilan en este libro... seis causas naturales, que comienzan en el capítulo 22^a, conviene a saber: la influencia del cielo, la disposición de las regiones, la compostura de los miembros y órganos de los sentidos exteriores y interiores, la clemencia y suavidad de los tiempos, la edad de los padres, la bondad y sanidad de los mantenimientos; con las cuales concurren algunas particulares causas, como la disposición buena de las tierras y lugares y aires locales de que se habla en el capítulo 32 b.²⁹

Vale la pena resaltar la cosmovisión que impera en el planteamiento del dominico. Su concepción antropológica implica a la naturaleza; en otros términos, el hombre no se entiende fuera del mundo. Esto es revelador pues no hay que olvidar que el descubrimiento del Nuevo Mundo fue un hito en la historia Europea. Entender al hombre es entenderlo en su ambiente, en su mundo.

En Bartolomé de las Casas no hay disociación entre naturaleza y cultura sino que ambas son dos formas de entender al hombre.

Los puntos que utilizará como vía argumentativa son:

1. La influencia del cielo
2. La disposición de las regiones
3. La compostura de los órganos humanos
4. la clemencia del tiempo
5. La edad de los padres
6. La bondad y la sanidad de los mantenimientos

Todos ellos, desde la visión lascasiana, conforman los elementos naturales que garantizan la racionalidad. Sin embargo, el fraile va más allá en su argumentación y propone cuatro causas más: *Item, otras cuatro accidentales causas que se tractan el capítulo 26 c, y éstas son: la sobriedad del comer y beber, la templanza de las afecciones sensuales, la carencia de la solicitud y el cuidado cerca de las cosas mundanas y temporales, el carecer asimismo de las perturbaciones que causan las pasiones del ánima (conviene saber: la ira, e gozo, amor, etc.).*³⁰

Este punto lo encuentro especialmente complicado pues Las Casas propone como causas accidentales a cuatro tipos de virtudes presentes en los indios, a saber: 1. la sobriedad, 2. la templanza corporal, 3. el desapego a lo mundial y 4. la templanza emocional. Todos ellos son hábitos y son segunda naturaleza del hombre. Sin embargo, desde mi perspectiva, y de acuerdo con la tradición aristotélico-tomista, que los hábitos sean segunda naturaleza no implica que sean accidentales al hombre. Al contrario, se trata de elementos constitutivos de la naturaleza racional del animal político.

²⁹ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (AHS, p. 285).

³⁰ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (AHS, p. 285-6).

Una posible explicación podría trazarse de la siguiente manera: Las Casas considera causa accidental argumentativa a los hábitos y no causa accidental antropológica. En otras palabras, en el planteamiento del discurso, el fraile privilegia a los argumentos con el fin de aclarar la naturaleza racional de los naturales.

En otras palabras, al momento de realizar el análisis del discurso de Bartolomé de las Casas hay que considerar que se trata de un autor dimensional: por momentos privilegia al discurso —dimensión retórica—, por momentos a los hechos —dimensión histórica—, por momentos a los argumentos —dimensión teológica, filosófica o jurídica—.

Esta distinción da cuenta de la importancia que tienen para el dominico la argumentación y la retórica como instrumento demostrativo en el problema indiano. Aunque no hay que perder de vista el *telos* de la obra y que queda explicitado en las siguientes líneas:

Por todas las cuales, o por las más dellas, y también por los mismo efectos y obras destas gentes, que comienzan a tractar en el capítulo 39 d, se averigua, concluye y prueba haciendo evidencia ser todas, hablando a toto genere, algunas y otras muy poco menos ninguna expertas dello, de muy buenos, sotiles y naturales ingenios y capacísimos entendimientos, ser asimismo prudentes y dotados naturalmente de las tres especies de prudencia que pone el Philosopho: monástica, económica y política.³¹

Una vez aclarados los puntos anteriores, el dominico decide resaltar la capacidad política de los indios a través de su cultura, sus instituciones, sus leyes pero, sobretodo, de su prudencia: virtud fundamental de la convivencia social, condición *sine qua non* de la polis.

Me parece especialmente importante la incorporación de la prudencia pues, desde ella, los contenidos de la ley natural pueden reconciliarse con las condiciones de la naturaleza y de la cultura. Aristóteles define a la prudencia como *la capacidad para deliberar acertadamente sobre las cosas buenas para él (...) para la vida en general*.³² Así, las Casas insiste en que los naturales son capaces de actuar prudentemente tanto en la vida política como en la vida doméstica. Esto es así por las instituciones políticas y las leyes que tenían los antiguos mexicanos; también por los mandatos morales, o consejos, contenidos en los Huehuetlatolli.

EL PAPEL DE LA LEY NATURAL

El desarrollo de la ley natural está marcado por el conflicto entre diferentes formas culturales; por ello, recuperar los términos originales en que fue propuesta e insistir en argumentos racionales conforme a la naturaleza abierta del hombre.

La teoría de la ley natural ha recibido fuertes críticas a lo largo de la historia de la filosofía. Posiblemente, la más famosa es la acusación de falacia natura-

³¹ LAS CASAS, Bartolomé. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (*AHS*, p. 285-6).

³² ARISTÓTELES. Ética Nicomaquéa, 1140 a 30.

lista que hicieron Hume y Moore. La objeción afirma que la teoría de la ley natural es una falacia pues no es posible que la conclusión sea más amplia que las premisas: si una valoración moral no está contenida en las premisas de un enunciado *de facto* no se puede derivar válidamente. En otras palabras, no es posible derivar la valoración del puro hecho.

Cuando Hume plantea esta objeción, está desconectado de las coordenadas de los presupuestos metafísicos de Tomás de Aquino y se encuentra más cerca de una interpretación empirista o atomista en donde las propiedades de la esencia más que presentar una tendencia son unidades simples. Sin querer abundar en el asunto remito al planteamiento que hace Massini:³³ la falacia de la falacia naturalista es que no tiene un concepto metafísico de naturaleza por eso la analogía es imposible.

En palabras de Mauricio Beuchot: *la acusación de falacia naturalista es un olvido de la diferencia ontológica entre el ser y el bien, que, a pesar de ser distintos, están interconectados; por eso, entre uno y otro hay un paso válido; y, sobre todo, el comienzo es el ser, por lo que éste es camino hacia el bien... al unir la esencia con la acción, la natura con la cultura, nos conecta el ser con el deber ser, la descripción con la valoración, el hecho con el derecho.*³⁴

En otros términos, el asunto de la falacia naturalista es que está planteada sobre bases distintas con presupuestos y conceptos diversos. Hume y Moore tienen un concepto diferente de naturaleza que Aristóteles y Tomás de Aquino porque provienen de tradiciones disímbolas. En la ontología de Hume, un hecho se reduce a un conjunto de cosas simples y cada uno de ellos está completo y terminado en sí misma. De tal concepto no se puede derivar una disposición ni una potencialidad, mucho menos una norma.

Varios estudiosos coinciden en que la acusación de falacia naturalista que hacen Hume y Moore no está dirigida hacia la doctrina clásica de la ley natural sino al naturalismo de Mill y Spencer con quienes comparten la misma fundamentación ontológica.³⁵

Aristóteles y Aquino con el concepto de potencialidad y tendencia llegan a este asunto con un conjunto de presupuestos metafísicos distintos que mediante la analogía del ser y la teleología hacen posible el trazo del puente ser/deber-ser.

Muchos autores coinciden en que el tema de la falacia naturalista ha sido resuelto. Hittinger, Vigna, Ferrer, Haakonssen, Hassisng, Odenberg, Spaeman, entre otros prefieren concentrarse en los contenidos de la ley natural que en la discusión terminológica.

De igual forma, los autores novohispanos del siglo xvi, libres de este tipo de objeciones, se enfocaron en la aplicación de los contenidos de la ley natural a la realidad india.

³³ Cfr. MASSINI, C. I. *La falacia de la falacia naturalista*, Ed. Idearium, Mendoza - Argentina, 1995. p. 67.

³⁴ ASPE ARMELLA, et. Al., *Ensayos de filosofía política del México contemporáneo y derechos humanos*, CNDH, México, 2005, p. 140.

³⁵ Cfr. LISSKA J., ANTHONY, *Aquinas theory of natural law*, Clarendon paperbacks, Oxford, 2002, p. 203.

Como he dicho antes, Bartolomé plantea a lo largo de toda su obra los contenidos de la ley natural para derivar de ellos los derechos humanos. En otros términos, el discurso que subyace a la defensa lascasiana de los derechos son los contenidos de la ley natural.

Las Casas está de acuerdo con la línea argumentativa del famoso pasaje del tratado de la ley de la Suma (I-II, q. 94, a 2, respuesta), en el que Tomás responde a una cuestión muy específica: si la ley natural responde a uno o a varios preceptos. El Aquinate piensa que los contenidos de la ley natural responden a la teleología de nuestras inclinaciones naturales: *El bien tiene razón de fin...la inteligencia percibirá como bien, y como necesariamente practicable, todo aquello hacia lo cual sienta el hombre una inclinación natural...el orden, por consiguiente, de los preceptos de la ley natural será en todo paralelo al orden de las inclinaciones naturales.*³⁶

Hay tres géneros principales de tendencias de las que se desprenden los contenidos más universales: la conservación de la vida, la procreación y perpetuación de la especie y la convivencia política.³⁷ Bartolomé recoge esta doctrina y la utiliza para solucionar los problemas del Nuevo Mundo.

En el controvertido texto *Brevísima Relación de la destrucción de las Indias* es posible agrupar las declaraciones del dominico a la luz de los contenidos de la ley natural: las acciones que fueron en contra de la vida, las acciones que fueron en contra de la procreación y las acciones que fueron en contra de la ciudad; a manera de ejemplo: *son tan crueles y despiadados e tan horribles tiranos, perdiesen por el mismo caso la hacienda y las tierras, la libertad, las mujeres y los hijos con todas sus vidas, que es cosa absurda y estulta e digna de todo vituperio.*³⁸

En otras palabras, la forma argumentativa de esta obra no fue elegida de manera caprichosa ni azarosa; el *telos* responde a los imperativos de la naturaleza humana. Esto aunado al ejercicio retórico de corte ciceroniano le dieron a *Brevísima relación* la fama de la que aún no puede desprenderse. En efecto, se trata de una justa indignación frente a los excesos de la guerra.

Dejando de lado el asunto de la Leyenda Negra Española, en mi opinión el planteamiento de *Brevísima relación* descansa intencionalmente sobre los contenidos de la ley natural. En efecto, no es de sorprender que sea en la guerra en donde ocurran las violaciones más atroces de tales contenidos. Seguramente esta es la razón por la que las Casas se declara un pacifista.

Los indios respondieron defendiendo naturalmente estos tres contenidos: *Y algunos escondían sus comidas; otros sus mujeres e hijos; otros huíanse a los montes, por apartarse de gente de tan dura y terrible conversación.*³⁹

³⁶ AQUINO, TOMAS., *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a 2, respuesta.

³⁷ Cfr., AQUINO, TOMAS., *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a 2, respuesta.

³⁸ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (BRDI, f. 13 p. 44).

³⁹ LAS CASAS, Bartolomé. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De

En otra de sus obras, *El memorial de los Remedios*, el dominico propone las posibles soluciones frente a las denuncias hechas; bajo el presupuesto del respeto incondicional a la vida de los indios —por compartir la misma naturaleza— el autor insiste en los derechos fundamentales de los hombres: que sean libres,⁴⁰ que convivan en paz todos los grupos⁴¹ sobre la base de leyes justas.⁴²

A partir de estos argumentos, queda claro que la fundamentación de la doctrina de los derechos humanos que propone las Casas es de corte iusnaturalista. Sin embargo, a diferencia de otros autores de la época, las Casas encuentra que la esclavitud y las encomiendas están van en contra de los principios de la naturaleza. En palabras del fraile Las Casas, *el entendimiento es el principio del acto humano que contiene la raíz de la libertad ... Efectivamente, la razón toda de la libertad depende del modo de ser del conocimiento.*⁴³

Hay que resaltar que los contenidos de la ley natural no generan patrones de conducta estandarizados sino que están abiertos a las diferentes aplicaciones culturales. *En treinta proposiciones muy jurídicas* sostiene que: *Los reyes de Castilla son obligados de derecho divino a poner tal gobernación y regimiento en aquellas gentes naturales de las Indias: conservadas sus justas leyes y buenas costumbres, que tenían algunas y quitadas las malas que no eran muchas.*⁴⁴

A diferentes personas corresponden diferentes virtudes, de ahí es posible decir que a diferentes culturas corresponden diferentes tipos de virtudes; en otras palabras, la ley natural es universal pero no ahistorical. El ejercicio de la razón práctica, al momento de seguir la ley natural, debe considerar el mismo principio como rector pero al lado de las circunstancias históricas mediante una aplicación prudencial; se trata de mantener la diferencia en la igualdad.

los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (*BRDI*, f. 6v, p. 36).

⁴⁰ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (*MR*, p. 23, primer remedio).

⁴¹ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (*MR*, p. 24, segundo remedio).

⁴² LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (*MR*, p. 27, noveno remedio).

⁴³ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (*De un*, p. 82).

⁴⁴ LAS CASAS, BARTOLOMÉ. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (*TPMJ*, f. 8, p. 211, prop 27).

BIBLIOGRAFÍA

Obras

LAS CASAS, Bartolomé. *Obra Completa*; Edición de Vidal Abril Castelló, Jesús A. Barreda, Berta Ares Queija y Miguel J. Aril Stoffels. Edición preparada por la fundación “Instituto Bartolomé de las Casas”. De los dominicos de Andalucía. Director de la edición: Doctor Paulino Castañedo Delgado. Madrid: Alianza Editorial, 1992. Catorce Volúmenes.

Referentes clásicos

ARISTÓTELES. *Política*; Traducción de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 2000, 250 pp.

_____. *The complete Works of Aristotle*; Edited by Jonathan Barnes. New Jersey: Princeton University Press, 2 vol.

_____. *Ética Nicomaquéa*; Traducción de Antonio Gómez Robledo. México: UNAM, 1983, 265 pp.

DE AQUINO, Tomás. *Suma Teológica*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990-1998.

Fuentes

APPIAH, Kwame Anthony. *La Ética De La Identidad*. Barcelona: Katz Editores, 2007.

ASPE, Virginia et. Al. *Ensayos de filosofía política del México contemporáneo y derechos humanos*. México: CNDH, 2005.

BEUCHOT, Mauricio. *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*. Barcelona: Anthropos, 1994, 171 pp.

GREENE, Jack P., *Interpreting early America*, USA, University Press of Virginia, 1996, 528 pp.

HUNT, Lynn. *Inventing Human Rights*. New York: W. W. Norton & Company, 2007, 272 pp.

LISSKA, Anthony. *Aquinas's theory of natural law*. Oxford: Clarendon Press, 2002, 320 pp.

LUBAN, David. *Legal ethics and human dignity*. New York, NY: Cambridge University Press, 2007.

MOYN, Samuel. *Christian human rights*. University of Pennsylvania Press, 2015, 248 pp.

MASSINI, C. I. *La falacia de la falacia naturalista*. Argentina: Ed. Idearium, 1995.

INSTITUCIONALIZACIÓN VS. VIVENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO: UN ANÁLISIS DESDE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

MARCO ANTONIO TÓH EUÁN*

RESUMEN

El presente ensayo hace un análisis sobre las posibilidades, límites y tensiones de los derechos humanos desde la sociología jurídica, la cual permite identificar conceptos básicos relacionados entre la vivencia y la institucionalización de estos derechos fundamentales; explicando las tensiones surgidas de esta relación y visibilizar la efectividad de lo ya regulado e instituido a través de una mirada desde abajo, de quienes son titulares de estos derechos fundamentales.

Palabras clave: *Derechos Humanos, Sociología Jurídica, Vivencia de los Derechos Humanos, Institucionalización de los Derechos Humanos, Derechos Humanos desde Abajo.*

ABSTRACT

Herby these essay makes an analysis of the human rights possibilities, borders and tensions from the sociology of law optic, which let identify basic concepts related to the fundamental rights experience and institutionalization, explaining the airising tensions of these relationships, making visual the effectiveness of the already regulated and instituted, by and optic from below of whom are entitled of these fundamental rights.

Keywords: *Human Rights, Sociology of Law, Experience of Human Rights, Institutionalizacion of Human Rights, Human Rights From Below,*

Recibido: 20/01/17 Aprobado: 19/04/17

** Actualmente profesor de la Escuela de Derecho y Relaciones Internacionales de la Universidad Anáhuac Cancún. Licenciado en Derecho por la Universidad Anáhuac del Mayab en Mérida, Yucatán y Maestro en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales en México. Coordinador de Visitadurías Generales en la Zona Norte de la Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Quintana Roo. Correo electrónico: marcotoh@icloud.com

I. INTRODUCCIÓN

Es poco común hacer una crítica al Derecho desde una perspectiva que no sea la filosófica tradicional a la que estamos acostumbrados a abordarla como en los campos de la Teoría Política y la Teoría Jurídica. Sobre todo, cuando analizamos las interacciones que ocurren dentro de los campos jurídicos¹ y los sujetos que participan en ellos; es decir, la respuesta de la sociedad ante la norma que le es impuesta. Para ello, la sociología jurídica permite estudiar cómo se da el poder en la sociedad ante la norma.

Lo mismo ocurre, con los derechos humanos, al estar plasmados en constituciones y leyes de carácter internacional (fijados por los sistemas regionales de protección de los mismos). ¿El contenerlos en normas supremas es suficiente para su observancia? ¿Brinda seguridad jurídica el hecho que se encuentren institucionalizados ante las diversas situaciones, posturas y creencias que existen en diversos estados y tipos de sociedad? ¿Cómo ocurre la vivencia de estos derechos en sociedades pluriculturales como la mexicana y, si es eficaz su cumplimiento para todos y cada uno que los accionan?

Demasiadas preguntas que pueden surgir al hablar de la institucionalización y la vivencia de los derechos humanos, que si bien, no pretendemos responderlas del todo, pero sí nos sirven como guía para ir definiendo determinados conceptos en esta breve consigna académica. Por ello, me permitiré primero abordar los conceptos de institucionalización y vivencia para luego mencionar y ejemplificar algunas de las tensiones, posibilidades y límites que ocurren entre estas dos, al hablar de derechos humanos. Y finalmente, plantear algunos aconteceres sobre la realidad de los derechos humanos y la forma de vivirlos con una mirada desde abajo.²

II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA DE LOS ESTUDIOS SOCIOLÓGICOS EN LATINOAMÉRICA Y MÉXICO

“Controlar el Derecho, es controlar la sociedad”, más todavía cuando se trata de otorgar poder a los intelectuales del derecho no sólo de carácter legal sino el legitimado por la sociedad misma dentro de los campos sociales. Quienes tienen la sapiencia —que en algunas épocas fueron considerados casi con investidura divina— y la razón absoluta, son aquéllos facultados para decidir. En una retórica sarcástica, podría atreverme a afirmar que el estereotipo del abogado, estudiioso del Derecho, aún persiste en nuestros días. Pero ¿De dónde viene todo

¹ Bourdieu y Wacquant define al “...campo jurídico...[como] el sitio de una competencia por la posibilidad de determinar el derecho. Una confrontación dentro de este campo se da entre actores que tienen una competencia técnica, la cual consiste esencialmente en la capacidad socialmente reconocida de interpretar un cuerpo de textos que santifican una visión correcta o legitimada del mundo social.” Referida en *Sociología y Crítica del Derecho*. Por Mauricio García Villegas. P. 21. Edit. Fontamara. 1986, p. 817; 1986b, p. 6.

² La mirada desde abajo refiere una visión de la efectividad de los derechos fundamentales en su goce y disfrute, desde quienes son titulares de los derechos y no desde quienes gobiernan, legislan y tienen la obligación de cumplirlos.

esto? No habría de extrañarnos la razón por la cual se percibe y/o establece una violencia del Derecho, vista como una forma de poder simbólico por excelencia y, por ende, una violencia simbólica en las interacciones humanas. No se reduce a una lucha de carácter intelectual sino que va mucho más allá: una lucha política, “...dado que la mayoría de los debates jurídicos tiene implicaciones directas para la distribución del poder y de bienes que se encuentran en el campo político. Controlar el Derecho es importante para controlar a la sociedad. Por ello, nos obliga a entender, más allá de lo que las teorías jurídicas nos han hecho creer, que el derecho existe como un campo social que tiene relación y dependencia con las demandas externas”.³ He ahí la importancia de los estudios sociológicos en el Derecho.

Heredamos un autoritarismo proveniente de la norma, que no sólo era de corte conservador en defensa de la monarquía en las antiguas colonias españolas del Siglo XIX sino también cuando hacía falta consolidar un nacionalismo unitario.⁴ Pero, tomando en cuenta que quienes tenían el lema de defensa de los derechos civiles y políticos, en ese entonces, eran únicamente las élites criollas con ideas *roussonianas*, cuya forma de vida correspondía a una realidad distinta de los indígenas o afro descendientes esclavos. Incluso, dando un salto histórico enorme, en la segunda mitad del siglo XX y hasta la fecha el déficit de maniobra política de los gobiernos, propicia dos prácticas jurídicas interrelacionadas y ampliamente utilizadas en América Latina: el uso simbólico de las normas y los discursos jurídicos y, el recurso constante a la declaratoria de estado de excepción constitucional. Esta última es uno de los medios esenciales de expresión del autoritarismo jurídico.⁵ Así, “...Mientras más limitado es el margen de maniobra política de los gobiernos latinoamericanos, mientras menos operante es la democracia representativa, más necesidad tienen los gobiernos de recurrir al derecho para responder a las demandas sociales”.⁶ En este orden de ideas, desde el inicio del presente apartado, encontramos la explicación del por qué el control jurídico es producido más para imponer y legitimar acciones de política pública disfrazando la deficiente aplicación de las mismas. Situación similar, podría ocurrir —sino es que ya ocurre— en la normatividad establecida en materia de derechos humanos. Se deriva una actitud ciudadana de desobediencia, desconfianza o simplemente negligencia frente al cumplimiento de las normas del derecho oficial, como la cultura jurídica europea de la época colonial. Misma que fue heredada a Latinoamérica, donde al concepto de ciudadanía, le fue arrebatado una cultura de cumplimiento de la ley y defensa y protección de los derechos ciudadanos.⁷

³ MAURICIO GARCÍA VILLEGAS. *Sociología y crítica del derecho*. Capítulo 8. “Derecho y Sociedad en América Latina”; México; Fontamara 2010. Pp. 21 y 22.

⁴ *Ibidem*.

⁵ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá, ILSA. 2003.

⁶ MAURICIO GARCÍA VILLEGAS. Ob. cit.

⁷ *Ibidem*.

III. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la preocupación de las ciencias sociales por los derechos, surgen la institucionalización y la vivencia como parte de los procesos de desarrollo propios. Nace la idea de institucionalizar los derechos humanos como una respuesta a las violaciones diarias; equiparados estos derechos a los derechos naturales, base para la construcción de un orden social y cultural.⁸ De esta forma, se visibiliza la fragilidad del ser humano y por ello, la necesidad de una respuesta institucional para superarla. En síntesis, institucionalizar los derechos humanos se refiere a ver reflejado lo contenido en normas internacionales y nacionales en instituciones jurídicas y políticas públicas que hagan efectivos esos derechos.⁹

En el caso de México, encontramos ejemplos de institucionalización de los derechos humanos con la creación a partir del principio de la década de los noventa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las comisiones locales; el Consejo Nacional para Prevenir y Sancionar la Discriminación, los programas federales y estatales sobre derechos humanos, así como las dos últimas reformas constitucionales en materia de amparo y la que extiende facultades a los organismos autónomos de derechos humanos, ambas de 2011.

IV. LA VIVENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, cuando se habla de la vivencia de los derechos humanos, desde los estudios sociológicos de los derechos, se refiere a la relación entre estos y sus instituciones jurídicas, pero sobre todo, a la conciencia y conocimiento que los gobernados tienen sobre sus prerrogativas; alude al análisis de cómo la gente los ejercen, de qué les sirven, qué es lo que esperan o pueden esperar, qué sucede cuando los usan, qué función cumplen, etc. Cabe puntualizar que esta vivencia no se enfoca a la recoger las aportaciones que realizan académicos, funcionarios, juzgadores y doctrinarios. Deja atrás el enfoque de élite y fija la mirada hacia abajo (sin afán peyorativo): hacia la gente común y corriente, los grupos sociales y por supuesto, los mismos activistas. Asimismo, permite cuestionar qué tan efectivos son los reclamos de los derechos ya institucionalizados.¹⁰

IV. LAS POSIBILIDADES EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este apartado, se trata de analizar cuáles son las posibilidades de los derechos humanos luego de su institucionalización. Los alcances en las mismas, qué es lo que ha traído consigo este proceso; lo que permite la estandarización de las políticas públicas con un enfoque de derechos humanos.

⁸ B. TURNER. *Outline of the theory of human rights*, *Sociology*, vol. 27, no. 3, pp. 489- 512. 1993.

⁹ KARINA ANSOLABEHÉRE. *Guía de Estudio de la Materia “Sociología Jurídica y Derechos Humanos”*. FLACSO. México, D. F, 2012.

¹⁰ *Ibidem*.

Podemos citar como beneficios más que posibilidades con la reforma de 2011, al haber sido elevado a rango constitucional la existencia de los derechos humanos, primero que todo, se logró trabajar conforme a los compromisos que pactados desde un principio por el Estado mexicano, y además haciendo uso en su caso, del control de convencionalidad y de la interpretación conforme. Esto permitirá ir desarraigando toda una cultura de desapego e irrespeto de los derechos fundamentales.

También, en el caso del Poder Judicial, al apostarse por una autonomía en la impartición de justicia y de quienes tienen la tarea de resolver los conflictos sobre derechos humanos, brinda más confianza en los resultados de sus decisiones, además que busca erradicar prácticas clientelistas y que podrían interpretarse como tráfico de influencias.¹¹

También resulta conveniente, analizar el avance que se ha tenido en las últimas reformas respecto a las extensiones de facultades que hace la misma Constitución mexicana a las comisiones nacional y estatales de derechos humanos puesto que en la práctica vivencial, la interposición de la queja resulta un recurso efectivo y de fácil alcance, debido a la informalidad procesal, para hacer valer los derechos humanos en el caso de violaciones. Además que se faculta a las mismas organizaciones no gubernamentales para poder interponer recursos en representación de determinado grupo de personas.

De la misma forma, el institucionalizar los derechos humanos de acuerdo a los estándares, sobretodo internacionales, permite la promoción y creación de organismos autónomos o institutos especializados para la atención de determinadas temáticas, como la existencia de institutos para la mujer, personas con discapacidad, niñez, juventud, entre otras; a la par que obliga a los funcionarios y servidores públicos a ir tomando en cuenta requisitos de certificación en materia de perspectiva de género, derechos humanos, enfoque de derechos de la niñez y demás enfoques integrales.

En materia de acceso a la justicia, también es menester considerar al recurso de amparo como un recurso que ha ido evolucionando y que abre una posibilidad enorme en que prontamente se convierta en un garante del interés colectivo o interés social, para la exigencia de determinados grupos específicos. Lo que permitirá a su vez, puedan cumplirse las recomendaciones y sentencias que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha dirigido a México y otros países, sobre el sentido de crear de recursos efectivos que permitan dejar como opción última y final los mecanismos internacionales, pero que las propias cortes nacionales puedan sentar precedente en la materia.

Finalmente, no puedo omitir hablar sobre el activismo especializado, que logra alzar la voz y, la mayoría de las veces, desarrollar y atender situaciones que escapan del alcance de la atención gubernamental, por no ser contempladas como asuntos de política pública u otras porque no existe la conciencia para desarrollar política pública al respecto.

¹¹ GERMÁN SILVA GARCÍA. *La administración de Justicia: ¿Escenario para la protección de los grupos sociales vulnerables?* Revista colombiana de sociología. No. 26. Bogotá, Colombia. (2006).

V. LÍMITES Y TENSIONES ENTRE LA INSTITUCIONALIZACIÓN Y LA VIVENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la vivencia de los derechos humanos, los estudios sociológicos dirigen sus objetivos en cómo son ejercidos estos derechos, si funciona la exigencia de los mismos, la respuesta que reciben por parte de las instituciones, y más todavía, si la gente realmente ejerce sus acciones. De esta forma, encontramos límites u obstáculos que confrontan lo establecido por la norma protectora de derechos con la realidad que se presenta en su exigencia. Tal es el caso del recurso judicial de amparo como un medio para hacer valer los derechos humanos, que en la práctica vivencial cuando se violan los derechos, se convierte en un recurso realmente oneroso, de difícil acceso, y que pocas veces logra su principal cometido; más todavía cuando hablamos de intereses colectivos o acciones grupales; que no son ni reconocidas estas acciones como tales dentro del marco jurídico.

En el ramo de los estudios sociológicos de los derechos, sobretodo en la modernidad jurídica, surgen tres tensiones: la primera tensión producida entre la regulación social y la emancipación social; la segunda entre el Estado y la sociedad civil; y la tercera, entre el Estado Nación y lo que llamamos globalización.¹²

En la primera tensión, un claro ejemplo es el avance en leyes sobre igualdad de género y niñez pero que a la vez, aún quedan por romper muchos estereotipos culturales, en este caso, machistas y por cuestiones etarias; en la segunda, la incidencia política avanzada de algunas organizaciones no gubernamentales en ciertas regiones o ciudades del país, pero atrasadas en otras y, también el papel de las organizaciones civiles a modo que legitiman el trabajo del gobierno por ciertas concesiones o privilegios políticos; y, en la tercera tensión, se ilustra sin duda, la inversión que hoy en día se brinda a regiones de Centroamérica y el Caribe con fondos internacionales, principalmente de países altamente desarrollados, quienes han contribuido descaradamente con el daño climático y ambiental.

En el plano de otras tensiones, nos encontramos que contrario a lo que se considera como universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación, la verdad es que, en la práctica vivencial, no se le puede dar la razón a todos. Aquí entra la necesidad de ejercer una ponderación de derechos cuando surge el conflicto entre dos o más grupos que se vean afectados, de tal manera que, a mayor especificación de los derechos vulnerados, se podrá dar más luz para inclinar la balanza a quien tenga razón. Me lleva a pensar en el caso actual de la movilización masiva de sindicatos magisteriales que interfieren en el ejercicio de otros derechos: terceros perjudicados en su propiedad, libertad de tránsito y trabajo; donde no queda claro qué derechos deben prevalecer.

Del mismo modo, podemos tocar diversos temas como el acceso efectivo a la justicia para las mujeres; la deconstrucción de estereotipos de género en medios masivos de comunicación; la minoría de edad y el maltrato infantil vividas en una sociedad adulto-centrista; la problemática con la figura jurídica del matrimonio;

¹² BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. Ob. cit. Pp. 346 y 347.

el derecho de las mujeres a decidir sobre su cuerpo; la penalización a portadores del virus de inmunodeficiencia adquirida; entre otras. Que si bien podemos observar, destacan en su gran mayoría la exigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, que han encontrado problemas, históricamente, desde su justiciabilidad hasta su representatividad en litigio.

Y en el plano de las tensiones por efectos de la globalización, entra en juego el concepto de “la dignidad”, el cual si bien es adoptado por todas las culturas, pero no todas lo definen del mismo modo. A la par de que se percibe en algunos casos una imposición de los derechos humanos provenientes de la Europa Occidental y los Estados Unidos de Norteamérica. Aunque aquí, se corre por otra parte, el riesgo de justificar violaciones atroces usando como excusa el concepto de dignidad de ciertos colectivos: la lucha mal entendida entre preservación y uso de las costumbres de algunos pueblos, sobre pasando incluso otros derechos fundamentales como la vida, libertad de decidir con quién casarse, etc.

IV. CONCLUSIONES

Sin duda, cobra importancia en este trabajo resaltar que por un lado urge la necesidad y ha sido parte de un proceso histórico, la institucionalización de los derechos humanos, pero que también, tal institucionalización encuentra trabas como la corrupción y la cultura de denuncia por violaciones; barreras que tienen origen en el legado ancestral que nos dieron sobre todo desde la época colonial y con la adaptación del formalismo francés, que es notablemente riguroso en lo que establece la norma y encuentra validez únicamente en lo que se menciona, sin mirar cuál es la realidad y observancia de la misma. Arrojando: a) la existencia de élites de poder que pronuncian discursos sobre derechos humanos con doble sentido o doble moral para su exclusivo beneficio —clase política, funcionarios y activistas—; b) La actitud de desapego al respeto de los derechos humanos por parte de quienes laboran en la función pública; y c) la falta de cultura para denunciar por la desesperanza de algún resultado efectivo, situación que nos lleva a pensar y a subrayar el tema de la vivencia de los derechos humanos, de quienes realmente los visibilizan con las violaciones diarias que van sufriendo; “los de abajo” como manejan algunos doctrinarios en la materia.

No es mi intención imponer una postura de lo que es o no correcto en la práctica institucional de los derechos humanos y el impacto sobre quienes los viven, puesto que cada realidad es distinta y a veces hay que ponderar con delicadeza los derechos que se encuentran en juego en algunas tensiones; para ello mucho ayudaría el que los juzgadores (sobre todo de las cortes supremas) o quienes tienen bajo su responsabilidad resolver las controversias jurídicas, por una parte, hagan uso de los mecanismos efectivos existentes y funcionales para resolver con un verdadero enfoque de derechos humanos, y también en los asuntos que

conlleven a fijar posturas de Estado¹³ se realice un análisis maximalista de las situaciones específicas y no limitarse a mencionar de manera superficial (análisis minimalista) sus razones y fundamentos, escondiendo o disfrazando posturas. Si no, ¿de qué sirve la jurisprudencia como fuente del derecho al no brindar estándares minuciosos y razonados que ayuden a dirimir las nuevas controversias? Incluso, de las mismas instancias internacionales que han dictado estándares sobre prevención de la tortura y reparación integral del daño pero que hasta la fecha resulta inalcanzable la garantía estatal y reparación de las mismas.

Casi concluyendo, no hay que perder de vista las novedosas leyes en diversos temas sobre derechos humanos que hasta la fecha no han podido cumplirse por falta de presupuestos que implican la institución de políticas públicas que requieren infraestructura como el caso de los organismos locales para prevenir y sancionar la discriminación; o temas como el de la erradicación de la tortura en las instancias investigadoras de delito como las fiscalías y procuradurías estatales.

No obstante, cierro con una visión progresista, puesto que la movilización de quienes han optado por representar a los que viven la realidad de los derechos humanos, han empezado a dar frutos en temas que antes eran inimaginable abordarlos; y que contrarrestan el olvido o el disfraz discursivo de las élites que dicen proteger y respetar los derechos humanos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANSOLABEHÉRE, Karina. (2012). Guía de Estudio de la Materia “Sociología Jurídica y Derechos Humanos”. Maestría en Derechos Humanos y Democracia. FLACSO. México, D. F.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. (2010). Sociología y crítica del derecho. Capítulos I. “Sociología Jurídica Comparada”; México: Fontamara.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. (2010). Sociología y crítica del derecho. Capítulo 8. “Derecho y Sociedad en América Latina”; México; Fontamara.
- LISCANO FERNÁNDEZ, RIPA ALSINA, SALUM ALVARADO. (2009). Coordinadores. Democracia y Derechos Humanos: Desafíos para la emancipación. UAEM, CDHDEM.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. (1998). De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad. Uniandes/Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. (2003). La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política. Bogotá, ILSA.
- SILVA GARCÍA, Germán. (2006). La administración de Justicia: ¿Escenario para la protección de los grupos sociales vulnerables?. Revista colombiana de sociología. No. 26. TURNER, B. 1993, “Outline of the theory of human rights”, Sociology, vol. 27, no. 3, pp. 489- 512.

¹³ Sobre todo, en temas que además de novedosos en cuanto a su planteamiento y resolución, marquen un precedente histórico que deje ver la autonomía judicial: prevención y erradicación de la tortura, igualdad de género, edad penal mínima, arraigo, entre otros.

EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA A LA LUZ DEL BIODERECHO INTERNACIONAL

JUAN MANUEL TORRES COLINA*

RESUMEN

La dignidad humana es un principio fundamental en la construcción de los derechos humanos, ha sido la plataforma sobre la que se ha edificado éste sistema en el plano internacional y se ha convertido en la columna vertebral de diversos temas vinculados con la bioética.

Las ciencias biomédicas deben velar por el bienestar y salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas, tales como: la vida, la salud y la integridad física y psíquica; es por ello que resulta importante revisar los principales instrumentos internacionales, sean universales o regionales, convencionales o declarativos para conocer el sentido, contenido y alcances de la dignidad humana.

Palabras clave: Dignidad humana, derechos humanos, bioética, bioderecho, tratados y declaraciones internacionales.

ABSTRACT

Human dignity is a fundamental principle in the construction of human rights. In the international realm, it has been the stepping-stone in which this system was built. And it has become the backbone of several topics related to bioethics. Biomedical sciences must ensure wellbeing and safeguard the fundamental rights of human beings, such as: Life, health, physical and mental integrity. Hence the relevance of revising major international instruments —whether universal or regional, conventional or declarative—in order to know the meaning, content and reach of human dignity.

Keywords: Human dignity, human rights, bioethics, bioderecho, international treaties and declarations.

Recibido: 30/01/17 Aprobado: 15/04/17.

* Doctorando en Derecho | Universidad Anáhuac Mayab. Especialista en Derecho Internacional Público egresado de la UNAM. Docente en la UVM Mérida, Yucatán | Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales. Correo electrónico: manuelgenx@yahoo.com.

INTRODUCCIÓN

La gran diversidad de temas que son objeto de estudio de la bioética dan lugar a múltiples interrogantes e interpretaciones frente a los cuales el derecho se tiene que pronunciar, cuya finalidad es la armonización universal de principios rectores que se deberán incorporar a los sistemas jurídicos de cada Estado.

El objetivo del Derecho Internacional debe consistir en la incorporación de principios que regulen las actividades y procedimientos que estén vinculados con el campo de la bioética, independientemente de su interpretación y significado o las bases filosóficas o creencias religiosas de cada sociedad.

El reconocimiento por parte de la comunidad internacional en diferentes ordenamientos jurídicos de la dignidad humana constituye la columna vertebral de la bioética y del bioderecho.

Los instrumentos internacionales que nos remiten al concepto de dignidad humana, entre otros, encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos y sus Pactos, así como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos promulgada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y el Consejo de Europa, mismos que a lo largo de la presente investigación abordaremos para conocer sus contenidos.

Ahora bien, las ciencias biomédicas tienen como fin velar por el bienestar y salvaguarda de los derechos humanos fundamentales de la persona humana en su sentido más amplio, tales como la vida, la salud y la integridad física y psíquica.

En este sentido, será necesario revisar el derecho convencional a lo largo de la historia para conocer los criterios bajo los cuales se ha desarrollado y evolucionado el principio de dignidad humana, así como las interpretaciones que han dado lugar al debate en el tema de bioética y biojurídica.

I. ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA DIGNIDAD

Existe la probabilidad de que el origen de la palabra dignidad provenga del sanscrito, de raíz *dec*, que significa conveniente, conforme, adecuado a algo o alguien. De esta raíz, *dec*, derivan otras palabras como decoro o decente. El latín le agrego la terminación —*nus*— formándose la palabra *decnus* que con el tiempo derivó en *dignus*.¹

II. CORRIENTES DE PENSAMIENTO SOBRE LA DIGNIDAD

Para el estudio de la dignidad humana es necesario comprender su significación desde las diferentes corrientes de pensamiento que tratan de explicar su contenido, para ello tomaremos en consideración la siguiente división de la dignidad humana, según F. Torralba:²

¹ Editor De la Torre Díaz, Javier. (2008). Dignidad Humana y Bioética. Madrid: Comillas. pp. 13.

² *Ibidem*, pp 14, cuya referencia es F. Torralba, Antropología del cuidar, Instituto Borja de Bioética-Fundación Mapfre Medicina, 1998, 101-104.

- A. Dignidad ontológica: referida al ser y fundamentada en el ser. Por el solo hecho de ser persona o ser de alguna manera, el ser humano merece respeto, incluso puede decirse que podrá actuar de forma indigna y a pesar de ello tener dignidad. Esta concepción afirma que su dignidad es irrenunciable, constitutiva más allá de actuaciones y condiciones.
- B. Dignidad ética: arraigada en el obrar. Lo que significa al ser humano son los actos, lo que lo hace indigno son los actos. Cada uno se constituye dignidad. No es igual para todos.
- C. Dignidad teológica: referida a Dios. Lo que hace digna a una persona no es su naturaleza, inteligencia, libertad o capacidad de amar sino el ser imagen de Dios.

Lo antes señalado nos permite tener mayor claridad sobre la forma en cada una de las corrientes explica su naturaleza y contenido, lo que nos lleva a entender que la dignidad está relacionada con la persona humana y no con las personas no humanas, es decir otros seres vivos que no pertenecen al género humano, tema que más adelante abordaremos de forma particular.

III. LECTURA DEL DISCURSO SOBRE DIGNIDAD

La dignidad es un término que ha generado diversos debates entre los especialistas de las diferentes áreas del conocimiento, entre otros, en su concepción filosófica, ética y moral y jurídica, así como su aplicación práctica de las ciencias biomédicas, los cuales atienden a dos géneros del discurso sobre la dignidad que a continuación haremos mención:

- A. Discurso constitutivo o adscriptivo, tiene matices afirmativos al destacar y adscribir un atributo o una propiedad, si se habla de propiedades intrínsecas, de atributo ontológico, a un ser, a una realidad, para explicar algo propio.
- B. Valorativo, en esta acepción se pone de manifiesto, consideraciones de carácter negativo, por ejemplo esto es un acto indigno de ti, o al referirse a una situación, al tacharla de situación de indignidad.³

Es importante señalar que el discurso constitutivo o adscriptivo, entre sus características relaciona a la dignidad con un atributo de la persona humana de naturaleza intrínseca, en este sentido el Diccionario de la Real Academia de la Lengua,⁴ lo define como “íntimo o esencial”, entendido éste como el valor intrínseco, propio, exclusivo de los seres humanos, el cual constituye la columna vertebral de la bioética y del bioderecho.

En su uso ordinario, el término dignidad está cargado, en tanto permite discriminar, en alguna medida, unas realizaciones de otras y unos seres de otros.

³ Op. Cit. DE LA TORRE DÍAZ, Javier (Editor); artículo de González R. Arnaiz, Graciano, Dignidad del Ser Humano: Entre la percepción pre-filosófica y su consideración moral, pp. 28.

⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua, véase en: <http://www.rae.es/>

Por ello la dignidad entra en la dimensión reflexiva, dedicada, a indagar en las razones que se exteriorizan y manifiestan modos de ser y mundos de significación, en tanto referentes de sentido de humanidad y humanización⁵.

Por otro lado, la dignidad atiende a diferentes lecturas según sea el estatuto desde el cual se aborde.⁶

- A. El Estatuto óntico-ontológico. Modo del ser humano. Contexto de reflexión moral, en este contexto la dignidad manifiesta su valor interno que tiene el ser humano por el hecho de serlo, por lo tanto dicho valor tiene que ser respetado y protegido. En esta consideración, la dignidad es dignidad de cada uno y en tanto que dignidad de cada uno, es dignidad para todos.
- B. El Estatuto antropológico: condición de ser humano —la humanidad—, es el momento central en cuanto incorpora y da cuerpo a las consideraciones del respeto, de los deberes y de la apertura de responsabilidad.
- C. El Estatuto socio-cultural y político. Completa el arco de significatividad de la dignidad, en tanto se refiere a condiciones requeridas, exigibles para poder hablar de dignidad en concreto. Aquí la referencia a los Derechos Humanos y su extensión jurídico-política como expresión antropológica normativa, apunta a una dimensión reflexiva que incorpora una óptica universal en tanto el individuo se sabe habitando un mundo común: un mundo global.

De modo que un adecuado tratamiento filosófico —ético— de la dignidad, tendría que encausarse hacia el humanismo como referente “concreto” de modos de vida dignos.

La corriente personalista ontológica de Bioética refiere que “La dignidad es absoluta del hombre”.⁷ Por su parte, Rodrigo Guerra refiere que “la Bioética como saber interdisciplinario sólo puede articularse en torno a su carácter moral cuando la dimensión normativa de la persona es reconocida explícitamente”⁸

El significado de la dignidad, se debe atender su construcción, ya sea como vida y como digna, la Bioética encuentra el lugar adecuado para dar razones que muestren su significado y sentido.⁹

La Bioética incorpora tres aspectos para entender la dignidad:¹⁰

- A. El concepto de vida saludable para manifestar el material que tiene que ver con el tema de la salud y la enfermedad y, con la noción de bienestar;

⁵ Op. Cit. DE LA TORRE DÍAZ, Javier (Editor), artículo de González R. Arnaiz, Graciano, Dignidad del Ser Humano: Entre la percepción pre-filosófica y su consideración moral.

⁶ *Ibidem*, pp. 41.

⁷ KUTHY, José et al. Introducción a la Bioética. 4ta ed. Méndez Editores, 2015, artículo de Gómez Álvarez, José Enrique, “La Dignidad de la persona humana como marco de referencia de la Bioética, pp. 45.

⁸ Op. Cit. KUTHY, Josét al. Introducción a la Bioética. 4ta ed. Méndez Editores, 2015.

⁹ Op. Cit. Editor De la Torre Díaz, Javier, artículo de González R. Arnaiz, Graciano, Dignidad del Ser Humano: Entre la percepción pre-filosófica y su consideración moral, pp. 52.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 53.

- B. El concepto de vida buena como descriptor ético de una vida lograda y digna por razonable y humana, y
- C. El concepto de vida digna para señalar una vida que merecer la pena ser vivida, en este concepto, la dignidad se incorpora como valor final, de significatividad moral.

La incorporación del concepto de vida, como referente de algo físico y moral, no está exento, hoy en día, de tensiones. Una de ellas, es la referida a tener que construir un sentido de la misma entre dos pulsiones contradictorias; una más encarnada en la cultura de la vida, y la otra en consonancia con una cultura de la muerte, por ejemplo en el debate sobre la eutanasia, los críticos difieren ya sea para permitirla o para prohibirla, recurren a la noción de dignidad humana.

IV. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

A pesar de que la dignidad humana es un concepto que se ha utilizado de forma recurrente en diferentes ordenamientos jurídicos, tanto internacionales como nacionales, hasta la fecha no existe una definición claramente aceptada por parte de la comunidad científica, por ello se vuelve indispensable entender las corrientes de pensamiento, así como los discursos, los cuales hemos tratado con anterioridad para lograr una aproximación a su importancia pero sobre todo a su debida interpretación.

El concepto de dignidad representa el reconocimiento de una naturaleza específica que hace del ser humano algo distinto de cualquier otra realidad y merecedor de un respeto igualmente singular. Diferenciación, especial consideración y superioridad como notas distintivas. De ahí deriva el necesario respeto a toda persona, como exigencia de su dignidad: todo hombre, por el hecho de serlo, tiene una categoría superior a la de cualquier otro ser, una dignidad que no puede ser arrebatada.¹¹

La igualdad: la dignidad del ser humano es un principio antropológico universal. Los seres humanos son todos iguales en la medida en que todos son portadores de una dignidad común. Por encima de todas las diferencias que individualizan y distinguen a unos de otros, hay algo que equipara y que distingue a todos los seres humanos, sin excepción, de todos los demás individuos del reino animal. Ese algo es la dignidad humana.¹²

Dos aspectos a considerar sobre la dignidad, las diferenciaciones de los seres humanos respecto a los demás seres no racionales, por una parte, y la esencial igualdad de todos los seres humanos.¹³

Al respecto cabe hacer una precisión, la dignidad humana es inherente al ser humano, es un aspecto fundamental de su naturaleza, lo que lo hace diferente de las otras especies, en consecuencia, esta dignidad se extiende a todo el género

¹¹ Op. Cit. DE LA TORRE DÍAZ, Javier (Editor), artículo de González Morán, Luis, La Dignidad Humana en el Ordenamiento Jurídico Español, pp. 167.

¹² *Ibidem.*

¹³ *Idem.*

humano, es decir que todos los seres humanos son dignos más allá de su autonomía, verbigracia, un recién nacido no goza de autonomía respecto a ciertas decisiones, mas no por ello deja de ser digno.

La dignidad tampoco puede reducirse a la **autonomía** de la persona. Es cierto que la tutela de la autonomía de las personas forma parte de lo exigido por el principio de respeto de la dignidad. Pero estas dos nociones no se superponen. Si así fuera, los individuos que aún no tienen autonomía, como los recién nacidos, o los que ya la han perdido de modo irreversible, como las personas afectadas por enfermedades mentales graves, no poseerían ninguna dignidad y, en consecuencia, ningún derecho, lo que no es el caso.¹⁴

La noción de dignidad humana se vincula con el “respeto incondicionado que merece todo individuo en razón de su mera condición humana, es decir, independientemente de cualquier característica o aptitud particular que pudiera poseer” (Bayertz, p. 824).¹⁵

El término dignidad humana puede entenderse, como una noción que permite poner atención a una pregunta que debe ser hecha constantemente en la vida concreta de cada ser humano que está presente en lo biológico, lo psicosocial y lo jurídico”.¹⁶

En el campo específico de la bioética y del bioderecho, la exigencia de respeto de la dignidad humana asume en forma creciente un rol clave, que estructura y da su sentido último a todos los demás principios que gobiernan las actividades biomédicas. Por ello, algunos expertos no dudan en calificarla de “principio matriz” de las normas bioéticas y biojurídicas (Lenoir y Mathieu, p.16).¹⁷

Finalmente, hay que recordar que Kant al afirmar que cada persona debe ser tratada siempre como un **fin en sí** y nunca como un **simple medio** para satisfacer intereses ajenos.¹⁸

A manera de corolario de este capítulo, la dignidad humana se ha convertido en el principio rector de los derechos humanos y de manera particular que de manera conjunta con otros principios regulan la actividad de los temas relacionados con la bioética, como son: la autonomía de la voluntad, la beneficencia y la justicia.

IV. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

Es imperativo señalar que los sistemas jurídicos y políticos de la primera mitad del Siglo XX, específicamente en los países de Europa —Alemania, Italia, España, Francia—, adoptaron dentro del sistema jurídico positivo conceptos y

¹⁴ ANDORNO, Roberto, El Principio de Dignidad Humana en el Bioderecho Internacional, en García, José Juan (director): Enciclopedia de Bioética, URL: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voices/184-el-principio-de-dignidad-humana-en-el-bioderecho-internacional>.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Op. Cit. KUTHY, José et al. Introducción a la Bioética. 4ta ed. Méndez Editores, 2015, artículo de Gómez Álvarez, José Enrique, La Dignidad de la persona humana como marco de referencia de la Bioética, pp 50.

¹⁷ Op. Cit. ANDORNO, Roberto, El Principio de Dignidad Humana en el Bioderecho Internacional, en García, José Juan (director): Enciclopedia de Bioética, URL: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voices/184-el-principio-de-dignidad-humana-en-el-bioderecho-internacional>.

¹⁸ *Ibidem*.

disposiciones contrarias a la ética, a favor de las desigualdades y a la discriminación más grave que había conocido el mundo hasta entonces, donde la dignidad del hombre fue humillada por la fuerza del Estado, que privó a la humanidad de su natural respiración.¹⁹

Ante los hechos ocurridos durante la II Guerra Mundial en contra de los seres humanos por parte del Estado, la dignidad se convirtió en un principio fundamental de lo que en la actualidad y en todo el mundo se conoce como protección a los derechos humanos, la cual ha sido reconocida en diferentes instrumentos internacionales y han sido la base del desarrollo de principios bioéticos por parte de la comunidad científica.

La dignidad es un valor inherente a la especie humana, de cuyo contenido se desprenden otros valores y derechos fundamentales, mismos que han sido reconocidos tanto para el individuo como para la colectividad. En este sentido, todo sistema jurídico debe proteger a la persona en un sentido amplio tomando en consideración, en primer lugar, su dignidad, por tanto no deberá atentarse contra ella, ni ponerla en riesgo de ser vulnerada.

En este sentido la comunidad internacional, a partir de los acontecimientos sucedidos en la II Guerra Mundial ha incorporado el término de dignidad humana en las diferentes declaraciones y convenciones en materia de derechos humanos y bioética.

A continuación haremos un recuento de los principales instrumentos internacionales que han incluido en sus contenidos el término de dignidad humana.

1. *La Carta de las Naciones Unidas*²⁰

Durante la II Guerra Mundial, los principales líderes del mundo se reunieron en San Francisco en 1945, con la idea de poner fin a la guerra y crear las condiciones para prevenir conflictos futuros mediante la preservación de la paz y la seguridad en el mundo.

La Carta de las Naciones Unidas, en su Preámbulo, enuncia “*[...] la fe de los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos del hombres y mujeres*”.

Por lo que la inclusión del concepto de dignidad humana en la Carta constituyó una feliz y trascendente innovación en el Derecho Internacional positivo.²¹ Para lo cual, en el futuro, la noción de la dignidad, aunque incluida en el Preámbulo de la Carta, sin efecto jurídico vinculante, ha incidido en la interpretación y el sentido de numerosos instrumentos internacionales.²²

¹⁹ DÍAZ ROMERO, Juan, “La Dignidad Humana,” véase en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/conferencias/2013/DignidadPersona/LaDignidadHumana.pdf>

²⁰ La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. Véase en: <http://www.un.org/es/charter-united-nations/>

²¹ GROS ESPIELL, Héctor. “La Dignidad Humana En Los Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos.” In Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. 2003 (193-223), 2003, p.p. 202.

²² GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, La Dignidad Humana: Núcleo Duro de los Derechos Humanos, véase en:http://www.unla.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm#_ftn77

La idea de hacer preceder la Carta de un preámbulo, se debió al Mariscal Smuts (Sud África) y que en el proyecto que él presentó, se incluyó la referencia expresa, «al respeto debido a la dignidad de la persona humana».²³

Es a partir de entonces que el concepto de dignidad humana se menciona en un texto de carácter internacional, a pesar de que no se desarrolla alguna definición, se inicia una relación inseparable entre éste concepto y los derechos humanos como parte del contenido del Derecho Internacional.

2. Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁴

En 1946 se crea la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, para encomendarle la redacción de una Carta Internacional de Derechos. En 1948, la Asamblea General adopta la presente Declaración, misma que se convirtió en un documento de interés internacional, puesto que varios Estados comenzaron a adherirse a ella.²⁵

La Declaración tiene su fundamento en la consideración ética de que el Estado, la sociedad y los particulares tienen la obligación de respetar a los demás como personas.

Bajo esta óptica, la dignidad humana se eleva a mandato ético-jurídico del cual se derivan distintos valores, es a partir de entonces que serán tutelados por todo el sistema de Derechos Humanos. Por lo que la primera enunciación a la dignidad se estipula en su Preámbulo al considerar que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Además de considerar que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Por su parte el articulado en su primer numeral menciona que: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”.

²³ Op. Cit. GROS ESPIELL, Héctor, “La Dignidad Humana En Los Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos.” In Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. 2003 (193-223), 2003, p.p. 202.

²⁴ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

²⁵ Véase en: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=span>
Cabe señalar que en 1949, la República Federal Alemana expide en Bonn su Ley Fundamental, cuyo artículo 1º consagra la dignidad humana como principio fundamental del Estado:
Artículo 1º

- (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.
- (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos, inviolables e inalienables, como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.
- (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, como derechos directamente aplicable. Op. Cit. Juan Díaz Romero. “La Dignidad Humana,” véase en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/conferencias/2013/DignidadPersona/LaDignidadHumana.pdf>

En este artículo, es donde la palabra dignidad apareció, por primera vez, en un instrumento de carácter internacional al destacar que todos los seres humanos son iguales en dignidad, el cual se extiende a todo el género y cualquier trasgredión a este principio estaría violentando el artículo 1 de la mencionada declaración.

Toda discriminación, que niegue a algunos seres humanos su dignidad y las consecuencias que de ella se derivan es, por ende, una violación del artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.²⁶

El Artículo 22 menciona que: “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”.

La importancia de este artículo radica en la mención de forma expresa de que las personas como parte esencial de su dignidad deberán acceder a la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales, en la medida que el mismo artículo establece en igualdad de condiciones y oportunidades.

Artículo 23, numeral 3. “*Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social*”.

La Declaración, concebida siempre como una proyección de la Carta de las Naciones Unidas en lo que se refiere a la proclamación, promoción y protección universales de los derechos humanos, tuvo como su más importante fundamento la noción filosófica y jurídica de la dignidad, siguiendo y profundizando la Carta—, un sentido y una acepción jurídica concreta.²⁷

El desarrollo del concepto de dignidad humana a partir de la Declaración toma importancia en la elaboración de otros instrumentos en materia de Derechos Humanos y de la Bioética, en virtud de que se convierte en la directriz de todo el sistema.

3. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸ (PIDESC) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁹*

En el Preámbulo de ambos documentos se considera que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

²⁶ Op. Cit. Héctor Gros Espiell. “La Dignidad Humana En Los Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos.” In Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. 2003 (193-223), 2003, p.p. 202, pp 204.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Véase en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

²⁹ Adopción: Nueva York, EUA, 16 de diciembre de 1966 y Adopción: Nueva York, EUA, 16 de diciembre de 1966. Véase en: <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>

Se reconoce que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

Como se pude observar en los Preámbulos antes citados, se reconoce la dignidad humana y de forma expresa refiere que es inherente a la persona humana, aspecto importante porque se reconoce el carácter ontológico de la dignidad.

Cabe agregar, sin embargo, que ese paralelismo y esa analogía en la referencia hecha en ambos pactos a la dignidad inherente a la persona humana, muestra la igual naturaleza de ambas categorías de derechos y su origen y fundamento común.³⁰

El PIDESC establece en su artículo 13 1 que: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales*”.

En la actualidad el acceso a la educación básica es parte del sistema de derechos sociales que los Estados consignan en sus constituciones, en el caso de nuestro país es un derecho reconocido que se garantiza en el artículo 3º de la Carta Magna,³¹ el cual guarda relación con lo establecido en el numeral antes señalado y tiene como fundamento la dignidad de las personas.

Por su parte el PIDCP Artículo 10 1. “*Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”.

Es importante destacar que la inclusión de dignidad en el PIDCP se encuentra relacionada con el trato que deberán recibir las personas cuando son privadas de su libertad, el hecho de estar sujetas a alguna investigación o proceso no se contrapone con su dignidad y recibir un trato adecuado como persona.

4. Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial³²

El presente documento aborda el principio de dignidad a partir de su Preámbulo y “*Considera que la Carta de las Naciones Unidas está basada en el principio de dignidad e igualdad de todos los seres humanos y tiene, entre otros propósitos fundamentales, el de realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*”.

³⁰ Op. Cit. Héctor Gros Espiell. “La Dignidad Humana En Los Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos.” In Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. 2003 (193-223), 2003. p.p. 2013.

³¹ 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. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, véase en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/html/1.htm>

³² Adoptada por la Asamblea General de la ONU Resolución 1904 (XVIII), 20 de noviembre de 1963. Véase en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

Considera que la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en la misma, sin distinción alguna, en particular por motivos de raza, color u origen nacional.

Lo antes señalado apela a la dignidad e igualdad de las personas sin importar sus diferencias de acuerdo a los motivos que la misma expresa, por lo que su orientación atiende a la erradicación de la discriminación en las sociedades para estar en posibilidad de construir una sociedad que incluyente de la diversidad y las minorías al tejido social.

Afirma solemnemente la necesidad de eliminar rápidamente, en todas las partes del mundo, la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones, y de asegurar la comprensión y el respeto de la dignidad de la persona humana;

El artículo 1 refiere que: “La discriminación entre los seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico es un atentado contra la dignidad humana y debe condenarse como una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y un hecho susceptible de perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos”.

La discriminación racial o étnica atenta contra la dignidad de las personas, por lo que cualquier manifestación que esté orientada a la exclusión de los seres humanos es violatoria de los instrumentos internacionales antes mencionados, por ejemplo, el etnocentrismo es un fenómeno social, activador de conductas xenofóbicas, prejuiciosas y descalificadoras del “otro” (extranjero, ajeno, diferente).³³

5. Convención sobre los Derechos del Niño³⁴

Este es el primer instrumento internacional que de manera particular regula los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a través del reconocimiento de principios fundamentales, mismos que deberán ser garantizados para el libre desarrollo de la personalidad y protección de su dignidad.

En el Preámbulo considera que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Tiene presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

³³ CEPAL, Discriminación Étnica y Cultural, Algunas razones para meditar, 4 de junio de 2001, véase en: <http://www.cepal.org/mujer/publicaciones/sinsigla/xml/9/6829/discriminacion.PDF>

³⁴ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Véase en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Considera que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

En este párrafo parecería que la invocación de la dignidad no se refiere tanto a la dignidad inherente o intrínseca de todos los seres humanos, la dignidad ontológica, sino a la dignidad axiológica, es decir aquella, resultado de una conducta humana, que debe ser digna, para respetar el «espíritu» de los ideales que se proclaman.³⁵

Artículo 23. 1. “Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”.

Artículo 28. 2. “Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención”.

La importancia de este artículo versa sobre la compatibilidad que deberá prevalecer entre la disciplina escolar y la dignidad de los niños, aspectos que se relacionan de forma directa con el interés superior, ante tal situación los Estados deberán velar que dichos principios sean garantizados a todos los niños que ingresan al sistema educativo.

Artículo 37. c) “Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”;

Artículo 39. “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.

Artículo 40. 1. “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

³⁵ Op. Cit. GROS ESPIELL, Héctor, “La Dignidad Humana En Los Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos.” In Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. 2003 (193-223), 2003. p.p. 2013.

Los Estados parte de la Convención deberán garantizar que los niños cuando sean privados de su libertad se encuentren en espacios adecuados a su edad y tengan acceso, entre otros, a servicios, tales como alimentación, vestido, sustento, atención médica y psicológica, además de precisar que deberán estar separados de los adultos, a menos que de acuerdo a las condiciones y su edad deban encontrarse al lado de sus padres, como el caso de los niños migrantes que se encuentran en centros de alojamiento acompañados de sus familiares, en este caso deberá primar la unidad familiar, velar por su interés superior y proteger su dignidad.

6. Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana³⁶

Recordando la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura el 11 de noviembre de 1997, y, en particular, su artículo II según el cual no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos.

Consciente de las cuestiones éticas que algunas aplicaciones de la rápida evolución de las ciencias biológicas plantean con respecto a la dignidad del género humano, los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona,

Convencida de la urgente necesidad de prevenir los posibles peligros de la clonación de seres humanos para la dignidad humana; c) Los Estados Miembros habrán de asegurar que, al aplicar las ciencias biológicas, se respete en todo momento la dignidad humana y, en particular, no se explote a la mujer; d) Los Estados Miembros habrán además de adoptar las medidas necesarias a fin de prohibir las aplicaciones de las técnicas de ingeniería genética que puedan ser contrarias a la dignidad humana.

Los Estados parte de la Convención han dejado claro que en ningún caso se permitirá la clonación con fines reproductivos de seres humanos, toda vez que ésta atenta contra la dignidad de la especie y es contraria a su propia naturaleza.

Resulta interesante señalar que, la Declaración acusa un defecto conceptual, derivado de la falta de consenso racional, pues no hace una distinción crucial entre clonación con fines reproductivos y clonación con fines de investigación y aplicación terapéutica. Prohíbe ambas por ser “contrarias” a la dignidad humana. Pero la clonación de embriones para obtener células madre con fines terapéuticos, y no para lograr la reproducción, no puede implicar una afrenta contra la dignidad humana.³⁷

³⁶ La Asamblea General, aprueba la aprueba el 8 de marzo de 2015. Véase en: http://genyderecho.com/legislacion/ExComuONU_Declaracion_Naciones_Unidas_Clonacion_Humana.pdf

³⁷ ENRIQUE LINARES, Jorge, Clonación y dignidad humana, Profesor de la Facultad de Filosofía y Letras, UNAM, véase en: <http://www.paginasprodigy.com/jelinares/compartidos/Textos%20y%20documentos/Clo-nacion%20y%20dignidad%20humana.doc>

VI. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN LA CIENCIA Y LA CULTURA³⁸ (UNESCO)

En primer lugar la Constitución de la UNESCO, cuyo inspirado Preámbulo, redactado en gran parte por el poeta Archibald Mac Leish, que había sido consejero de Franklin Roosevelt y Director de la Biblioteca del Congreso y que presidió las delegaciones de los Estados Unidos a las primeras Conferencias de la UNESCO, se refiere en dos párrafos a la dignidad humana.³⁹

En el tercero dice: «*Que la grande y terrible guerra que acaba de terminar democráticos de la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres y sin la voluntad de sustituir tales principios, explotando los prejuicios y la ignorancia, por el dogma de la desigualdad de los hombres y de las razas».*

1. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos⁴⁰

Proclamada por la Conferencia General de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en su 29º reunión. Fecha de adopción el 11 de noviembre de 1997, adoptada por la AG, en su resolución 53/152, del 9 de diciembre de 1998.

Esta Declaración es novedosa porque es la primera que aborda el tema del genoma humano de alcance internacional, la cual contiene diferentes referencias a la dignidad humana, sin duda guarda analogía con los documentos de derechos humanos antes mencionados y constituyó la base para el desarrollo del Bioderecho Internacional en el marco de la UNESCO, por la trascendencia y proyección de los principios y criterios en ella consignados.

Recordando que en el Preámbulo de la Constitución de la UNESCO se invocan «los principios democráticos de la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres» y se impugna «el dogma de la desigualdad de los hombres y de las razas» ...

Teniendo presente también el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica del 5 de junio de 1992 y destacando a este respecto que el reconocimiento de la diversidad genética de la humanidad no debe dar lugar a ninguna interpretación de tipo social o político que cuestione «la dignidad intrínseca y (...) los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana», de conformidad con el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Reconociendo que las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los indivi-

³⁸ Página oficial de la UNESCO, véase en: <http://es.unesco.org/>

³⁹ Op. Cit. GROS ESPIELL, Héctor, “La Dignidad Humana En Los Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos.” In Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. 2003 (193-223), 2003. p.p. 2013, pp. 209.

⁴⁰ Declaración aprobada, previo informe de la Comisión III, en la 26º sesión plenaria, el 11 de noviembre de 1997. Véase en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001102/110220s.pdf#page=50>

duos y de toda la humanidad, pero destacando que deben al mismo tiempo respetar plenamente la dignidad, la libertad y los derechos de la persona humana, así como la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas,

La discriminación genética puede ser definida de la siguiente manera: “*Es toda distinción exclusión, restricción o preferencia, en razón de la información genética tanto en el sentido estricto como el amplio, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular arbitrariamente el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de una persona o grupo de personas en las esferas política, económica, social, cultural y otras, sobre la base de la singularidad de la información genética y la dignidad intrínseca de la persona, cuales quieran que sean sus características genéticas*”.⁴¹

Un ejemplo de discriminación genética, lo encontramos en el ámbito laboral, cuando el empleador solicita al candidato que se someta a exámenes médicos para conocer información genética para su contratación,⁴² según lo antes expuesto, es violatorio de los principios de la presente Convención por atentar contra la dignidad humana.

Artículo 1. El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.

Artículo 2 a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas. b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad.

Artículo 6 Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos humanos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad.

Artículo 10. Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos.

Artículo 11. No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos.

⁴¹ Lafferriere, Nicolas et al, Discriminación Genética. Conceptos, alcances y desafíos legislativos, marzo, 2010, Buenos Aires, Argentina, pp. 11

⁴² Este fue el caso de una profesora alemana que para obtener acceso a un puesto fijo en una escuela pública de la ciudad de Darmstadt tuvo que someterse hace dos años, como el resto de funcionarios públicos en este país, a un reconocimiento médico. A pesar de obtener como resultado un excelente estado de salud, el hospital médico indicó que su padre padecía la enfermedad de Huntington. En ese preciso momento su cualificación y competencia para desarrollar el trabajo dejaron de ser importantes: ella se negó a someterse a pruebas genéticas y no obtuvo el puesto fijo. Diario ABC, es, véase en: http://www.abc.es/hererotica/historico-11-05-2007/abc/Sociedad/aumenta-la-discriminacion-genetica-y-por-estilo-de-vida-en-el-ambito-laboral_1633041786600.html

Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que correspondan, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en la presente Declaración.

Artículo 12. a) Toda persona debe tener acceso a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano, respetándose su dignidad y derechos.

Artículo 15. Los Estados tomarán las medidas apropiadas para fijar el marco del libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano respetando los principios establecidos en la presente Declaración, a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana y proteger la salud pública. Velarán por que los resultados de esas investigaciones no puedan utilizarse con fines no pacíficos.

Artículo 21. Los Estados tomarán las medidas adecuadas para fomentar otras formas de investigación, formación y difusión de la información que permitan a la sociedad y a cada uno de sus miembros cobrar mayor conciencia de sus responsabilidades ante las cuestiones fundamentales relacionadas con la defensa de la dignidad humana que puedan plantear la investigación en biología, genética y medicina y las correspondientes aplicaciones. Se deberían comprometer, además, a favorecer al respecto un debate abierto en el plano internacional que garantice la libre expresión de las distintas corrientes de pensamiento socioculturales, religiosas y filosóficas.

Artículo 24. El Comité Internacional de Bioética de la UNESCO contribuirá a difundir los principios enunciados en la presente Declaración y a profundizar el examen de las cuestiones planteadas por su aplicación y por la evolución de las tecnologías en cuestión. Deberá organizar consultas apropiadas con las partes interesadas, como por ejemplo los grupos vulnerables. Presentará, de conformidad con los procedimientos reglamentarios de la UNESCO, recomendaciones a la Conferencia General y prestará asesoramiento en lo referente al seguimiento de la presente Declaración, en particular por lo que se refiere a la identificación de prácticas que pueden ir en contra de la dignidad humana, como las intervenciones en la línea germinal.

2. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos⁴³

En su Preámbulo señala que “Teniendo presentes los instrumentos internacionales y regionales y las legislaciones, reglamentos y textos éticos nacionales referentes a la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y al respeto de la dignidad humana en las actividades de recolección, tratamiento, utilización y conservación de datos científicos y de datos médicos y personales,

Consciente de que la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos pueden entrañar riesgos para el ejercicio

⁴³ La Segunda Declaración de la UNESCO, adoptada por la Conferencia General el 16 de octubre de 2003. Véase: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112so.pdf>

y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales y para el respeto de la dignidad humana.

Reafirmando los principios consagrados en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y los principios de igualdad, justicia, solidaridad y responsabilidad, así como de respeto de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales, en especial la libertad de pensamiento y de expresión, comprendida la libertad de investigación, y la privacidad y seguridad de la persona, en que deben basarse la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos.

Artículo 1: Objetivos y alcance. a) Los objetivos de la presente Declaración son: velar por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos, los datos proteómicos⁴⁴ humanos y las muestras biológicas de las que esos datos provengan.

Artículo 7: No discriminación y no estigmatización. a) Debería hacerse todo lo posible por garantizar que los datos genéticos humanos y los datos proteómicos humanos no se utilicen con fines que discriminen, al tener por objeto o consecuencia la violación de los derechos humanos, las libertades fundamentales o la dignidad humana de una persona, o que provoquen la estigmatización de una persona, una familia, un grupo o comunidades.

Artículo 26: ... La UNESCO tomará las medidas adecuadas para dar seguimiento a esta Declaración a fin de impulsar el progreso de las ciencias de la vida y sus aplicaciones por medio de la tecnología, basados en el respeto de la dignidad humana y en el ejercicio y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículo 27: Exclusión de actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana...

3. La Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos⁴⁵

Aprobada por aclamación por la 33^a. Sesión de la Conferencia General de la Unesco, el 19 de octubre de 2005, constituye la tercera columna del trípode normativo de la Unesco en materia de Bioética.

La significación de esta norma radica en que no se limita a invocar el concepto de dignidad, sino que extrae de este concepto consecuencias ineludibles, de trascendente significación actual y futura.⁴⁶

Al abordar los problemas éticos que plantean la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas en sus vertientes relacionadas con el ser humano,

⁴⁴ Proteómica es el estudio a gran escala de las proteínas, en particular de su estructura y función.^{1 2} Las proteínas son partes vitales de los organismos vivos, ya que son los componentes principales de las rutas metabólicas de las células. El término proteómica fue acuñado en 19973 como una analogía con genómica, el estudio de los genes. Véase en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Prote%C3%B3mica>

⁴⁵ El tercero de los tres instrumentos de la Unesco, fue adoptada por la Conferencia General, por aclamación, el 19 de octubre de 2005. Véase en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180s.pdf>

⁴⁶ Op. Cit. GROS ESPIELL, Héctor “La Dignidad Humana En Los Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos.” In Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. 2003 (193-223), 2003. pp 211.

la Declaración, como se infiere del propio título, fundamenta los principios en ella consagrados en las normas que rigen el respeto de la dignidad de la persona, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En el Preámbulo señala que: “Reconociendo que los problemas éticos suscitos por los rápidos adelantos de la ciencia y de sus aplicaciones tecnológicas deben examinarse teniendo en cuenta no sólo el respeto debido a la dignidad de la persona humana, sino también el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales”,

Artículo 2. c) promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos; d) reconocer la importancia de la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico, destacando al mismo tiempo la necesidad de que esa investigación y los consiguientes adelantos se realicen en el marco de los principios éticos enunciados en esta Declaración y respeten la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales;

Entre los principios se encuentra en su artículo 3, el de *Dignidad humana* y derechos humanos. 1. Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales. 2. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.

Es relevante señalar que este texto normativo señala la palabra dignidad en 12 ocasiones, aunque vale precisar que al lado de otros principios internacionales en materia de bioética y derechos humanos se encuentra el de la dignidad humana, como lo transcribimos en el párrafo que precede.

VII. CONSEJO DE EUROPA Y UNIÓN EUROPEA

1. *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de biología y la medicina*⁴⁷

También conocido como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o “Convenio de Oviedo”, es un tratado impulsado por el Consejo de Europa y que relaciona la bioética con la defensa y promoción de los derechos humanos, especialmente en ámbitos de la biomedicina.

Convencidos de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad;

Conscientes de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina;

⁴⁷ Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, conocido en el ámbito internacional como Convenio de Oviedo o Convenio de Asturias. Hecho en Oviedo el 04 de abril de 1997.

Decididos a adoptar las medidas adecuadas, en el ámbito de las aplicaciones de la biología y la medicina, para garantizar la dignidad del ser humano y los derechos y libertades fundamentales de la persona;

Artículo 1. Objeto y finalidad. Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

Al respecto Noelle Lenoir y Bertrand Mathieu, señalaron lo siguiente: «la dignidad de la persona humana es el fundamento mismo de la Convención». Agregan estos autores, que «el principio de la dignidad apareja la primacía del ser humano sobre los intereses de la sociedad y de la ciencia» y citan al respecto los artículos 1 y 2 de la Convención.⁴⁸

En la Unión Europea no existe un instrumento convencional análogo o paralelo al que hay en el Consejo de Europa.

2. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*⁴⁹

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada con carácter declarativo —y que por tanto no es aún un texto convencional—, en la Cumbre de la Unión del año 2001, da un lugar esencial a la invocación de la dignidad humana.⁵⁰

En el Preámbulo se señala lo siguiente: Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

Artículo 1. Dignidad humana. La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.

Artículo 31. Condiciones de trabajo justas y equitativas. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.

El texto es prácticamente igual al de la Constitución de la República Federal de Alemania que, sin duda, inspiró y sirvió de fuente a la norma internacional.⁵¹

⁴⁸ Op. Cit. GROS ESPIELL, Héctor, “La Dignidad Humana En Los Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos.” In Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. 2003 (193-223), 2003. 216.

⁴⁹ El 18 de diciembre de 2000, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclaman solemnemente en tanto que Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el texto que figura a continuación. Véase en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

⁵⁰ Op. Cit. GROS ESPIELL, Héctor, “La Dignidad Humana En Los Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos.” In Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. 2003 (193-223), 2003. 216 pp 216.

⁵¹ Op. Cit. GROS ESPIELL, Héctor, “La Dignidad Humana En Los Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos.” In Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. 2003 (193-223), 2003. 216 pp 216.

VIII. SISTEMA INTERAMERICANO

1. *Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*⁵²

Es un texto no convencional, de tipo declarativo, que plantea cuestiones vinculadas a su imperatividad jurídica, pero se proyecta en temas de naturaleza bioética, en especial, con el reconocimiento del derecho a la vida y sus consecuencias éticas y jurídicas.

Adoptada en Bogotá, en mayo de 1948, se refiere a la dignidad en el primer párrafo de su Preámbulo, que dice: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros».

El artículo primero de la Declaración Universal de diciembre de 1948 es igual al párrafo primero del Preámbulo de la Declaración Americana de 1948.

2. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969*⁵³

En el contenido de esta Convención hay normas que se vinculan a la Bioética, en especial lo que se refiere al derecho a la vida y su protección, en particular, al momento de su inicio desde la concepción.

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

El artículo 11, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al prohibir toda interpretación que excluya o limite el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 29 d), afirma la necesidad de respetar, al interpretar la Convención, la igual dignidad de todos los hombres invocada en el párrafo primero del Preámbulo de esta Declaración.⁵⁴

⁵² Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948. Véase en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

⁵³ Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, también conocido como Pacto de San José. Véase en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

⁵⁴ Op. Cit. GROS ESPIELL, Héctor, “La Dignidad Humana En Los Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos.” In Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. 2003 (193-223), 2003. 216 pp. 220.

En el sistema interamericano de derechos humanos encontramos que la dignidad es el pilar sobre el que se sustentan los mismos, por lo que lo consideramos como un marco de referencia para el estudio y práctica de las ciencias biomédicas.

IX. LA CARTA AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS⁵⁵

Hay que señalar especialmente que el reconocimiento de la dignidad —individual y colectiva— constituye uno de los objetivos esenciales de los pueblos africanos.

Considerando la Carta de la Organización para la Unidad Africana, la cual estipula que “la libertad, la igualdad, la justicia y la dignidad son objetivos esenciales para la realización de las legítimas aspiraciones de los pueblos africanos”

Conscientes de su deber de lograr la total liberación de África, cuyos pueblos todavía están luchando por su dignidad y genuina independencia, y comprometiéndose a eliminar el colonialismo, el neocolonialismo, la segregación racial y el sionismo, y a hacer desaparecer las bases militares extranjeras agresivas y toda forma de discriminación, particularmente la basada en la raza, el grupo étnico, el color, el sexo, la lengua, la religión o las opiniones políticas;

Artículo 5. Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos.

Es importante señalar para concluir este capítulo que, un gran número de Constituciones nacionales, sobre todo las adoptadas en la segunda mitad del siglo XX,⁵⁶ hacen referencia explícita al respeto de la dignidad humana como fundamento último de los derechos enumerados y como la finalidad esencial del Estado de Derecho. En tal sentido, se destaca la Constitución alemana de 1949, que como reacción a las atrocidades cometidas durante el régimen nazi, establece en su artículo 1º que: “La dignidad humana es intangible. Los poderes públicos tienen el deber de respetarla y protegerla”. A su vez, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, adopta en su artículo 1º una fórmula muy semejante a la de la Constitución alemana.

X. EL BIODERECHO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

Se considera que el Bioderecho “*es un conjunto de normas y principios que regulan jurídicamente la materia Bioética*”,⁵⁷ para efecto del presente trabajo de

⁵⁵ Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya. Véase en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/africa/CAFDH/1981-CAFDH.htm#Preambulo>

⁵⁶ Es cierto que antes de 1949, otros países habían incorporado ya a sus constituciones el concepto de dignidad, como Irlanda en 1937 e Italia en 1947. Op. cit. Díaz Romero, Juan, “La Dignidad Humana,” véase en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/conferencias/2013/DignidadPersona/LaDignidadHumana.pdf>

⁵⁷ GROS ESPIELL, Héctor, “La Bioética y El Bioderecho,” pp. 16.

investigación nos hemos limitado a tomar en consideración los principales instrumentos internacionales, ya sean universales o regionales, convencionales o declarativos, mismos que nos permiten profundizar sobre el tema que nos ocupa y su regulación en el ámbito internacional.

Ahora bien, Héctor Gros Espiell señala que el Bioderecho no está dirigido a suplantar a sustituir, o a desplazar a la Bioética ni a su negación. No genera un problema de suplantación o desplazamiento. Que haya un Bioderecho, como rama o sector especializado y particular del Derecho, es sólo la consecuencia necesaria e ineludible, de que los temas bioéticos tienen hoy una propia e importante regulación jurídica.⁵⁸

El Bioderecho ha desempeñado un papel preponderante en la definición del concepto de la dignidad humana, además de haber construido una relación inseparable del sistema de derechos humanos y un complemento importante de los temas bioéticos.

En síntesis, puede afirmarse que, con la expresión “dignidad humana”, el derecho internacional quiere enfatizar el *valor incondicional* que posee todo individuo en razón de su mera condición humana, independientemente de su edad, sexo, aptitudes intelectuales, estado de salud, condición socio-económica, religión, nacionalidad, etc., y que este valor exige, a modo de consecuencia, un *respeto incondicional*.

Mientras los instrumentos fundacionales del derecho internacional de los derechos humanos se limitan a presentar a la dignidad humana como una suerte de “telón de fondo” del conjunto de sus normas, el nuevo bioderecho internacional⁵⁹ le asigna un rol de primerísimo plano e incluso acude a ella de modo explícito para justificar algunas normas específicas (por ejemplo, la condena de la clonación reproductiva y de las intervenciones en la línea germinal).⁶⁰

En este orden de ideas, el concepto de dignidad humana se ha convertido en el eje que conduce la regulación jurídica de la bioética y le ha dotado a las ciencias biomédicas de un marco de referencia para actuar bajo este principio, especialmente en temas relacionados con el inicio de la vida, fin de la vida, donación de órganos, organismos genéticamente modificados, técnicas de reproducción asistida, etcétera.

Como puede advertirse, la noción de dignidad humana admite dos acepciones: una, referida al valor intrínseco de cada individuo (dignidad en sentido estricto), y otra, que se aplica al valor de la humanidad como tal (dignidad en sentido amplio) (Birnbacher, pp. 114-115). Esta suerte de dignidad colectiva exige, por un lado, la preservación de un medio ambiente sostenible⁶¹ para quienes

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ La existencia actual del Bioderecho es la consecuencia necesaria de que la materia bioética está regulada hoy, además de la Ética, por normas de naturaleza jurídica, tanto internas como internacionales.

⁶⁰ Op. Cit. ANDORNO, Roberto, El Principio de Dignidad Humana en el Bioderecho Internacional, en García, José Juan (director): Enciclopedia de Bioética, URL: <http://encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-vozess/184-el-principio-de-dignidad-humana-en-el-bioderecho-internacional>

⁶¹ El concepto de desarrollo sostenible se propuso por primera vez en el Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo “Nuestro Futuro Común”, presentado por Gro Harlem Brundtland, el cual

nos sucedan (tarea que incumbe a la ética y al derecho del medio ambiente) y, por otro lado, la protección de la integridad e identidad del género humano (tarea de la bioética y del bioderecho).⁶²

En este sentido, es interesante recordar que las dos únicas normas de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997 que califican prácticas concretas como “contrarias a la dignidad humana” emplean la noción de dignidad humana en este sentido amplio. Se trata de los artículos 11 y 24, que condenan, respectivamente, la clonación de seres humanos con fines de reproducción, y las intervenciones en la línea germinal humana.⁶³

Ahora recordaremos el análisis del concepto de dignidad humana hecho en el Concilio Vaticano II y por los últimos pontífices, del que puede ser un ejemplo el discurso de Juan Pablo II en las Naciones Unidas, el 2 de octubre de 1979, en el que dijo:

«El conjunto de los derechos del hombre corresponde a la sustancia de la dignidad del ser humano, entendido íntegramente y no reducido a una sola dimensión. Se refiere a la satisfacción de las necesidades esenciales del hombre, al ejercicio de sus libertades, a sus relaciones con otras personas. Pero se refiere también, siempre y dondequiera que sea, al hombre, a su plena dimensión humana»⁶⁴, sin olvidar una doctrina cada vez más rica al respecto⁶⁴

Lo importante de la bioética y el bioderecho, como novedosos adelantos científicos que trascienden a la interpretación y aplicación del respeto a la dignidad humana, es que con motivo de los descubrimientos y manipulaciones del genoma humano, de los embriones humanos y de la bioética en general, se genera una situación nunca antes vista, ya que la humanidad aparece como sujeto y objeto de un nuevo derecho⁶⁵

Dice Andorno, siguiendo a Hans Jonas, que conforme a la civilización tecnológica en que vivimos, los nuevos imperativos kantianos serían los siguientes:

“Obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida auténticamente humana sobre la tierra”, o bien, “Actúa de tal manera que los efectos de tu acción no obstruyan la posibilidad futura de la vida humana”⁶⁶

Tanto la bioética como el bioderecho deben de ir de la mano para guiar el complejo camino del desarrollo de los principios fundamentales que regulan la

se define de la siguiente manera: Satisfacer las necesidades de generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades.

⁶² Op. Cit. ANDORNO, Roberto, El Principio de Dignidad Humana en el Bioderecho Internacional, en García, José Juan (director): Enciclopedia de Bioética, URL: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-vozess/184-el-principio-de-dignidad-humana-en-el-bioderecho-internacional>

⁶³ ANDORNO, Roberto, El Principio de Dignidad Humana en el Bioderecho Internacional, en García, José Juan (director): Enciclopedia de Bioética, URL: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-vozess/184-el-principio-de-dignidad-humana-en-el-bioderecho-internacional>

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ Op. Cit. DÍAZ ROMERO, Juan, “La Dignidad Humana,” véase en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/conferencias/2013/DignidadPersona/LaDignidadHumana.pdf>

⁶⁶ Op. Cit. DÍAZ ROMERO, Juan, “La Dignidad Humana,” véase en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/conferencias/2013/DignidadPersona/LaDignidadHumana.pdf>

actividad de las ciencias biomédicas en un marco integral de respeto a los derechos humanos anteponiendo la dignidad de naturaleza intrínseca a los seres humanos en su expresión más amplia superando problemas de tipo cultural, religioso y social.

XI. CONCLUSIONES

1. Las corrientes de pensamiento propuestas por F. Torralba, las cuales las dividió en dignidad ontológica, ética y teológica, nos permiten aproximarnos al concepto de dignidad humana desde su concepción ideológica, ética y filosófica.

2. Los discursos sobre bioética, están relacionados con la parte constructiva, otorgándole un atributo ontológico, es decir a propiedades intrínsecas, y por otro lado el discurso valorativo que pone de manifiesto su carácter negativo, al estar vinculado con la forma de actuar del ser humano.

3. Para entender la dignidad, Graciano González R. Arnaiz, propone incorporar tres conceptos clave, el concepto de vida saludable, el concepto de vida buena y el concepto de vida digna, aspectos que permitirán a los seres humanos vivir en plenitud sin comprometer su dignidad.

4. La dignidad es inherente al ser humano, aspecto fundamental de su naturaleza, lo que lo hace diferente de las otras especies, en consecuencia, esta dignidad se extiende a todo el género humano.

5. Para abordar el concepto de dignidad en su sentido más amplio, habría que partir de la definición propuesta por Kant al afirmar que cada persona debe ser tratada siempre como un fin en sí y nunca como un simple medio para satisfacer intereses ajenos.

6. El desarrollo y evolución de la dignidad humana se hace constar en los instrumentos internacionales, ya sean universales o regionales, convencionales o declarativos, mismos que nos han permitido profundizar sobre el tema que nos ocupa asignándole un rol fundamental en todo el sistema de derechos humanos y bioética.

7. El Bioderecho podría ser definido como un conjunto de normas y principios, convencionales y declarativos que regulan jurídicamente el actuar de las ciencias biomédicas y establecen los parámetros para la toma de decisiones en los diversos campos de la bioética.

8. El principio de dignidad humana se considera como la columna vertebral de todo el ordenamiento bioético y biojurídico que debe ser entendido de en su acepción más amplia para velar y proteger la vida del ser humano.

XII. BIBLIOGRAFÍA

ANDORNO, Roberto, El Principio de Dignidad Humana en el Bioderecho Internacional, en García, José Juan (director): Enciclopedia de Bioética, URL: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/184-el-principio-de-dignidad-humana-en-el-bioderecho-internacional>

BOLADERAS CUCURELLA, Margarita. *Bioética*. Síntesis, 1999.

- DÍAZ ROMERO, Juan. “La Dignidad Humana,” véase en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/conferencias/2013/DignidadPersona/LaDignidadHumana.pdf>
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua, véase en: <http://www.rae.es/>
- DE LA TORRE DÍAZ, Javier (Editor), Dignidad Humana y Bioética. Madrid: Comillas, (2008).
- ENRIQUE LINARES, Jorge, Clonación y dignidad humana, Profesor de la Facultad de Filosofía y Letras, UNAM, véase en: <http://www.paginasprodigy.com/jelinares/compartidos/Textos%20y%20documentos/Clonacion%20y%20dignidad%20humana.doc>
- GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, La Dignidad Humana: Núcleo Duro de los Derechos Humanos, véase en: http://www.unla.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm#_ftn77
- GROS ESPIELL, Héctor, “La Dignidad Humana En Los Instrumentos Internacionales Sobre Derechos Humanos.” In Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. 2003 (193-223), 2003, pp. 202.
- KUTHY, José et al. Introducción a la Bioética. 4ta ed. Méndez Editores, 2015, artículo de Gómez Álvarez, José Enrique, “La Dignidad de la persona humana como marco de referencia de la Bioética, pp. 45.
- LAFFERRIERE, Nicolas et al, Discriminación Genética. Conceptos, alcances y desafíos legislativos, marzo, 2010, Buenos Aires, Argentina.

Instrumentos internacionales

- Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya. Véase en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/africa/CAFDH/1981-CAFDH.htm#Preambulo>
- CEPAL, Discriminación Étnica y Cultural, Algunas razones para meditar, 4 de junio de 2001, véase en: <http://www.cepal.org/mujer/publicaciones/sinsigla/xml/9/6829/discriminacion.PDF>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, también conocido como Pacto de San José. Véase en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada por la Asamblea General de la ONU Resolución 1904 (XVIII), 20 de noviembre de 1963. Véase en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>
- Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Véase en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina “Convenio de Oviedo o Convenio de Asturias”. Hecho en Oviedo el 04 de abril de 1997.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la 9na Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948. Véase en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación. La Asamblea General, aprueba la aprueba el 8 de marzo de 2015. Véase en: http://genyderecho.com/legislacion/ExComuONU_Declaracion_Naciones_Unidas_Clonacion_Humana.pdf

Declaración Internacional sobre Datos Genéticos. La Segunda Declaración de la UNESCO, adoptada por la Conferencia General el 16 de octubre de 2003. Véase: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112so.pdf>

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Véase en: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=spanish>

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. El tercero de los tres instrumentos de la Unesco, fue adoptada por la Conferencia General, por aclamación, el 19 de octubre de 2005. Véase en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180s.pdf>

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Declaración aprobada, previo informe de la Comisión III, en la 26^a sesión plenaria, el 11 de noviembre de 1997. Véase en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001102/110220s.pdf#page=50>

El 18 de diciembre de 2000, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclaman solemnemente en tanto que Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el texto que figura a continuación. Véase en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. Véase en: <http://www.un.org/es/charter-united-nations/>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adopción: Nueva York, EUA, 16 de diciembre de 1966 y Adopción: Nueva York, EUA, 16 de diciembre de 1966. Véase en: <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Véase en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Página oficial de la UNESCO, véase en: <http://es.unesco.org/>

DOCUMENTOS HISTÓRICOS

PALABRAS DE UN MUERTO¹

Señores Senadores:

He tenido el honor de pedir el uso de la palabra para fundar mi voto negativo a la licencia solicitada por el señor Senador Lic. Vicente Sánchez Gavito.

Los miembros de la Comisión de Puntos Constitucionales, señores Senadores Guillermo Obregón y A. Valdivieso, han dado en su concienzudo informe del 2 del presente las razones legales por las cuales no es de concederse la licencia que solicita el señor Senador Sánchez Gavito y bien que esas razones puedan ser muy suficientes para afirmar el criterio de esta Honorable Asamblea, diciéndola a negar la licencia que se solicita, juzgo oportuno aducir otro orden de razones que llamaré, de actualidad y que espero reforzarán en, .algun tanto los razonamientos de los señores miembros de la Comisión a que acabo de referirme.

Creo, señores, que siendo el Lic. Sánchez Gavito uno de los miembros prominentes del Senado, no debe abandonamos en las críticas circunstancias por las que atravesamos; sus profundos conocimientos en jurisprudencia, su vasta erudición en las ciencias políticas y sociales nos son ahora más que nunca necesarios y tendríamos que carecer de ellos, .por lo menos en parte, toda vez que un nuevo empleo restaría al señor Lic. Sánchez Gavito algo del tiempo que destina a sus labores del Senado.

Es cierto, señores, que existen en el seno de esta Augusta Asamblea otros maestros en las mismas ciencias, que guían con sus luces al que, como yo, con conocimientos muy restringidos, sólo puede aportar el contingente de su patriotismo y de su buena voluntad; pero, señores Senadores, la situación del país es de tal modo apremiante, que se necesita la unión de todos nosotros para que podamos salir abantes, subsanando las desgracias que afligen actualmente a la Patria y evitando las mayores que la amenazan.

¿No veis, señores, cuan obscura se presenta actualmente la situación del país, y cuan tenebroso parece el porvenir?

Lo primero que se nota, al examinar nuestro estado de cosas, es la profunda debilidad del Gobierno que, teniendo por primer magistrado a un antiguo soldado sin los conocimientos políticos y sociales indispensables para gobernar a la nación, se alucina, creyendo, que aparecerá fuerte por medio de actos que reproban la civilización y la moral universal.

¹ Unas cuantas horas después de leído este discurso, su autor fue asesinado.

Y esta política del terror, señores Senadores, la practica don Victoriano Huerta, en primer lugar, porque su criterio estrecho de viejo soldado no cree que exista otra; y en segundo, porque en razón del modo como subió al Poder y de los acontecimientos que han tenido lugar durante su gobierno, el cerebro de don Victoriano Huerta está desequilibrado y su espíritu está desorientado.

Don Victoriano Huerta padece de una constante obsesión que dificultaría y aun imposibilitaría los trabajos intelectuales de alguna importancia hasta a un hombre de talento. El espectro de su protector y amigo, traicionado y asesinado, el espectro de Madero, a veces solo, y a veces acompañado del de Pino Suárez, se presenta constantemente a la vista de don Victoriano Huerta, turba su sueño, le produce terribles pesadillas y le sobrecoge de horror a la hora de sus banquetes y convivialidades.

Cuando la obsesión es más fija, don Victoriano Huerta se exaspera y para templar su cerebro y sus nervios desfallecientes, hace un llamamiento a sus instintos más crueles, más feroces, entonces dice a los suyos: "Maten, asesinen, que sólo matando a mis enemigos se restablecerá la paz." Y dice a don Juvencio Robles: "Marche a Morelos, dé órdenes de concentración, mate o incendie despiadadamente y acaben justos y pecadores, 'que solamente así tendremos paz.'"

No creáis que exagero, señores Senadores; he aquí uno de tantos artículos por el estilo, que publica en su primera plana "El Imparcial" del sábado 27 del mes próximo pasado.

"PIDEN VOLVER A SU PUEBLO LOS DEL AJUSCO.

"Por disposición del señor general Juvencio Robles, entonces Jefe de la División del Sur, los vecinos del pueblo del Ajusco, se vieron precisados al abandonar sus propiedades a fin de que la campaña emprendida contra los zapatistas fuese más efectiva.

"Con fecha 17 de agosto pasado, el pueblo del Ajusco quedó vacío y los zapatistas que habían ido a refugiarse a ese lugar, se vieron obligados a huir, temerosos de perder la vida entre las llamas, puesto que los federales las incendiarían.

"En grandes caravanas los vecinos de ese pueblo emigraron a la vecina población de Tlalpan, en tanto que otros se dirigían a esta capital, a San Andrés Toltepec y a San Pedro Mártir, dejando abandonados sus hogares y sus propiedades.

"Como los recursos que traían los habitantes del Ajusco se les han agotado y las cosechas de maíz y papa están próximas a perderse, han elevado un ocурso a la Secretaría de Gobernación, solicitando se les conceda volver a sus propiedades, mediante la identificación que harán de sus personas para comprobar que son amigos del Gobierno..."

Para que podáis juzgar, señores Senadores, toda la gravedad del artículo de "El Imparcial", que quizás para muchos lectores pasó desapercibido, os ruego que por medio del pensamiento, os coloquéis un instante un instante en el número de esos infelices habitantes del Ajusco.

Imaginaos en vuestra casita, viviendo con el día y manteniendo con vuestro trabajo a vuestra esposa, cinco o seis chiquillos, quizás uno de pecho, a vuestro padre anciano e impotente, a vuestra madre enferma. —Bruscamente la orden de

concentración—. Lleno de terror el jefe de la casa ordena a su vez que toda la familia se ponga en movimiento, y todos, apresuradamente, emprendan la marcha, llevando por único bagaje unos cuantos centavos, unos cuantos trapos y... nada más.

¿A dónde ir? ¿Qué camino tomar? Para los que tienen la más ligera simpatía por Zapata, no hay vacilación; ¡se van con Zapata!

Pero los amigos del gobierno, ¿qué hacen? Vacilan, se confunden. En fin, hay que resolvérse; para morir de hambre lo mismo se muere en una parte que en otra. Se toma pues el primer camino que se presenta y se camina, se camina a la ventura, con el corazón oprimido y el espíritu sobrecogido de terror hasta llegar a un poblado. Allí, ¿quién da posada, quién da trabajo a los habitantes del Ajusco? Todos desconfían de ellos, todos temen que esos extraños puedan ser partidarios de Zapata, puedan ser sus espías. En resumen, todas las puertas se cierran... Dejo el resto a vuestra profunda meditación, señores Senadores; meditad profundamente en lo que sufriréis con vuestra familia en un pueblo extraño, sin dinero, sin ropa, sin hogar y sin pan... ¿Cuántos no pereceréis en esa terrible peregrinación? Y para los que sobreviváis, ¡cuántos tormentos os esperan para cuando al fin el Gobierno de don Victoriano Huerta os permita volver a vuestro pueblo! ¿Cómo encontraréis vuestra casita? Vuestra cosecha de maíz que está próxima a perderse, estará, cuando lleguéis a vuestro pueblo, completamente perdida, ¿qué daréis de comer a vuestros hijitos? ¡Hierbas, raíces, tierra!

Hecha esta digresión, continuemos, señores Senadores. En su constante obsesión, don Victoriano Huerta desconfía de todos, y teme que todos lo traicionen. Hace varios días que su Gabinete está incompleto y no ha sido capaz de completarlo. ¿No pensáis, señores Senadores, que esa debilidad de carácter, que esa constante vacilación demuestran un cerebro desequilibrado y son sumamente perjudiciales al país en las actuales y gravísimas circunstancias por que atraviesa?

Además del desequilibrio producido por su constante obsesión, y cuyos síntomas fueron descritos magistralmente por Shakespeare, don Victoriano Huerta está afectado de otra forma de desequilibrio; es la descrita con sin igual maestría por Cervantes: don Victoriano Huerta cree que él es el único hombre capaz de gobernar a México y de remediar todos sus males; ve ejércitos imaginarios, ve un ejército de noventa y cuatro mil hombres bajo sus órdenes. Y fenómeno curioso, que sería risible si no fuera excesivamente alarmante, el pueblo y aun algunos miembros de las Cámaras están desempeñando ingenuamente el papel de Sancho, contagiándose con la locura de Don Quijote y ven en don Victoriano Huerta un guerrero de más empuje que Alejandro el Grande y ven en los soldaditos de once años de la Escuela Preparatoria veteranos de guerra más aguerridos que los de Julio César o que los de Napoleón I.

Es gravísimo, señores Senadores, porque debido a esa locura don Victoriano Huerta está provocando un conflicto internacional con los Estados Unidos de América y ese conflicto puede llevamos a la intervención.

La intervención, oíd bien lo que es, señores Senadores: es la muerte de todos los mexicanos que tengan valor, que tengan dignidad, que tengan honor. ¡Cobarde miserable el mexicano que no vaya a combatir contra los americanos el día

que profanen nuestro suelo! Sí, iremos a combatir; pero no con la esperanza de obtener el triunfo, porque la lucha es muy desigual, sino solamente para salvar lo que deben tener en más valía que la existencia los hombres y las naciones: el honor. Iremos a morir para que más tarde, cuando el extranjero desembarque en nuestras playas y diga, descubriendose al pisar nuestro suelo: ¡De mil héroes la Patria aquí fue!

Pero señores, antes de llegar a ese extremo, los mexicanos deben de evitarlo con dignidad y prudencia y no dar motivo con sus locuras a que los americanos puedan justificar ante el mundo una invasión a nuestra Patria.

Ahora bien, si don Victoriano Huerta, desequilibrado, está poniendo en inminente peligro a la Patria, ¿no os toca a vosotros que estáis cuerdos, señores Senadores, poner un remedio a la situación?

Ese remedio es el siguiente: Concededme la honra de ir, comisionado por esta augusta Asamblea, a pedir a don Victoriano Huerta que firme su renuncia de Presidente de la República. Creo que el éxito es muy posible; he aquí mi plan:

Me presentaré a don Victoriano Huerta con la solicitud firmada por todos los Senadores aquí presentes, y además, con un ejemplar de este discurso y otro del que tuve la honra de presentar al señor Presidente del Senado en la sesión del 23 de septiembre.

Al leer esos documentos, lo más probable es: que llegando a la mitad de la lectura, don Victoriano Huerta pierda la paciencia, sea acometido de un arrebato de ira y me mate. En este caso nuestro triunfo es seguro, porque los papeles quedarán allí y después de haberme muerto, no podrá don Victoriano Huerta resistir la curiosidad, seguirá leyendo y cuando acabe de leer, horrorizado de su crimen, se matará él también y la Patria se salvará.

Puede suceder también que don Victoriano Huerta sea bastante dueño de sí mismo, que tenga bastante paciencia para oír la lectura hasta el fin, y que al concluir se ría de mi simpleza de creer que un hombre de su temple pueda ablandarse y convencerse con mis palabras, y entonces me matará o hará de mi lo que más le cuadre. En ese caso, la Representación Nacional sabrá a su vez lo que debe hacer.

Por último, puede darse este caso, que sería de todos el mejor: que don Victoriano Huerta tenga un momento de lucidez, que comprenda la situación tal como se presenta y que firme su renuncia. Entonces, al recibirla, le diré: Señor General don Victoriano Huerta, este acto rehabilita a usted de todas sus faltas. En nombre de la Patria, en nombre de Dios Omnipotente, ruego al pueblo mexicano que olvide los errores de usted y de hoy en adelante, sólo vea en usted al hijo pródigo, al hermano que vuelve arrepentido al seno del hogar y al cual debemos todos los mexicanos devolver nuestro cariño y consideraciones.

Con este hecho, señores Senadores, también el Pueblo Mexicano en su magnanimitad quedará rehabilitado ante el mundo, ante la historia y ante Dios, de todas sus locuras, y la paz, el orden y la prosperidad volverán a reinar en la Patria Mexicana.

Espero, señores Senadores, que no diréis que dejaréis de ocuparos hoy mismo de este asunto por no ser el que se está tratando. Si tal cosa me dijerais yo os

respondería, señores Senadores, que en estos críticos momentos la salvación de la Patria y debe ser nuestra idea fija, nuestra constante preocupación, y cuando algún medio parezca aceptable para conseguirla, no debe perderse la ocasión, hay que ponerlo en práctica inmediatamente.

Os ruego pues, señores Senadores, que os declaréis en sesión permanente y que no os separéis de este recinto antes de poner en mis manos el pliego que debo entregar personalmente a don Victoriano Huerta.

No dudo, señores Senadores, que sabréis proceder con toda la virilidad y prontitud que el caso requiere para no exponeros a que más tarde se diga de vosotros que lloráis como mujeres la pérdida de vuestra honra y vuestra nacionalidad que no supisteis defender como hombres.

Os he dicho, señores Senadores, que además de una copia de este discurso, debo llevar otra del que presenté al Señor Presidente del Senado el 23 de septiembre, y para que conozcáis todos vosotros este último, voy a tener el honor de darle lectura:

SR. PRESIDENTE DEL SENADO;

Por tratarse de un asunto urgentísimo para la salud de la Patria, me veo obligado a prescindir de *fórmulas acostumbradas* y a *suplicar a usted se sirva* dar principio a esta sesión, tomando conocimiento de este pliego y dándolo a conocer enseguida a los Sres. Senadores. Insisto, señor Presidente, en que este asunto debe ser conocido por el Senado en este mismo momento, porque entre pocas horas lo conocerá el público y urge que el Senado lo conozca antes que nadie...

Señores Senadores: Todos vosotros habéis leído con profundo interés el informe presentado por D. Victoriano Huerta, ante el Congreso de la Unión el 16 del presente.

Indudablemente, señores Senadores, que lo mismo que a mí, os ha llenado de indignación el cúmulo de falsedades que encierra ese documento. ¿A quién pretende engañar, señores? ¿Al Congreso de la Unión? No, señores; todos sus miembros son hombres ilustrados, que se ocupan de política, que están al corriente de los sucesos del país y que no pueden ser engañados sobre el particular.

Se pretende engañar a la Nación Mexicana, a esta noble Patria, que confiando en vuestra honradez y en vuestro valor, ha puesto en vuestras manos sus más caros intereses.

¿Qué debe hacer en este caso la Representación Nacional?

Corresponder a la confianza con que la Patria la ha honrado, decirle la verdad y no dejarla caer en el abismo que se abre a sus pies.

La verdad es esta: durante el gobierno de don Victoriano Huerta no solamente no se ha hecho nada en bien de la pacificación del país, sino que la situación actual de la República es infinitamente peor que antes; la revolución se ha extendido en casi todos los Estados; muchas naciones, antiguas buenas amigas de México, rehúsanse a reconocer su gobierno, por ilegal; nuestra moneda encuéntrase despreciada en el extranjero; nuestro crédito en agonía; la prensa entera de

la República amordazada o cobardemente vendida al gobierno y ocultando sistemáticamente la verdad; nuestros campos abandonados; muchos pueblos arrasados, y por último el hambre y la miseria en todas sus formas amenazan extenderse rápidamente en toda la superficie de nuestra infeliz Patria. ¿A qué se debe tan triste situación?

Primero, y antes que todo, a que el pueblo mexicano no puede resignarse a tener por Presidente de la República a don Victoriano Huerta, al soldado que se amparó del poder por medio de la traición y cuyo primer acto al subir a la presidencia fue asesinar cobardemente al Presidente y al Vicepresidente legalmente ungidos por el voto popular, habiendo sido el primero de éstos quien colmó de ascensos, honores y distinciones a don Victoriano Huerta, y habiendo sido él igualmente a quien don Victoriano Huerta juró públicamente lealtad y fidelidad inquebrantables.

Y segundo, se debe esta triste situación a los medios que don Victoriano Huerta se ha propuesto emplear para conseguir la pacificación. Esos medios ya sabéis cuáles han sido: únicamente muerte y exterminio para todos los hombres, familias y pueblos que no simpaticen con su gobierno.

La paz se hará, cueste lo que cueste, ha dicho don Victoriano Huerta. ¿Habéis profundizado, señores Senadores, lo que significan esas palabras en el criterio egoísta y feroz de don Victoriano? Esas palabras significan que don Victoriano Huerta está dispuesto a derramar toda la sangre mexicana, a cubrir de cadáveres todo el territorio nacional, a convertir en una inmensa ruina toda la extensión de nuestra Patria, con tal de que él no abandone la presidencia ni derrame una sola gota de su propia sangre.

En su loco afán por conservar la presidencia, don Victoriano Huerta está cometiendo otra infamia. Está provocando con el pueblo de los Estados Unidos de América un conflicto internacional en el que, si llegara a resolverse por las armas, irían estoicamente a dar y encontrar la muerte todos los mexicanos sobrevivientes a las matanzas de don Victoriano Huerta, todos, menos don Victoriano Huerta, ni don Aureliano Blanquet, porque esos desgraciados están manchados con el estigma de la traición, y el pueblo y el ejército los repudiarán llegado el caso.

Esa es en resumen la triste realidad. Para los espíritus débiles parece que nuestra ruina es inevitable, porque don Victoriano Huerta se ha adueñado tanto del poder, que para asegurar el triunfo en la parodia de las elecciones anunciada para el 26 de octubre próximo, no ha vacilado en violar la soberanía de la mayor parte de los Estados, quitando a los gobernadores constitucionales e imponiendo gobernadores militares que se encargarán de burlar a los pueblos por medio de frases ridículas y criminales.

Sin embargo, señores, un supremo esfuerzo puede salvarlo todo. Cumpla con su deber la Representación Nacional y la Patria está salvada y volverá a florecer más grande, más unida y más hermosa que nunca.

La Representación Nacional debe deponer de la Presidencia de la República a don Victoriano Huerta, por ser él contra quien protestan con mucha razón todos nuestros hermanos alzados en armas y por consiguiente por ser él quien menos puede llevar a efecto la pacificación, supremo anhelo de todos los mexicanos.

Me diréis, señores, que la tentativa es peligrosa, porque don Victoriano Huerta es un soldado sanguinario y feroz, que asesina sin vacilación ni escrupulo a todo aquel que le sirve de obstáculo. ¡No importa, señores! La Patria os exige que cumpláis con vuestro deber aun con el peligro y aun con la seguridad de perder la existencia. Si en vuestra ansiedad de volver a ver reinar la paz en la República os habéis equivocado, habéis creído las palabras falaces de un hombre que os ofreció pacificar a la Nación en dos meses y le habéis nombrado Presidente de la República, hoy que veis claramente que este hombre es un impostor inepto y malvado, que lleva a la Patria con toda velocidad hacia la ruina, ¿dejaréis por temor a la muerte que continúe en el poder?

Penetrad en vosotros mismos, señores, y resolved esta pregunta: ¿Qué se diría de la tripulación de un gran navío que en la más violenta tempestad y en un mar proceloso nombrara piloto a un carníbero que sin ningún conocimiento náutico navevara por primera vez y no tuviera más recomendación que la de haber traicionado y asesinado al capitán del barco?

Vuestro deber es imprescindible, señores, y la Patria espera que sabréis cumplirlo.

Cumplido ese primer deber será fácil a la Representación Nacional cumplir los otros que de él se derivan, solicitándose enseguida de todos los jefes revolucionarios que cesen toda hostilidad y nombren sus delegados para que, de común acuerdo, elijan al presidente que deba convocar a elecciones presidenciales y cuidar que éstas se efectúen con toda legalidad.

El mundo está pendiente de vosotros, señores miembros del Congreso Nacional Mexicano, y la Patria espera que la honraréis ante el mundo, evitándole la vergüenza de tener por primer mandatario a un traidor y asesino.

DR. B. DOMÍNGUEZ.
Senador por el Estado de Chiapas.

Al final de este discurso, señores Senadores, existe una nota que dice: "Urge que el pueblo mexicano conozca este discurso para que apoye a la Representación Nacional, y no pudiendo disponer de ninguna imprenta, recomiendo a todo el que lo lea, que saque cinco o más copias, insertando también esta nota y las distribuya a sus amigos y conocidos de la Capital y de los Estados. ¡Ojalá hubiera un impresor honrado y sin miedo!

Aquí termina la nota, señores Senadores, y me es muy grato manifestar a ustedes que ya hubo quien imprimiera este discurso. ¿Queréis saber, señores, quién lo imprimió? Voy a deciroslo para honra y gloria de la mujer mexicana: ¡lo imprimió una señorita!

DR. B. DOMÍNGUEZ.
Senador por el Estado de Chiapas

GUÍA PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS EN LA REVISTA JURÍDICA IURIS TANTUM

GUIDE TO RESEARCHES TO BE PUBLISHED BY IURIS TANTUM

LAW REVIEW

CRITERIOS GENERALES:

GENERAL CRITERIA:

1. La Revista Iuris Tantum es una publicación especializada en el área jurídica cuyo objetivo es la difusión académica de los trabajos de investigación elaborados por investigadores nacionales e internacionales en el campo del Derecho. Su contenido va dirigido a profesores, alumnos, investigadores, abogados y profesionales del Derecho.

Iuris Tantum Law Review is a specialized legal publication which objective is the academic diffusion of research performed by national and international legal researchers. The contents are directed to professors, students, lawyers and legal professionals.

2. Las opiniones y posiciones expresadas son responsabilidad exclusiva del autor y no necesariamente reflejan la posición de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac.

The opinions and positions expressed are exclusive responsibility of the author, and do not necessarily reflect the Anahuac University Law School position.

3. Los trabajos serán dictaminados por el sistema de pares. En primera instancia, el Comité Editorial revisará el cumplimiento de los lineamientos aquí señalados y podrá requerir al autor que subsane los requerimientos omitidos para posteriormente proceder al procedimiento de evaluación.

All researches are examined by a system of pairs. In a first instance, the publishing committee revises that it fulfills all guidelines here detailed and may require the author to amend the omitted ones to proceed to further evaluation.

4. Los criterios de selección por parte del Comité Editorial son:
 - Solidez científica del trabajo

- Originalidad, actualidad y oportunidad de la información
- Exposición de las ideas clara y fluida
- Cobertura de los objetivos planteados
- Fundamentación de las conclusiones
- Metodología adecuada

Publishing Committee selection criteria are as follows:

- Scientific solidity
 - Originality, actuality and information opportunity
 - Clear and fluid exhibition of ideas
 - Coverage of raised objectives
 - Foundation of conclusions
 - Adequate methodology
5. Deberá tratarse de trabajos inéditos en México. (Se podrán aceptar artículos ya publicados en otros países). También se aceptarán conferencias y reseñas.
All researches must not be published in México. (Articles published in other countries are accepted). Conferences and reviews are also accepted.
6. Podrán estar escritos en los siguientes idiomas además del español, inglés, italiano, francés y portugués, y tratar algún tema jurídico.
Besides Spanish, researches can be written in English, Italian, French and Portuguese, and relate to any legal subject.
7. Se deberán entregar vía electrónica al correo: dgarcia@anahuac.mx Junto al artículo el autor deberá enviar un correo en el que autorice su publicación.
All researches must be delivered by email to: dgarcia@anahuac.mx, besides the article, the author must send an email authorizing its publication.
8. La publicación de la Revista Iuris Tantum es anual y el periodo de recepción de artículos para el número 28 termina el 20 de junio de 2018.
Iuris Tantum Law Review is a yearly publication; the reception period for number 28 is until June 20, 2018.

Criterios para la presentación

Presentation Criteria

9. Cada artículo deberá contener título del trabajo, nombre del autor con nota a pie de página con asterisco que muestre su adscripción y dirección electrónica.
Each article must contain the title, author's name, with a footnote that includes his or her adscription and electronic address.
10. En el caso de artículos en idioma distinto al español el título deberá estar traducido al español.
If an article is to be published in other language than Spanish, the title must be translated to Spanish.
11. Todos los artículos deberán incluir un resumen y abstract, en español y en inglés, de máximo 100 palabras.

- Each and every article must include a maximum 100 word summary and abstract in Spanish and English
12. Se deberán incluir 5 palabras claves en español y sus respectivas keywords en inglés.
Five Keywords in Spanish and English must be included also.
13. El trabajo deberá contener mínimo 10, máximo 25 cuartillas a espacio y medio, papel tamaño carta, en el caso de artículos y conferencias, y de mínimo 3 máximo 5 cuartillas en el caso de reseñas.
The article must be at least 10 maximum 25 pages, written in one and a half space, letter size paper, if it is a Conference or Review the extension must be at least 3 and maximum 5 pages.
14. El tamaño de papel será carta y el tipo de letra será Times New Roman tamaño 12, con interlineado a espacio y medio, excepto citas textuales y notas a pie de página que será a renglón seguido.
Letter size paper is required; Times New Roman Font size 12, with one and a half space, except in footnotes and textual quotes.
15. En cuanto a la elaboración de citas y notas a pie de página se debe seguir la metodología propuesta en el libro: Manual para la elaboración de tesis y otros trabajos de investigación. (Normas básicas de estilo y redacción para investigadores del Derecho), de Dora García Fernández, Editorial Porrúa-Universidad Anáhuac. En el caso de las notas a pie de página se deberá empezar con el nombre y después los apellidos, todo en mayúsculas.
As for the preparation of quotations and footnotes should follow the methodology proposed in the book: Manual para la elaboración de tesis y otros trabajos de investigación. (Normas básicas de estilo y redacción para investigadores del Derecho), Dora García Fernández, Editorial Porrúa, Universidad Anahuac. In the case of footnotes should begin with the name and then last name, all caps.
- Ejemplos (Examples):
- 1 RAFAEL SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Metodología de la Ciencia del Derecho, 3^a edición, Porrúa, México, 2007, pág. 35.
- 2 IVAN RUEDA DEL VALLE, “Empresas de trabajo temporal”, en Iuris Tantum, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac México Norte, Año XXI, Número 17, otoño-invierno de 2006, págs. 135-150.
16. Al final del artículo se deberá incluir una bibliografía con la metodología propuesta, ordenando alfabéticamente las fuentes por apellidos y con sangría francesa.
At the end of the research, bibliography must be included, according to the proposed methodology; all sources must be ordered alphabetically and using French tab.

Ejemplos (Examples):

RUEDA DEL VALLE, Iván, “Empresas de trabajo temporal”, en Iuris Tantum, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac México Norte, Año XXI, Número 17, otoño-inviero de 2006, págs. 135-150.
SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, Metodología de la Ciencia del Derecho, 3^a edición, Porrúa, México, 2007.

17. Una vez entregado el artículo éste será turnado al Comité Editorial para su revisión y se determinará si el manuscrito corresponde a la línea editorial, se apegue a los lineamientos de presentación y cumple con los criterios generales de publicación.

Once delivered, the article will be sent to the Publishing Committee for its revision. This committee will determine if the article has been written according to guidelines and general publishing criteria.