
REFLEXIONES SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA.

ENSAYOS SOBRE METODOLOGÍA DE LA
ENSEÑANZA E INVESTIGACIÓN DEL DERECHO



No basta saber derecho para realizar trabajos académicos con el debido rigor científico. La formación tradicional del licenciado en derecho, por regla general, pone el énfasis en el conocimiento del Derecho positivo y muy poco en la ciencia jurídica. Por esta razón, la mayoría de los abogados no cuenta con las herramientas metodológicas mínimas para plantear un proyecto de investigación científicamente consistente.

Los trabajos de este libro abordan diversas vertientes de las necesarias reformas al modelo de formación del abogado mexicano, sin limitarse a una visión tradicional. El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas se encuentra especialmente satisfecho de presentar este trabajo.



UNACH | INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ISBN: 978-0-9862237-4-7

REFLEXIONES SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA.

ENSAYOS SOBRE METODOLOGÍA DE LA
ENSEÑANZA E INVESTIGACIÓN DEL DERECHO





REFLEXIONES SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA.
ENSAYOS SOBRE METODOLOGÍA DE LA ENSEÑANZA E
INVESTIGACIÓN DEL DERECHO

UNACH | INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
CARLOS EUGENIO RUIZ HERNÁNDEZ, RECTOR

ISBN: 978-0-9862237-4-7
Editado en Austin, Texas; 2016

D.R © Imagen de cubierta, 2007
Akio Hanafuji

D.R © Diseño editorial, 2016
Edgar Lara Morales

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, sea cual fuera el medio, sin el consentimiento por escrito del editor.

Bajo la coordinación de
Marco A. Besares Escobar



Universidad Autónoma de Chiapas

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Ocozocoautla, Chiapas
7 de septiembre de 2016
Memorándum No. CE/IJ/01/16

Dr. Carlos F. Natarén Nandayapa
Director General
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Presente

Por este medio comunicamos a usted que con fecha 5 de septiembre del presente año, el Consejo Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas en su 1ª sesión ordinaria acordó autorizar la publicación de la obra: "REFLEXIONES SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA. ENSAYOS SOBRE METODOLOGÍA DE LA ENSEÑANZA E INVESTIGACIÓN DEL DERECHO".

Cabe mencionar que se ha constatado que dichos ensayos son fiel testimonio de los trabajos académicos desarrollados y se verificó que dichos textos cumplen con el rigor metodológico y son conformes a las líneas editoriales del Instituto.

Atentamente

"Por la conciencia de la necesidad de servir"

Dr. Oswaldo Chacón Rojas
Presidente del Consejo Editorial

**Mtra. Adriana Yolanda Flores
Castillo**
Secretaria del Consejo Editorial

Mtro. Omar David Jiménez Ojeda
Vocal

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	<i>11</i>
LA ENSEÑANZA DEL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO OMAR DAVID JIMÉNEZ OJEDA	<i>21</i>
EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, INFLUENCIA TEÓRICA-METODOLÓGICA PARA LA COMPRESIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO DE MÉXICO MARCO ANTONIO BESARES ESCOBAR	<i>35</i>
BREVES REFLEXIONES EN TORNO AL USO DE LAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN SOCIAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO OSWALDO CHACÓN ROJAS	<i>63</i>

EL MÉTODO INTERPRETATIVO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UN ENFOQUE PIONERO PARA LA ELABORACIÓN DE UNA JURISPRUDENCIA CREATIVA M. ELISA GARCÍA LÓPEZ	89
LA EDUCACIÓN JURÍDICA INTERCULTURAL MANUEL GUSTAVO OCAMPO MUÑOA	163
DE LOS AUTORES	177

PRESENTACIÓN

Los trabajos que forman parte esta obra colectiva están originados en el contexto mexicano de la investigación científica y en específico el contexto de la investigación en el ámbito jurídico realizado desde las universidades públicas en las entidades de la federación, que es claramente distinto de la que se realiza en la Capital del país. En este sentido, el punto de partida es que los datos estadísticos sobre la investigación científica que se realiza en nuestro país señalan que buena parte se realiza en Ciudad de México y que las instituciones de educación superior en los estados de la federación tienen un déficit muy claro en esta materia.

Al respecto una simple aproximación cuantitativa es suficiente para dejar en claro esta situación: el número de miembros del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) en 2014 fue de 22,408 investigadores. De éstos un poco mas de la tercera parte (7,524) se encuentran en la ca-

pital del país y el resto en las otras 31 entidades de la federación. Y si consideramos el número de integrantes en el Nivel III, que es el nivel de mayor reconocimiento, del total de 1,655, solamente 658 (que es el 39%) se encontraban en los estados.

Existen múltiples factores que se combinan para resultar en el déficit señalado: en primer lugar la cultura centralista que no sólo hace que las grandes decisiones políticas y económicas del país se concentren en Ciudad de México, sino que también se refleja en los aspectos culturales y académicos, por lo que existe la tendencia a que, quien esté interesado en desarrollar una carrera académica, se traslade al centro del país para buscar incorporarse a los centros de investigación que ahí se sitúan.

Otro factor que incide en el déficit de investigación en las entidades es que la mayoría de los recursos económicos disponibles para las universidades estatales están dirigidos al impulso de las licenciaturas y no de los proyectos de investigación; también se debe considerar la ausencia de publicidad y participación externa en los concursos para obtener una plaza laboral para incorporarse a la planta académica de las universidades, lo que lleva a que estos sean sistemáticamente internos, y provoquen un aislamiento institucional: prácticamente cada universidad es una isla o, en el peor de los casos, un feudo.

Sin embargo, el factor que en nuestra opinión más ha influido en la debilidad institucional para realizar investigación es el perfil de los abogados egresados de licenciatura en México. En efecto, no

se puede investigar sin que existan investigadores y en el ámbito de la investigación jurídica no basta saber derecho para realizar trabajos académicos con el debido rigor científico.

La cuestión es que en la formación tradicional del licenciado en derecho, por regla general, el énfasis está en el conocimiento del Derecho positivo y muy poco en realizar una reflexión sobre la ciencia jurídica. Por esta razón, la mayoría de los abogados no cuenta con las herramientas metodológicas mínimas para plantear un proyecto de investigación científicamente consistente. De igual manera, buena parte de los posgrados en derecho tienen una orientación profesionalizante que deja poco espacio a la formación epistémico-metodológica de los abogados.

De esta forma, la formación del investigador jurídico en México es artesanal. De hecho, tiene mucha similitud con la manera en que actuaban los gremios medievales en los que la formación de sus integrantes era básicamente a través de los años durante los cuales un aprendiz observaba y colaboraba con los oficiales y los maestros de su especialidad.

Ahora bien, sería muy conveniente que las universidades de los estados de la federación establecieran y desarrollaran sus propios centros de investigación en derecho. Para lograrlo uno de los elementos más importantes es cambiar los métodos de la formación del abogado en México y, por otra parte, que se ampliara el número de posgrados dirigidos a la formación de académicos.

Los trabajos que integran esta obra colectiva parten del contexto que hemos señalado y buscan empezar a reflexionar sobre sus problemas y abordan diversas vertientes del fenómeno con la finalidad de iniciar una aproximación en la búsqueda de sus soluciones. Se trata de cinco trabajos realizados por investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas, que reflejan sus experiencias de formación en los diferentes ámbitos del derecho. Dedicaremos algunas líneas a presentarlos.

Así, en “La enseñanza del nuevo sistema de justicia penal en México”, Omar David Jiménez Ojeda aborda uno de los procesos de actualización de los planes actuales de estudio de las universidades, el de la incorporación del nuevo sistema penal acusatorio, aspecto que resulta de especial importancia para la implementación del nuevo modelo procesal, que requiere la capacitación de sus operadores.

En efecto, la reforma en materia de seguridad y justicia penal, de junio de 2008, diseñada a partir de 5 ejes temáticos (normatividad, capacitación y difusión, reingeniería institucional, infraestructura y coordinación interinstitucional), tiene deficiencias en todos los ejes citados. En el ámbito de la capacitación, debe subrayarse la falta de actualización de los planes de estudio de las universidades que ofertan la licenciatura en derecho, por lo que los nuevos egresados, no cuentan con una preparación adecuada, ello dada la falta de soporte técnico y académico.

Jiménez Ojeda señala que en la conformación del Consejo de Coordinación para la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal, se previó

la participación de académicos destacados pero las universidades no acompañaron dicha transición. Esta ausencia se ha intentado corregir mediante un convenio de colaboración entre la SEGOB-SETEC, la SEP y la ANUIES, de fecha 21 de julio de 2014, cuyo objetivo fue coordinar acciones para adoptar los cambios necesarios en la educación superior, dada la reforma. La problemática existente, es que dicha estrategia aún no se refleja en las universidades lo que nos lleva a un escenario de falta de capacitación de profesores en el tema, desinterés de los estudiantes, y, en consecuencia, necesidad de los egresados de tomar cursos alternos para actualización en la materia.

Por otra parte, en el trabajo “Breves reflexiones en torno al uso de las técnicas de investigación social en el ámbito del Derecho”, Oswaldo Chacón Rojas toma como punto de partida que, en nuestro país, se ha considerado que el ejercicio profesional del licenciado en derecho no es “investigar”, y que por tanto para aspirar a ser “investigador” se debe estudiar un postgrado.

Chacón Rojas critica que la formación de habilidades investigativas se centra en cuestiones de dogmática jurídica, alejada de la realidad social, donde el estudiante desarrolla habilidades de modo empírico y las actividades de carácter práctico son escasas. Señala que no se desarrolla el pensamiento teórico y creador en los estudiantes. Para nuestro colega el problema de la docencia jurídica en México, es que prevalece la concepción decimonónica del derecho vía la exégesis que no permite espacios para la pluralidad metodológica y la complejidad epistemológica del Derecho.

Sin embargo, Oswaldo Chacón señala que las facultades de Derecho han venido incorporando paulatinamente metodologías basadas en casos, problemas, en privilegiar el aprendizaje colaborativo, que en el aspecto memorístico. Y que esta coyuntura ha favorecido la revalorización de la Metodología de la Investigación Jurídica. Es en este contexto en el que realiza un análisis sobre las aportaciones de incorporar la enseñanza de las técnicas de investigación social en el ámbito del Derecho.

Por otra parte, desde una perspectiva diferente, Elisa García López, en su trabajo “El método interpretativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un enfoque pionero para la elaboración de una jurisprudencia creativa” toma como punto de partida la singularidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en tanto es un órgano de protección supranacional de Derechos Humanos sui generis, por lo que analizar el método interpretativo que emplea permite entender la producción de la jurisprudencia con una impronta creativa, innovadora y progresista.

García López señala que este estudio es relevante puesto que en América Latina la doctrina y jurisprudencia que emite el TEDH sirve de referente para las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, ¿en qué consiste el método interpretativo del TEDH? De acuerdo con Elisa García este método está determinado por el alto nivel de indeterminación de los derechos individuales consa-

grados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que deja abierta la interpretación y ponderación por parte del Tribunal, por lo que su labor adquiere relevancia para delimitar y precisar el contenido de los derechos fundamentales, que se sujetan a los principios propios y a los establecidos en la Convención de Viena, así como a los límites expresos y consensuados entre los estados parte. Estos son criterios que con su aplicación paulatina se han ido perfeccionando y concretando.

Por otro lado, en el trabajo “La educación jurídica intercultural” Manuel Gustavo Ocampo Muñoa aborda el tema de la enseñanza del Derecho desde la necesidad de incluir un eje transversal relacionado con la interculturalidad, pues tradicionalmente los planes y programas de estudio de la licenciatura no han dado la importancia que se merece a este enfoque jurídico. El pluralismo recientemente incluido en el sistema jurídico mexicano (fundamentalmente al reconocerse en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) genera la necesidad de que al estudiante de derecho se le proporcione más información sobre el tema, no con la intención de adoctrinarlo, sino para construir conocimiento científico jurídico adecuado a la realidad de su entorno.

En opinión de Ocampo Muñoa la intención de los programas de derecho no debe ser formar abogados legalistas incapaces de entender la existencia de diferentes sistemas normativos y mecanismos alternos de solución de conflictos, sino generar profesionales reflexivos, con capacidad de diálogo y análisis, capaces de comprender y estudiar

la diversidad e interacción de los diversos procesos humanísticos, ecológicos y económicos con sensibilidad respecto del conocimiento desarrollado por los diversos pueblos originarios, desarrollando creativamente y propositivamente estrategias de solución a las problemáticas que se le presenten.

Finalmente en el trabajo “El análisis económico del derecho, influencia teorica-metodológica para la comprensión del sistema jurídico de México”, Marco Antonio Besares Escobar, coordinador además de esta obra, señala que en nuestro país, existen una serie de transformaciones en las políticas públicas y en las reformas del sistema jurídico, que están influidas por el pensamiento económico del derecho, aun cuando en algunas partes están sometidas a debates interesantes.

En efecto, Besares Escobar parte que las teorías jurídicas y las teorías económicas han estado vinculadas para su estudio, en distintos momentos históricos y desde diversos enfoques. La relevancia de esta vinculación teórica interdisciplinaria en la evolución del sistema jurídico mexicano, dentro del contexto de la globalización, como un proceso jurídico económico justifica que la perspectiva del análisis económico del derecho se agregue a la formación del abogado mexicano.

Como puede apreciarse, los trabajos abordan diversas vertientes de las necesarias reformas al modelo de formación del abogado mexicano, pero todos van más allá de una visión tradicional y limitada, y realizan aportaciones a la necesaria reflexión que las universidades e instituciones de educación superior debemos realizar, por

RELEXIONES SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA

esta razón el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas se encuentra especialmente satisfecho de presentar este trabajo.

Carlos F. Natarén Nandayapa
Director

RELEXIONES SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA

**LA ENSEÑANZA DEL NUEVO SISTEMA
DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO**

OMAR DAVID JIMÉNEZ OJEDA

INTRODUCCIÓN

Acertadamente el Mtro. Juan Fernández Carrasquilla¹ dijo que “el derecho penal es un fenómeno histórico-cultural abierto al devenir”, si esto es cierto, entonces el derecho procesal penal evidentemente también esta sujeto a transformaciones a partir del reconocimiento que como sociedades hacemos de aspirar a mejores maneras de hacer justicia. En nuestro desarrollo académico en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNACH, desde donde participamos en procesos de implementación y de capacitación en la reforma penal, advertimos la brecha que prevalece en la enseñanza del derecho procesal penal acusatorio, pues aun el sistema acusatorio no cuenta con el soporte técnico y académico que permita su incorporación a los planes y programas de estudio.

Pese a que en la conformación del Consejo de Coordinación

¹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. El problema de la enseñanza del derecho penal en “pensamiento Penal Moderno”, Compilación Universidades Externado y del Rosario, Bogotá D.C., julio de 1999, pg. 14.

para la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal se previó la participación de miembros destacados de la academia, el proceso de implementación no considero que las universidades acompañaran precisamente este cambio. La Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES)² desde su fundación en 1950, ha participado en la formulación de programas, planes y políticas nacionales, así como en la creación de organismos orientados al desarrollo de la educación superior mexicana.

Esta omisión fue corregida mediante un convenio de colaboración entre la SEGOB-SETEC, la SEP y la ANUIES de fecha 21 de julio del 2014 y su objeto consiste en la coordinación de acciones para adoptar los cambios necesarios en la educación superior con motivo de la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal. Su primer fruto es el programa prototipo de la materia de Derecho Procesal Penal.

Empero, esta estrategia nacional aun no permea entre las facultades de derecho que son los puntos clave para que desde ahí se formen profesionistas con capacidades y habilidades, que en el futuro inmediato serán los operadores del sistema.

² La ANUIES es una Asociación no gubernamental, de carácter plural, que agremia a las principales instituciones de educación superior del país, cuyo común denominador es su voluntad para promover su mejoramiento integral en los campos de la docencia, la investigación y la extensión de la cultura y los servicios.

La Asociación está conformada por 179 universidades e instituciones de educación superior, tanto públicas como particulares de todo el país.

I. LA TRADICIONAL ENSEÑANZA DEL DERECHO PROCESAL PENAL

La Licenciatura en Derecho es una de las ofertas académicas más demandadas en la Universidades, las estimaciones realizadas indican que anualmente egresan 42,000 nuevos profesionistas del derecho. Lo que nos dice que del 2008 al 2015 egresaron aproximadamente 320,000 profesionistas y muy probablemente en su mayoría, no hayan tenido contacto con la información del sistema acusatorio. A esta mayoría se les cancela cualquier posibilidad desde la Universidad de desarrollar competencias, estas deberán adquirirlas ingresando a diplomados o cursos básicos ofertados por otras instancias, dentro de la oferta conocida como educación continua.

El proceso penal bajo el modelo mixto o tradicional evidentemente que permeó en las técnicas de su enseñanza en las facultades de derecho, es decir, sus principios son reproducidos también, tenemos que si el proceso mixto o tradicional por su naturaleza es rígido, formal, lineal y escrito, entonces el modelo educativo poco o nada aportaba para su transformación, por el contrario, lo reproduce y consolida. Para desarrollar pericia, el estudiante que se interesaba en profundizar en el proceso penal frecuentemente construía un caso a partir de la concepción de un expediente y desde ahí se volvía en un simple recopilador, no se le alentaba al análisis lógico de la información obtenida y sus habilidades eran inhibidas al tener fácilmente acceso a formatos escritos en los que vaciaba su información, muchas veces

estos formatos eran de baja calidad. Si el sistema mixto pretendía desde su enseñanza en clase abonar al razonamiento crítico de los alumnos, no siempre fue exitoso, pues el que cada hecho procesal tenga forzosamente un escrito de por medio hacía del aprendizaje una rígida experiencia que poco despertaba la creatividad del alumno para profundizar en la materia.

Para contar con un Profesor reconocido en la materia, no siempre las Universidades tenían parámetros de competencias y habilidades para su selección, comúnmente los Profesores competentes alternaban su práctica docente con el servicio público en el área de procuración de justicia. Muchos nos beneficiamos acudiendo como meritorios o asistentes a esas oficinas y ahí tuvimos el primer contacto con el sistema penal, evidentemente la realidad distaba mucho de lo comentado en clase.

La cátedra por supuesto era bajo el método magistral en donde el Profesor asumía la conducción teórica de la misma, pero evidenciaba una comodidad o confort para si mismo con la complacencia del alumno y su nula participación, era pues la mera repetición de lo que otros han escrito y peor aun, de códigos y leyes. Aun en las clases que hoy se imparten del proceso penal mixto no es común el apoyo en materiales pedagógicos que faciliten en el alumno la comprensión del tema para su aplicación práctica. Las lecturas de textos -algunos ya desfasados- aunada a la aplicación de una evaluación para aprobar el semestre bajo el método tradicional escrito, muchas veces deja al

alumno sin que adquiriera una visión panorámica del proceso penal y con ello su falta de práctica lo sitúa en desventaja al egresar con mínimas competencias en la materia y peor aun, lo aleja de la sociedad a la que servirá al egresar. Aquí estamos de acuerdo con el Dr. Jorge Witker cuando afirma “se enseña al estudiante únicamente con contenidos informativos con un enfoque limitado y pragmático”.³

Con lo anterior no estoy en contra de que se fomente en el alumno el arte de escribir, por el contrario, este debería cultivarse a profundidad pues la vida de todo profesional del derecho transcurrirá analizando documentos y preparándolos para que otros lo comparen. Aquel que no cultive esta habilidad se enfrentará a desventajas en el mundo laboral y en estos tiempos de trabajo en grupos interdisciplinarios es evidente que deberá tener fuertes basamentos para redactar una denuncia, un informe, esgrimir un proyecto de ley o bien, construir una investigación académica con rigor.

En el proceso de enseñanza-aprendizaje debemos advertir que también los factores de exceso de estudiantes en aulas, la bulímica bibliográfica y hemerografía, así como la falta de interés de los alumnos en su propia formación generan un propicio cultivo que invade como virus nocivo el proceso.

³ WITKER, JORGE. Técnicas de la enseñanza del derecho, 4ª. Ed., México, PAC-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p.73

II. EL CAMBIO DE PARADIGMA

Hemos advertido en líneas anteriores que uno de los problemas a las que se enfrenta el Derecho es a su enseñanza-aprendizaje. Si desde ahí enfrentamos retos no es de sorprender que en la ejecución u operación del Derecho también los enfrentemos, aunque de esa parte no me ocupare en estas breves notas. Lo que sí traigo a colación es que en el siempre inacabado proceso del desarrollo, -al cual el Derecho no escapa- no podemos ignorar que existen factores o agentes que inciden en su proceso, ya sea para incentivarlo o bien para inhibirlo. El desarrollo se ha convertido en un paradigma y la enseñanza del derecho no es ajeno en tanto nuevos temas en la última decena han sacudido al sistema jurídico mexicano. Temas como la convencionalidad, el control de la legalidad, el debido proceso son de reciente incorporación en los procesos de enseñanza, este cambio en la cultura y tradición jurídica mexicana si bien es gradual, no admite pausas.

Lo anterior supone un cambio en las instituciones jurídicas mexicanas, que en este caso impactará el sistema de enseñanza del derecho, pues regresando a la línea principal de este artículo, el cambio del modelo procesal penal se debe reflejar en su método de enseñanza. Si el paradigma cambió, los supuestos básicos lo hicieron con él. Hoy, las facultades de derecho que ya ofertan el programa de Derecho Procesal Penal Acusatorio recurren a recursos válidos como el método de casos que resulta de gran utilidad para el futuro abogado. En este método el alumno debe ser capaz de enfrentarse a un problema

y su solución naturalmente se dará a la luz de los Códigos adjetivos y sustantivos, pero la guía del Profesor en este camino si marca una diferencia. El Profesor que brinda esta cátedra debe ser un profesional con habilidades y capacidades manifiestas en el nuevo proceso, será evidente aquel que se aventure a improvisar, pues a diferencia del anterior modelo, en el nuevo no existe un camino trazado y la participación de los alumnos en clase demandará el dominio de los principios rectores y de las principales figuras procesales –muchas de ellas novedosas y sin antecedentes en México-, que exigirá el compromiso de quien se convertirá en guía de los alumnos.

Abonan a conseguir el objetivo de formar alumnos competentes al menos dos experiencias que vale la pena comentar. La primera es la impulsada por SETEC⁴ y que incide en la conformación de un padrón de profesionales del derecho que hacen de la actividad académica su campo laboral. Esto es así porque en algún momento se cuestiono la capacidad de profesores e instituciones que ofertaban cursos de capacitación en el nuevo sistema de justicia penal, la realidad fue que la gran mayoría de profesores eran improvisados, rayando en verdaderos fraudes y menoscabaron el impulso a la reforma desde la academia. Hoy existe un catálogo de docentes certificados por méritos y por examen. Los primeros son procesalistas ampliamente reconocidos que han contribuido con sus aportaciones a la construcción de la doctrina procesal acusatoria mexicana y los segundos, son profesionales

⁴ Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal

del derecho que en base a una sólida formación han superado exitosamente el riguroso examen de oposición. El catálogo de profesores certificados y reconocidos por SETEC puede ser consultado⁵ y la apuesta es que todos los profesores de Derecho Procesal Penal Acusatorio de las facultades de Derecho cuenten con la certificación en un futuro próximo.

La segunda experiencia es la relativa al Certamen Nacional Universitario de litigación oral en el Sistema Penal Acusatorio auspiciado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia (CONATrib)⁶, que se celebra cada año desde 2012 y al que auguramos muchas ediciones más. Este certamen convoca en una primera fase estatal a equipos de alumnos de las principales facultades de derecho de cada estado y mediante la simulación de un caso concreto se califican las habilidades y competencias de los alumnos, ejercicio realizado en una Sala de Juicio Oral y con jurado compuesto por funcionarios judiciales y académicos. Al declararse el ganador estatal se da pie a un certamen regional y el vencedor llega al certamen nacional. Las regiones son las siguientes:

Región Norte

Campeche, Chiapas, Guerrero, Oaxaca, Quintana Roo, Tabasco, Veracruz y Yucatán.

⁵ Véase http://www.setec.gob.mx/es/SETEC/Perfilador_Docente

⁶ La consulta del reglamento y casos prácticos está disponible en <http://conatrib.org.mx/convocatoria-al-tercer-certamen-nacional-universitario-conatrib-de-litigacion-oral-sistema-penal-acusatorio/>

RELEXIONES SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA

Región Centro	Campeche, Chiapas, Guerrero, Oaxaca, Quintana Roo, Tabasco, Veracruz y Yucatán.
Región Centro Norte	Campeche, Chiapas, Guerrero, Oaxaca, Quintana Roo, Tabasco, Veracruz y Yucatán.
Región Sur	Campeche, Chiapas, Guerrero, Oaxaca, Quintana Roo, Tabasco, Veracruz y Yucatán.

A la fase nacional acceden el primero y segundo lugar de cada región y en ella finalmente se reconocen a los tres primeros equipos con un premio económico y diplomas a cada integrante. Este ejercicio supone el compromiso de cada alumno para con su profesor y es gratamente sorprendente el nivel de habilidades desarrolladas en torno al debate. Me consta que en muchos casos, para el profesor y los alumnos supone una carga adicional a sus actividades escolares, pero la pasión y entrega que ponen en cada uno de esos momentos en el certamen será recompensada en su futuro profesional.

Sin duda puede y debe haber más experiencias que impulsen el adecuado progreso en la enseñanza del derecho y de ellas habrá que nutrirnos en este cambio de paradigma pues los jóvenes universitarios merecen un mejor destino, pues llegará el día en que la exigencia de capacitación en el nuevo modelo requiere además del título de Licenciado en Derecho, una acreditación por la barra o colegio de abogados.

CONCLUSIÓN

En el contenido de este artículo se ha expuesto que se vive una transformación en la enseñanza del Derecho en general y del Derecho Procesal Penal en particular, pese a que a sido lenta en su transición y a veces imperceptible, el cambio registrará una aceleración en la medida en que las Facultades de Derecho incorporen en sus planes y programas de estudio la materia. A la par de esta incorporación se alienta a que dichos programas muestren al alumno las destrezas y habilidades a adquirir al tener claro que el conocimiento es teórico práctico.

El cambio evidentemente exigirá a profesores dispuestos a profundizar en el manejo del tema pero exigirá alumnos esforzados y con tendencia a la reflexión y análisis, pues la sociedad mexicana del siglo XXI cada día más demandante de información y de servicios de calidad. La apuesta es que desde este nuevo modelo de enseñanza se prepare al abogado a ser congruente, leal, analítico y con un basamento en los valores universales.

No es fácil romper con una inercia de tantos años, creer que lo sería es una ilusión. Deberán ser los directivos de facultades y escuelas, los cuerpos colegiados de las mismas, profesores y alumnos, quienes primero deben informarse acerca de las características de los métodos más activos e identificar las técnicas por las cuales se pueden aplicar en la práctica dichos métodos, en combinación con el método tradicional de la cátedra magistral. Finalmente en este proceso los alumnos de Licenciatura en Derecho deberán profundizar en sus co-

nocimientos acerca de las tecnologías de la información y del idioma Inglés, dos áreas que marcan la diferencia entre el abogado del siglo XX y el del siglo XXI, pues para que accedan al mercado laboral con posibilidades reales de éxito, el esfuerzo personal hará la diferencia.

REFERENCIAS

CONCHA CANTÚ, HUGO A. “Tendencias de la Educación del Derecho en la Función Jurisdiccional” No. 4 Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, Julio-Diciembre 2004, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR. Algunas reflexiones sobre la enseñanza del Derecho en México y Latinoamérica. Antología de estudios sobre la enseñanza del Derecho. Universidad Autónoma de México, pp. 79–92, 1995. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/247/5.pdf>

LÓPEZ OLVERA, MIGUEL. Otro punto de vista sobre la enseñanza-aprendizaje del derecho en México. Estudios en homenaje a Marcia Muñoz del Alba Medrano. La enseñanza del Derecho. Universidad Autónoma de México, pp. 235-251, 2007. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2406/16.pdf>

PÉREZ LLEDÓ, JUAN. La enseñanza del Derecho en Estados Unidos. La Filosofía del Derecho en EE.UU.: Problemas actuales, Doxa, volumen N° 12: pp. 41-93, 1992.

- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, RAFAEL. “Notas para un Modelo de Docencia Diferente al Sistema de Enseñanza Tradicional del Derecho” Revista de la Facultad de Derecho de México. UNAM. Tomo XLIV, Mayo-Ago 1994. nums. 195-196
- SERNA DE LA GARZA, JOSÉ. Apuntes sobre las opciones de cambio en la metodología de la enseñanza del derecho en México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, volumen N° 111: pp. 1047-1082, 2004. México. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2406/9.pdf>
- WITKER, JORGE. Algunas reflexiones en torno a la reforma curricular de los estudios jurídicos en América Latina. Estudios en homenaje a Marcia Muñoz del Alba Medrano. La enseñanza del Derecho. Universidad Autónoma de México, pp. 485– 500, 2007.
- WITKER, JORGE. Técnicas de la enseñanza del derecho, 4ª. Ed., México, PAC-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p.73

RELEXIONES SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA

**EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO,
INFLUENCIA TEÓRICA-METODOLÓGICA
PARA LA COMPRENSIÓN DEL SISTEMA
JURÍDICO DE MÉXICO**

MARCO ANTONIO BESARES ESCOBAR

Las teorías jurídicas y las teorías económicas han estado vinculadas para su estudio, en distintos momentos históricos y desde diversos enfoques¹. La relevancia de esta vinculación teórica interdisciplinaria en la evolución del sistema jurídico mexicano, dentro del contexto de la globalización, como un proceso jurídico económico justifica, en cierta medida, este artículo que tiene como objetivo llamar la atención respecto a que en nuestro país, existen una serie de transformaciones en las políticas públicas y en las reformas del sistema jurídico, que están influidas por el pensamiento económico del derecho, aun cuando en algunas partes están sometidas a debates interesantes.

Las transformaciones jurídicas no son normalmente dimensionadas o explicadas desde un enfoque económico, esto por la separación tradicional de las disciplinas jurídicas y económicas, y por ello,

¹ Rafael Mery Nieto. Notas sobre Análisis Económico del Derecho: Una mirada desde América Latina. “Remontan el origen del análisis económico del Derecho, y en general, al vínculo entre la economía y el derecho, a los trabajos de los autores utilitaristas como Cesar Beccaria y Jeremy Bentham, la economía política de Adam Smith y Karl Marx y a la escuela institucional norteamericana con autores como John R. Commons y Wagner quien aporta sobre los efectos de los cambios en las necesidades económicas sobre las instituciones legales.

en algunos ámbitos se cuestiona la validez teórica del Análisis económico del Derecho o de plano se omite considerarlo dentro de la formación metodológica de los profesionales del derecho, aun cuando los efectos de la aplicación del sistema jurídica contenga esta perspectiva.

Es evidente que el fenómeno jurídico se manifiesta de una manera más complejo en esta época histórica, en que la economía mundial de mercado establece las reglas de la vida económica internacional y gravita en la forma de analizar la realidad socioeconómica actual de nuestro país. Los ejemplos de estas transformaciones se manifiestan, con cierta obviedad, en el campo del denominado Derecho Económico, aun cuando también en otras áreas² que no tienen ese registro económico tan expreso y que han sido impactadas por estas ideas del AED³.

En el primer caso, podemos apreciar, el proceso de desregulación económica que ha sufrido el marco jurídico federal⁴ y el de algunas entidades federativas, la normatividad en materia de competencia económica y en materia fiscal entre otras normas. En el caso de disciplinas sin relación directa con la economía o con el mercado propiamente dicho, podemos citar fórmulas para el Derecho Penal, Civil, Ambiental etc, y en el campo del derecho procesal, particularmente

² Cossío, José Ramón. Derecho y análisis económico. México, FCE, 1997.

³ Charles Rowley. PublicChoice and theEconomicAnalysis of theLaw. Law and Economics. Pág. 45. Ed., KluwerAcademicPress. (1989).El AED ha sido definido como “la aplicación de la teoría económica y los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, proceso y el impacto de la ley y las instituciones legales.

⁴ Al respecto, véase: Cossío, José Ramón. Derecho y análisis económico. México, FCE, 1997. También: Roldán Xopa, José. Constitución y mercado, México, Porrúa, 2004.

en la evolución de los sistemas de justicia penal en Latinoamérica, como también en el ámbito del derecho constitucional y los derechos humanos, que son diseñados e interpretados desde este enfoque, por ejemplo en el caso de los DESC con relación a eficaz protección con del derecho de los presupuestos públicos.

Sin exagerar y aun cuando el análisis económico del derecho (AED)⁵, es hoy en día una importante corriente de opinión del pensamiento jurídico que observan muchos operadores jurídicos⁶ litigantes, jueces, consultores, legisladores, no es un área de estudio que esté incluida en los programas de formación de los juristas en nuestro país⁷, como un tema asociado a la formación de competencias metodológicas para el análisis de los problemas jurídicos desde este enfoque multi e interdisciplinar⁸. Lo que provoca, que en la mayoría de los estudios se soslaye las implicaciones de esta naturaleza o no se otorgue considera-

⁵ Martin Fronek. *Contra el análisis económico del derecho*. marzo 27, 2014. El movimiento del análisis económico del derecho, nacido en la Universidad de Chicago en la década de 1960, revolucionó la academia legal estadounidense. El análisis económico del derecho se convirtió en una parte habitual del programa de las principales universidades. Brian Bix, un importante teórico legal, considera esta aproximación concreta al derecho la línea de pensamiento más influyente en la jurisprudencia actual. <http://www.miseshispano.org/2014/03/22793/>

⁶ Luis Manuel Raymundo Ibañez. *El debate interno entre sus teóricos*. Escuelas de Chicago y la escuela austríaca. El Análisis económico del derecho (AED), a pesar de su escasa divulgación en Hispanoamérica, menos aún en nuestro país, es una de las especialidades con mayor crecimiento en el mundo anglosajón, en donde cuenta con numerosas facultades especializadas, revistas de gran difusión en el medio y asociaciones gremiales que comprenden todos los continentes.

⁷ Rafael Ramírez-Villaescusa. *El análisis económico del derecho en México, sus retos y posibilidades*. Salvo en los programas de estudio de escuelas con programas enfocados hacia la construcción de un perfil profesional diferente, como son los estudios de la licenciatura en Derecho que ofrecen el ITAM, el Instituto Tecnológico de Monterrey el CIDE. Pág. 4

⁸ María Solange Maque Ramírez y Juan Javier del Granado. *Análisis económico del Derecho*. Obra jurídica enciclopédica. Escuela Libre de Derecho. Ed. Porrúa. Centro de Investigación e informática jurídicas Escuela Libre de Derecho. México 2012.

ción o se advierta lo relativo a los costos económicos que en la realidad cobran las intervenciones jurídicas. es decir el impacto económico de cualquier decisión jurídica independientemente del poder público que le emita.

Este artículo resalta algunos de sus antecedentes teóricos importantes, cita brevemente los aportes de sus principales expositores y refiere las objeciones del enfoque microeconómico del derecho como una opción metodológica para la construcción y aplicación del derecho⁹. Además, la idea medular de la exposición, se orienta a señalar que las actuales tendencias de transformación de los sistemas de justicia y la cultura jurídica imperante en un importante sector de la doctrina jurídica de los derechos humanos en México, tiene una importante influencia en esta escuela del análisis económico del derecho, al menos en la justificación teleológica hacia la eficiencia del respeto a la dignidad de las personas y de sus implicaciones económicas por ejemplo respecto al tema de reparación del daño a víctimas.

Los problemas filosóficos, ideológicos o políticos que desde luego son importantes y existen posiciones críticas fundadas y que se derivan de la incorporación metodológica de este análisis en el abordaje de los problemas jurídicos, no serán materia en esta exposición. Aun cuando se anota, que precisamente por la complejidad de los mismos, es que no se conocen a detalle el desarrollo del enfoque microeconómico del derecho basados en los postulados de la economía del

⁹ Consultar a AndresRoemer, introducción al análisis económico del derecho. Itam, Fondo de Cultura económica. México 2001.

bienestar y no se advierte su asimilación en los procedimientos que encuentran aplicación en otras esferas del derecho, aun cuando intrínsecamente obedezcan a planteamientos inherentes a esta corriente doctrinal.

Para algunos autores esta corriente metodológica tuvo su origen en la universidad de Chicago a finales de los años cincuenta, su consolidación en el análisis de las instituciones jurídicas del Comon Law, se puede advertir cuando otras instituciones académicas impulsan su desarrollo como Stanford, Columbia, George Mason, Miami, Emoy entre otras, en Europa su aparición en los estudios dentro sistema romano germánico de derecho, se da entre los setentas y ochentas y en España con el maestro Julián Pastor se puede decir que tiene algún posicionamiento relativo. El fundamento ideológico de esta corriente de pensamiento, se pueden encontrar en los trabajos de F. Knight, T Chul, H. Simon, Milton Friedman, G. S Becker y JmBuchaman.

Cabe mencionar que el AED nace como una escuela del pensamiento jurídico basada en algunas ideas tomadas de otras corrientes ideológicas contrarias al positivismo, tales como el utilitarismo donde se dice que la conducta deberá juzgarse por sus efectos, principalmente de la felicidad de las personas (en contraposición al dolor), lo que produce bienestar –hablando de un utilitarismo positivo—o bien, donde toda acción deberá estar encaminada a reducir la miseria, pues puede resultar muy complejo que toda actividad produzca bienestar, por lo tanto, sería más viable disminuir la miseria; esa es la base del

utilitarismo negativo.

Por otra parte tenemos al realismo jurídico de tradición anglosajona y escandinava cuya principal aportación a la teoría jurídica se basa en que el juez como operador del derecho o bien la autoridad que debe decidir sobre alguna política pública debe basarse en un examen de la realidad social, esto es un examen de los hechos en vez de simples abstracciones de la realidad; en donde la ética es en gran parte, elemento de tales decisiones porque inevitablemente –dicen los autores de esta escuela del pensamiento—ésta tienen contenido moral.

Lo anterior revolucionó el pensamiento jurídico al plantearse la idea de que la lógica formal de un silogismo aplicado a los casos de aplicación de la ley era insuficiente, puesto que ese procedimiento mecanizado no atiende en muchas ocasiones a la propia realidad. Es visible que esa nueva concepción del derecho generó un cambio de paradigma que queda de manifiesto en la construcción del AED.

Entre los principales promotores que ha contribuido con sus aportes teóricos a la configuración de lo que se conoce como el Análisis Económico, está el premio Nobel Ronald Coase quien se le otorga tal reconocimiento por su descubrimiento y clarificación de la importancia de los costos de transacción y los derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía, lo que según contribuciones importantes en la frontera entre la economía, el derecho y la organización. A partir de su teorema, se habla con mayor frecuencia sobre externalidades positivas y negativas, costos de

transacción y políticas públicas. Es reconocido como el pionero del Análisis Económico del Derecho con su publicación en 1960 de lo que se ha dado en llamar el Teorema de Coase.

En ese sentido uno de los aportes más relevantes del AED es el reconocimiento de que las transacciones que se lleven a cabo en el mercado y entre los propios individuos para el logro de los fines sociales, solo pueden ocurrir cuando los costos a efectuar dichas transacciones son muy bajas, tan bajas, que permitan un excedente cooperativo sobre el cual es posible negociar, lo anterior como podrá advertirse es la idea central del teorema de Coase.¹⁰

Por su parte, de los inicialmente mencionados hay que subrayar el aporte de Gary Becker, que retomando a Bentham, que centró su estudio sobre la conducta humana respecto a la reacción ante los incentivos, que con este argumento se sustentó sobre la idea de que los seres humanos toman decisiones por un motivo, que valoran pros y contras, contemplan opciones y responden a incentivos, que por ello todos los comportamientos que constituyen actos jurídicos responde a incentivos. Además que hace énfasis que lo que las disciplinas tanto económica como jurídicas, estudian desde distintos enfoques el comportamiento de las personas. Es decir el comportamiento o conducta humana está determinado por la racionalidad respecto a los incentivos contenidos en las normas que orientan estas conductas¹¹.

Guido Calabresi notable juez norteamericano y destacado profesor de la Universidad de Yale, junto con Ronald Coase, es considera-

¹⁰ Rafael Mery Nieto. Ob. cit. Pág. 127.

¹¹ Gary Becker, "crime and Punishment, Aneconomicyapproach", Journal of PoliticalEconomy, vol. 76, numero 169. 1968.

do por algunos como uno de los fundadores del análisis económico del derecho. Sus contribuciones pioneras en el campo incluyen la aplicación de razonamiento económico al derecho de daños y una interpretación legal del teorema de Coase. Este destacado autor utiliza la teoría económica para evaluar el alcance que puedan tener los distintos significados implícitos en la noción de distribución de riesgos, a partir de aquí se construye el criterio de imputación de responsabilidad que permite las soluciones del derecho de daños. Es reconocido como el exponente de la tendencia liberal-reformista del Análisis Económico del Derecho¹². Por ello. El estudio de las cuestiones contractuales y extracontractuales se hace desde el derecho del Daño, la ley sobre el Daño Ecológico de reciente expedición en nuestro país es un ejemplo-

Uno de los principales portavoces de la perspectiva tradicional y de la línea conservadora Richard Posner, principal representante de la escuela de Chicago ha investigado sobre la aplicación de la teoría económica a diversos campos jurídicos como la legislación antimonopolista, la regulación de los contratos mercantiles y el procedimiento judicial. Propuso y defendió la idea de que la ley puede ser explicada mejor bajo el supuesto de que los jueces tratan de promover la eficiencia económica y la maximización de la riqueza como objetivo de la política legal y social. Se convirtió así en uno de los más destacados líderes de la corriente del Análisis Económico del Derecho (Law and Economics), aplicando el análisis económico al derecho de familia, la

¹² Incidencia del Análisis económico del Derecho en la Teoría Jurídica: La reducción del derecho a regla técnica. Alberto Montoro Ballesteros.

discriminación racial, la jurisprudencia y la privacidad¹³.

Dentro del mismo AED se encuentra la corriente neoinstitucionalista que se configura como la tercera vía, es representada por W.S.Samuels y Mercurio que sostienen que los actores económicos o comportamientos o procesos de los grupos sociales o las instituciones son los verdaderos protagonistas y no tanto las personas físicas. Estos últimos son exponentes del institucionalismo americano en economía, y siguen las ideas de Veblen y Commons respecto a la ciencia económica, así en la manera como entendieron las relaciones entre el sistema económico y el sistema jurídico¹⁴.

En cierta medida puede señalarse que el Análisis económico del derecho independientemente de su corriente o las diferentes vertientes de éstas, en lo esencial redefine el objeto de estudio del derecho al convertirlo en una regla técnica, desde una perspectiva similar a otros enfoques que analizan los efectos sociales del hecho jurídico, como son el iusnaturalismo, iusrealismo, o iusmarxismo para distanciarse de manera importante de la perspectiva iuspositivista, parte del concepto de que el fenómeno jurídico es más amplio que el campo de la dogmática jurídica, es decir es un fenómeno social que tiene que sea abordado de una perspectiva del método de investigación de las cien-

¹³ Jesús Antonio Bejarano. El análisis económico del Derecho. Comentarios sobre textos básicos. En el desarrollo del análisis económico del derecho como disciplina autónoma se produce un punto de inflexión en los años 70, más concretamente en 1973, cuando Richard Posner publica el manual titulado *Economic Analysis of Law*, donde se hace un estudio sistemático de la mayoría de los campos del sistema jurídico norteamericano desde la perspectiva del análisis económico.

¹⁴ Bejarano, Jesús Antonio ob cit.

cias sociales y desde el método de las disciplinas formales.

Se parte de la idea que la ciencia económica pone a disposición de los estudios jurídicos, su aporte teórico metodológico para proporcionarle los elementos de análisis de los problemas reales del derecho desde una visión práctica, es decir de las consecuencias reales que se dan como consecuencia de los comportamientos o actos jurídicos. Interesa la solución con resultados eficaces en protección de los derechos.

Respecto a los exponentes mencionados, hay que decir que primeros son destacados economistas que se incorporan a la investigación jurídica en sus respectivas universidades. Los segundos son integrantes de la actividad jurisdiccional que publican obras fundamentales para el desarrollo de las ideas que configuran el planteamiento central del discurso teórico del AED. En cierta medida la visión o perspectiva práctica de jurisdicción influye en la construcción de estas ideas.

Estos autores ha construido una serie de criterios que son útiles para entender la idea de que el derecho es un instrumento de solución de conflictos¹⁵, que los actos jurídicos siempre tienen un implicación económica. Los primeros de ellos aplicando el denominado Teorema de las externalidades positivas y negativos y con la incorporación de los denominados costos de transacción, que significa aplicar criterios de eficacia en las resoluciones jurídicas.

¹⁵ <https://portal.upf.edu/web/dret-civil>.

Estos autores norteamericanos aplican las aportaciones de la microeconomía y los postulados de la economía del bienestar que explica el comportamiento de los agentes económicos en la lógica de la vida del mercado, trasladan ese pensamiento al campo de la ciencia jurídica, dando lugar al surgimiento de la denominada escuela del Análisis económico del Derecho.

Otros conocidos exponentes son Robert Cooter, Henry Manne, William Landes y A. Mitchell Polinsky.

El análisis económico del Derecho es, en las últimas décadas, uno de los desarrollos intelectuales más importantes en el mundo jurídico. Este movimiento aplica herramientas económicas para explicar cuestiones jurídicas, no sólo en los ámbitos considerados “económicos”, como el derecho de la competencia y de la regulación, sino también en aquéllos que tienen por objeto actividades que se realizan fuera del mercado, desde las cuestiones relativas a la responsabilidad civil, pasando por el Derecho penal o de la familia. El análisis económico del Derecho se ha convertido en metodología central del análisis jurídico positivo y normativo. Además, ha ejercido una enorme influencia en la regulación, la legislación y la jurisprudencia en muchos países. Muchas revistas académicas de referencia en el mundo publican trabajos de análisis económico del Derecho, que es igualmente parte importante de la educación jurídica y económica de las universidades más prestigiosas.¹⁶

El párrafo anterior ha sido tomado de una organización española de Derecho y Economía en la justificación del II encuentro de Derecho y Economía, para refrendar la importancia que ha venido cobrando, este tema, que algunos lo consideran como un enfoque, otros

¹⁶ Página Web, de la Asociación española de Derecho y Economía. <http://www.aede-laweconomics.org/quienes-somos/#analisis>. La II Conferencia Anual de la Asociación Española de Derecho y Economía (AEDE) tuvo lugar en año del 2011 en la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra (UPF), Barcelona, España

como un movimiento, algunos le otorgan la categoría de escuela y la reflexión en el campo de la metodología jurídica plantea la interrogante de considerar este aspecto como un componente para la construcción científica del derecho.(Vanossi 2008)¹⁷. Como ya apuntamos originalmente esta herramienta de análisis, se orientó a la problemática de la competencia económica y los procesos de desregulación económica administrativa, últimamente aparece su discurso teórico en un amplio espectro de los sistemas jurídicos contemporáneos, lo que permite afirmar que se ha consolidado como un fundamento para las investigaciones jurídicas y como soporte de un sinnúmero de resoluciones jurídicas que ahora consideramos el impacto económico de ellas.

Por ello, resulta necesario analizar el contenido de las instituciones o la legislación, e incluso las resoluciones judiciales o cualquier otro acto jurídico, verificando si existe algún fundamento basado en estas premisas del análisis económico del derecho. Por ello en ese orden de ideas, a continuación con una finalidad principalmente descriptiva, señalaremos algunas zonas de impacto de esta construcción teórica en el ámbito del derecho en nuestro país.

El derecho constitucional mexicano, desde luego a partir de la

¹⁷ Jorge Reinaldo Vanossi en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 9 de abril de 2008. La aplicación constitucional de “el análisis económico del derecho (AED)”: ¿nada menos y nada más que un “enfoque”. La postura adoptada en el presente trabajo responde a una inquietud de equilibrio y de objetividad, partiendo de la interdependencia de las “ciencias sociales” y situando a los estudios de “Law and Economic” como un valioso enfoque del tema, sin perjuicio de subrayar las vertientes de doctrina que lo impulsaron y de la ya inocultable variedad de matices y de orientaciones que han surgido alrededor de una escuela que no está y no tiene por qué estar “unificada” en su pensamiento, ni tiene –tampoco– el don de la infalibilidad en la formulación concreta de sus enunciados. Grave sería protocolizar como “dogma” lo que es una herramienta de trabajo e investigación.

incorporación de nuestro país al tratado del libre comercio, y que nos encontramos desde hace más de dos décadas en un proceso de integración económica, en donde el concepto de constitución, supremacía constitucional, soberanía nacional, derechos humanos y muchos más han sido replanteados tanto en el ámbito de la legislación, como en la jurisprudencia. Responden en gran medida, ahora a nuevo enfoque donde el análisis económico tiene gran influencia. El protagonismo que tienen las normas oficiales mexicanas en la solución de los asuntos es una muestra de ello.

En el tradicional análisis del contenido económico de la constitución, se afirma que el fundamento constitucional del Derecho Económico que incluso así se denomina la materia que se imparte para revisar este segmento constitucional, conocido como el capítulo económico de la Carta Magna se tiene en los artículos 3º, 4º, 5º, 11º, 25, 26, 27, 28, 31 IV, 73, 74, 123, 131 y 134, de donde se pueden desprender los conceptos de Rectoría del Estado, Áreas Estratégicas, Propiedad Privada, Propiedad de la Nación, Funciones centrales del Estado, Planeación Democrática del Desarrollo Nacional, Bienes de la Nación y del Estado, Expropiación y otros que determinan la naturaleza jurídica de esta área del Derecho; teniendo modificaciones a la Constitución, para poder ir dando una adecuación de la misma a la problemática de la vida actual.

A este respecto podemos decir, que esos contenidos constitucionales han sido abordados desde distintos enfoques de la economía,

pero que el análisis económico del derecho ha sido muy discreto en estos temas, según Andres Roemer en México el desarrollo de esta escuela ha sido muy limitado. La exposición de motivos de las recientes reformas estructurales en materia de telecomunicaciones, energía e incluso educación pública, para localizar como el pensamiento del análisis económico del derecho se encuentra justificando el contenido de dicha legislación.

La cultura de los derechos humanos, progresivamente fue adquiriendo una importancia global, conforme la sociedad ha ido estrechando relaciones entre instituciones, individuos y organizaciones. Es lugar común decir que estos provienen del concepto de los derechos naturales y no dependen del reconocimiento que les haga el sistema institucional del poder público. Se asocia al respeto de la dignidad humana un concepto aportado por las ciencias antropológicas, que es parte de los ordenamientos internacionales y que en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en más de una ocasión se ha pronunciado expresando que es un derecho absolutamente fundamental y base de todos los derechos consagrados en la Constitución.

Con la relevancia que han ido adquiriendo los estudios del análisis económico del derecho, y en la medida que sus ideas han sido útiles para analizar, desde esa perspectiva, los distintos fenómenos jurídicos, el tema de los derechos humanos no puede quedar exento de este enfoque. Así tenemos que un texto interesante al respecto, John Auping, sostiene que visto como un objeto formal del conocimiento el

AED. No sin antes precisar la distinción de derechos humanos negativos y positivos para distinguir los básicos de los derechos sociales, culturales y económicos.

El análisis económico se refiere al objeto formal, a saber, desde qué punto de vista estamos analizando los derechos humanos. Este análisis económico se da en dos vertientes. En primer lugar, el análisis de los derechos es económico cuando buscamos una respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cuál es el costo y beneficio de la protección de los derechos humanos negativos en términos de recursos escasos que al aplicarlos a la protección de estos inevitablemente se sustraen, en la misma medida a la producción de otros satisfactores? Se trata del análisis del costo social para la sociedad de un poder judicial y de un sistema de pesos y contrapesos institucionales capaces de imponer límites y sanciones, de tal manera que los criminales o gobernantes que violen derechos humanos negativos de los ciudadanos sufran un costo privado que sea mayor que el beneficio privado que se deriva de la violación de esos derechos humanos.

Una segunda vertiente del análisis económico de los derechos humanos lleva el análisis del costo beneficio al campo de los derechos humanos positivos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, por medio de la investigación de las condiciones sistemáticas que garanticen y faciliten su realización. Se trata del análisis de las leyes y políticas económicas y sociales- generadas por los poderes ejecutivo y legislativo. Las cuales pretenden estructurar un sistema socioeconómico y facilitar el funcionamiento óptimo a favor de los derechos humanos positivos, sobre todo los económicos, sociales y culturales. Aquí cabe recordar la opinión tajante de la UNESCO; el obstáculo para el goce de los derechos económicos, sociales y culturales es la falta de voluntad política. Sin embargo, los autores de este libro creemos que además de la falta de la política, existen otros obstáculos de orden objetivo, a saber, las capacidades económicas de cada sociedad según su grado de desarrollo y lo que explica limitaciones presupuestales para lograr una eficaz protección.¹⁸

¹⁸ John Auping. (Coord) El análisis económico de los derechos humanos. Universidad Iberoamericana. Abril de 2004. Mexico. Pag. 2

Abundando en lo manifestado por el autor referido, la distinción que realiza entre derechos humanos negativos y positivos, puede que actualmente se encuentre un tanto superado, esto si se toma en consideración que incluso aquellos derechos humanos negativos en la mayoría de las ocasiones además de una obligación de no hacer y permitir, generan para el Estado una obligación también de hacer, pues además de establecer los límites y mecanismos para su protección, debe contarse con la infraestructura necesaria para hacer válido su ejercicio, por ejemplo, si pensamos en los derechos políticos, el derecho a votar, el Estado además de permitir el voto, debe establecer mecanismos para hacerlo válido, lo que genera también un costo. Así, el AED puede ayudarnos a comprender que los derechos humanos, incluso aquellos denominados como negativos, generan un costo para su protección además de la elaboración del marco legal (el proceso legislativo) y la tutela judicial, en los mecanismos para su ejercicio, por tanto, el legislador desde el momento de considerarlos dentro del ordenamiento legal debería tomar en consideración un análisis del costo que generará garantizar en menor o mayor medida un derecho, lo que lleva a pensar que la actividad legislativa requiere de un proceso multidisciplinario para abarcar todas las realidades de la sociedad.

En este sentido, con la integración sistematizada de los derechos humanos al orden jurídico mexicano, el Estado debe tener en consideración dos supuestos desde el punto de vista del AED: primeramente la suscripción y adopción de ordenamientos internacionales

y en segundo término, la ampliación del contenido de los derechos humanos por encima del estándar mínimo internacional; pues en ambos casos, se generan costos para el Estado, tanto en las limitaciones como en las consecuencias positivas que garantizarán esos derechos; es así que la garantía con eficiencia de los derechos humanos se encuentra hasta cierto punto supeditada a la capacidad económica de las naciones.

En el campo del derecho civil, el análisis económico del derecho tiene sus principales instituciones que explica profusamente desde su enfoque, la propiedad, los contratos y la responsabilidad objetiva por daños. Hace relacionar la configuración del sistema de propiedad en una determinada formación social, para determinar los comportamientos de las personas, las formas que se hace necesaria la intervención de las instituciones públicas para resolver los conflictos entre los particulares, a partir del concepto de costos de transacción y se apoya en el teorema de Coase para proponer que los mecanismos de justicia alternativa, conciliación, arbitraje o negociación, recientemente incorporados a las reformas judiciales de muchos países con una justificación de carácter económico, por su brevedad contribuyen a políticas más eficaces para resolver los conflictos. Siendo una mejor opción en términos de costos de litigación que impone la justicia contenciosa.

En materia de daños, desarrolla y actualiza el concepto de la responsabilidad objetiva, mediante la consideración económica de los daños en las indemnizaciones. Construye todo el discurso jurídico

adecuado para el denominado derecho de riesgo, que es útil para todo el sistema jurídico de los seguros en diversos campos. El tema de la responsabilidad extracontractual es resultado de esta concepción o enfoque del derecho.

En el derecho penal ha sido considerado como el área del derecho que tiene como objeto de estudio la norma penal, el delito y la pena, en alguna consideración más amplia, incluye disciplinas auxiliares como la criminología en el estudio del sujeto activo del delito y el su caso como la victomología en el análisis de los temas relacionados con las víctimas, de igual modo la política criminal como una área que ha cobrado mayor relevancia en los últimos tiempos para explicar categorías que se encuentran dentro del estudio dogmático del delito.

El debate de los penalistas se había venido centrando sobre aspectos teleológicos relacionados con la protección de los bienes o intereses sociales tutelados, relacionadas a una serie de principios que la justicia penal de estado democrático de derecho debe observar. Así la evolución de las distintas escuelas que ha predominado para el diseño de los sistemas jurídicos aplicables y sujetos a la interpretación jurídica, hoy se encaminan cada vez a la concepción de los enfoques funcionalistas y en protección de los derechos humanos y ante el perfil de la criminalidad se habla de la justicia con resultados eficientes..

Dentro del campo del efecto o las consecuencias que provocan las normas penales en el comportamiento humano cuando establecen un tipo penal y como se determina el monto de la pena, la perspectiva

del análisis económico del derecho, parte del criterio de incentivos y racionalidad del comportamiento y de la maximización de las utilidades. Así las normas requieren de una verificación en su exposición de motivos, para determinar que tanto los propósitos del legislador logran generar comportamientos adecuados a bienes jurídicos a tutelar.¹⁹

A este respecto se pronuncia Silva Sánchez para referirse a la relación del AED y el Derecho penal:

Pero es que, en segundo lugar, de una parte, la propia dogmática de la teoría del delito tiende a elaborarse desde perspectivas teleológicas, muy aptas para acoger en su seno consideraciones de eficiencia. De otra parte, la vinculación entre las concepciones del Derecho penal y el análisis de eficiencia económica se hace especialmente evidente en nuestro tiempo, en que desde muy diversas perspectivas se promueve un Derecho penal cuya metodología se oriente a las ciencias sociales. Ciertamente es que, al menos en el ámbito continental, por un lado, el consecuencialismo en Derecho penal ha hallado y halla especialmente hoy no pocos contradictores. Y que, por otro lado, el pensamiento consecuencialista más extendido está siendo, en el ámbito del Derecho penal, el funcionalista, y no precisamente el del análisis económico. Pero, en todo caso, ello muestra que el planteamiento de la cuestión relativa a la eficiencia en Derecho penal no sólo no está fuera de lugar sino que, por el contrario, resulta perfectamente oportuno en un momento en que la discusión entre principialistas y consecuencialistas se halla en pleno apogeo.²⁰

Para rematar el autor en el libro de homenaje al representante del funcionalismo Claus Roxin, cuestión se pronuncia respecto

¹⁹ Ver Andres Roemer. ¿Por qué una análisis económico del Derecho Penal?.

²⁰ Silva Sánchez Jesús María. Eficiencia y Derecho Penal. Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra.

a la eficiencia, concepto central del AED dentro de los principios que orientan al derecho penal:

Resuelto esto, será preciso establecer qué cabe entender por eficiencia como principio jurídico, o adaptación jurídica de un concepto económico. Como es sabido, se manejan al respecto conceptos diversos, siendo usual la contraposición de los de Pareto y Kaldor-Hicks. La consideración de la eficiencia en el ámbito del Derecho penal parece que debe servirse de este último que, sin duda, resulta el más próximo a la tradición del utilitarismo, en la que deben buscarse los precedentes de cualquier análisis de eficiencia económica en nuestra disciplina. En efecto, cuando se habla de eficiencia en Derecho penal, parece pensarse ante todo en esto: no precisamente en la conducta que aportando beneficios para todos no perjudica a nadie (no es vetada por nadie), sino en aquella conducta cuyos beneficios globales (sociales) superan a los costes, con independencia de que estos costes recaigan sobre alguien en concreto y, en esa medida, le perjudiquen.²¹

Algunos autores sostienen que la reforma estructural al sistema de justicia mexicano, que transformó la estructura y el procedimiento de la materia penal, responde a la tendencia de la construcción de un derecho uniforme entre los países que están viviendo el proceso de integración económica, por ello algunas instituciones jurídicas provenientes del Common Law fueron incorporadas en esta reforma. Desde luego este proceso no es la única manifestación de criterios de análisis económico del derecho, por ejemplo, los incentivos como recompensas, disminución de penas por delaciones.²² La búsqueda de la

²¹ Silva Sánchez Jesús María. Eficiencia y Derecho Penal. Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra.

²² En la exposición de motivos de la reforma argumenta “Por otra parte, no debe pasarse por alto que la realidad socioeconómica, política y cultural del país ha sido en los últimos tiempos objeto de profundos cambios, los que también motivan que el ordenamiento jurídico penal mexicano y todo su sistema penal se vean igualmente sometidos a modificaciones de

economía procesal con el sistema acusatorio y la oralidad conlleva un enfoque que puede explicarse a partir del análisis económico del derecho, y otras instituciones como la solución alternativa de conflictos que implican en cierta medida las posibilidades de negociación económica de los asuntos.

Se afirma que el Análisis Económico del Derecho, considera a la regulación ambiental a partir de la idea central de que cumple una función de Comando y Control. Esto explica por qué desde su nacimiento su desarrollo y estado actual del sistema jurídico ambiental en México, esta normatividad va desde señalar estándares en las normas oficiales mexicanas, uso de tecnología específica, imposición de sanciones administrativas o penales, hasta la posibilidad de hacer efectivas esas sanciones a través de organismos especiales como las Procuradurías ambientales o fiscalías especializadas.

La normatividad ambiental mexicana utiliza una serie de instrumentos económicos jurídicos, y se basa en la premisa de los sujetos destinatarios de sus normas pueden con estos instrumentos jurídicos observar un comportamiento de conservación y protección ambiental puede ser más eficiente, desde la perspectiva de los incentivos, como es en el caso de los Bonos ambientales, las autorregulación ambiental y la certificación de empresas limpias o verdes, acciones en la que se aprecia la influencia de los criterios del AED, de la misma manera, parte de conceptos propios de la economía, para establecer cuál es la regla

fondo, para que dicho sistema se convierta en un instrumento más adecuado a las exigencias actuales e incluso sirva para impulsar el cambio social y el crecimiento económico.

más eficiente en materia examina las externalidades, considerando a la contaminación de los recursos naturales, agua, aire, suelo, bosque y aplicando en este caso en algunas de sus normas o de las políticas públicas ambientales, o incluso en la observancia de sus principales principios el concepto de los costos.

Para evidenciar la relevancia de la influencia basta analizar el contenido de la exposición de motivos de la Ley de Daño Ambiental, y su propia regulación que toma todo el planteamiento de la responsabilidad extracontractual categoría que ha obtenido gran relevancia en los últimos tiempos en el campo del derecho privado y que en el caso de México con esta ley, su desarrollo de manera evidente.

En este contexto el sistema regulatorio ambiental funciona bajo criterios de eficiencia, realmente habrá alcanzado su objetivo de servir como desincentivo de actividades no deseadas de los agentes contaminadores o, también de incentivo de comportamiento deseados. El diseño jurídico permite a los actores económicos respetar la normatividad ambiental o en su caso impacta en los costos de operación de estos.

El AED estudia igualmente el uso de recursos naturales desde el punto de vista de los derechos de propiedad, plantea desde luego el tema de los intereses individuales y colectivos respecto a este tipo de recursos, y establece la regulación con relación al modelo de propiedad que se regule en el sistema jurídico. En el caso de México en cierta medida la reforma al artículo 27 constitucional en materia de ejidos y

comunidades, encuentra su influencia en la incorporación al dominio privado de una serie de propiedades sociales.

Encontramos como antecedente de la idea de contaminación como externalidad, el trabajo de Cecil Pigou a través de su esquema de impuestos y mucho tiempo después por Coase en *The Problem of Social Cost*, a manera de respuesta al esquema de Pigou. Coase propuso que el acuerdo negociado, en el supuesto de costos de transacción cero, sería la mejor respuesta al problema de la contaminación como externalidad, antes que la intervención gubernamental dentro de un esquema propio de la Escuela de Chicago y de la economía neoclásica.

Sin embargo, específicamente en el campo ambiental sabemos que los costos de transacción son muy elevados o prohibitivos, esto último en el sentido de hacer que la negociación o el acuerdo jamás se concrete, por la cantidad de involucrados. Desde ese punto de vista, se justificaría la intervención del Estado a través de la regulación. Tal es el caso entonces de la contaminación, en la cual estamos frente a muchas víctimas o afectados, lo cual hace que los costos de transacción aumenten, y todo lo derivado de ello (comportamiento oportunista, por ejemplo). La intervención así sería necesaria para lograr internalizar las externalidades.

El tema a partir de este punto se convierte en averiguar qué tipo de sistema cumple de manera más eficiente el rol de ayudar a controlar la contaminación, en el supuesto que las partes involucradas en el “conflicto” deben resultar ambas ganadoras. Es decir, tal como lo

estableció Coase, estamos frente a un problema de carácter recíproco. No se puede prohibir a una empresa que deje de producir y no se puede establecer que las víctimas simplemente soporten la contaminación sin compensación alguna. Así lo que se busca es que con el sistema regulatorio se alcance un equilibrio del nivel de contaminación que satisfaga a ambos. Todo ello implica un análisis de tipo positivo y normativo.

Igualmente útil para el estudio de la regulación ambiental es verlo con la técnica del análisis costo-beneficio. ¿Qué ganan los afectados si ceden en su posición de permitir un grado más de contaminación? En el mismo sentido, ¿Qué gana la empresa que acepta ceder en su nivel de producción? ¿Se ven compensadas las pérdidas con las ganancias que obtienen?

En general pues, la aplicación de regulación creará incentivos en los agentes que pueden encontrar alternativas tales como cumplir, evadir la regulación u optar por la autorregulación. Solo a manera de conclusión, de lo que hemos expuesto, se aprecia claramente que la interrelación entre diversas disciplinas como son la Economía y del Derecho ambiental pueden conducir a una nueva forma de entender un objeto de estudio tan complejo como es el medio ambiente. En la práctica, la aplicación de criterios, ideas y principios de una u otra son indiscutibles, por lo que el estudio del medio ambiente debe tener este enfoque integrado y no verse únicamente desde el punto de vista jurídico, o únicamente desde el punto de vista económico. Incluso, estas

dos disciplinas resultan siendo insuficientes aunque complementarias en nuestro ámbito de estudio.

Las principales críticas que recibe el análisis económico del derecho son entre otras, de que ideológicamente es una corriente neoliberal, que favorece la privatización de funciones públicas, que es una exigencia de los factores económicos hegemónicos de construir un sistema de derecho uniforme, para facilitar la funcionalidad del mercado y no beneficiar a los seres humanos desde una perspectiva de justicia y equidad. Que el análisis parte de una posición individualista y no considera los intereses colectivos que la finalidad de este enfoque es que convierten al derecho en un instrumento de eficiencia en el mercado y no en un instrumento de solución de problemas humanos a partir de la equidad y la justicia.²³ No obstante todo ello, los profesionales del derecho deben conocer los planteamientos teóricos y metodológicos para identificar su presencia, en el caso de resoluciones judiciales, actos legislativos, medidas administrativas y fiscales. Y asumir la posición filosófica que se prefiera, pero de que es necesario acercarse a este desarrollo en el ámbito académico se hace cada vez mas necesario, en virtud de que el proceso de globalización de la economía impone la lógica del mercado a la mayor parte de ciudadanos del mundo.

²³ El criterio que debería ayudar a los jueces en su trabajo es el “principio de maximización de la riqueza”, que dice que los bienes (recursos, derechos) deberían asignarse a quienes más los valoren, es decir a quienes estén dispuestos y sean capaces de pagar por ellos. Posner reconocía que la “maximización de la riqueza” es, en realidad, lo mismo que la conocida Eficiencia de Kaldor- Hicks.[9]<http://www.miseshispano.org/2014/03/22793/>

**BREVES REFLEXIONES EN TORNO AL USO
DE LAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN
SOCIAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO**

OSWALDO CHACÓN ROJAS

1.- LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN MÉXICO

El proceso de profundas y trascendentes reformas constitucionales recientes en nuestro país establece nuevos escenarios para la comunidad de los estudiosos del Derecho en México. Especialmente, nos presenta la oportunidad de romper paradigmas que permitan revalorizar la investigación jurídica y aproximarse a distintos métodos de investigación social para eficientar el conocimiento en torno a los fenómenos jurídicos. Históricamente la perspectiva tradicional de la investigación en el Derecho ha sido de marcado carácter documental, no considerando pertinente combinar las técnicas de investigación de las Ciencias Sociales, específicamente las empíricas. En este sentido, debido al enfoque tradicional del objeto del conocimiento de las Ciencias Jurídicas como el estudio estático de la norma, éstas no han incorporado las técnicas de investigación de las Ciencias Sociales, o si lo han hecho, esto ha sido parcialmente. Esta es una de las razones por las cuales el avance del Derecho como Ciencia, en los países latinoamericanos en general y en México, en particular, ha sido lento.

La enseñanza de las formas o modos de llevar a cabo una investigación del derecho, en general, y de la investigación aplicada, en particular, es prácticamente inexistente en la formación del estudiante. Los profesores solicitan trabajos de investigación a los estudiantes para acreditar una materia, pero no suelen enseñarles cómo hacerlos. Las facultades, por otra parte, al final de la carrera programan una materia llamada Seminario de tesis, que no logra el objetivo de hacer que el estudiante haga una tesis en un semestre.

Son varias las razones por las cuales la formación del licenciado en derecho ha ignorado, o no ha considerado relevante, el conocimiento y aplicación, en general, de las reglas de la investigación jurídica. Dentro de ellas destaca el hecho que se ha considerado que el ejercicio profesional del licenciado en derecho no es “investigar”, y que por tanto para aspirar a ser “investigador” se debe estudiar, en este caso, un postgrado. De aceptarse esta aseveración, ni siquiera tiene sentido que se siga exigiendo a los estudiantes de la Licenciatura la elaboración de un trabajo de investigación llamado “tesis profesional”, para obtener su grado.

Se investiga poco, y cuando se hace generalmente se desarrolla desde enfoques meramente teóricos y doctrinales, dejando poco margen a la investigación aplicada. La caracterización del académico e investigador del Derecho en México generalmente se reduce a exigirle ser un buen operador y, en el mejor caso, como docente, un descriptor de los estatutos jurídicos que le tocan impartir. La investigación jurí-

dica, que realiza este tipo de “académicos” como forma de reciclar los conocimientos, prácticamente esta reducida a un estudio meramente descriptivo de datos obtenidos en las normas, en la escasa doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales.

Este enfoque del estudio del Derecho es herencia de los años del régimen de partido hegemónico, en los que la formación de los abogados en México se basaba en una concepción formalista del derecho, en la que “todo” parece estar contemplado en la norma, y por lo tanto la única labor que compete al alumno es la de memorizar el contenido de la ley. Se trata de una práctica docente que combina modelos tradicionales y tecnocráticos en el proceso de enseñanza-aprendizaje del derecho.¹

El modelo tradicional se caracteriza por el autoritarismo en la enseñanza. El profesor centro de la comunicación, el estudiante receptor pasivo. En el modelo pedagógico de esta tendencia, los objetivos están elaborados de forma descriptiva, declarativa y están dirigidos más a la tarea del profesor que a las acciones que el alumno debe realizar. Se concibe la enseñanza como la trasmisión de verdades acabadas y que resumen las experiencias de las generaciones adultas. La formación de habilidades investigativas se centra en cuestiones de dogmática jurídica, alejada de la realidad social, donde el estudiante desarrolla habilidades de modo empírico y las actividades de carácter práctico son escasas. El operador jurídico (ya sea juez, notario o abo-

¹ WITKER, Jorge. Metodología Jurídica, UNAM-McGraw Hill, México, 2006, p. 222

gado) en su función docente “hace más ideología jurídica que ciencia del derecho”.²

El modelo tecnocrático se centra en la relación estímulo-respuesta. Sus contenidos se desvinculan del sentido histórico-social y pretende el desarrollo de actividades docentes neutras. La formación de habilidades en este modelo está condicionada por la impartición de forma unidireccional de los contenidos. El profesor proporciona conocimientos y el estudiante deberá recepcionarlos según lo programado, limitando al máximo su actividad individual. Bajo este paradigma el estudiante es constantemente “bombardeado” de conocimientos e informaciones desde el exterior. Su aprendizaje se reduce a recibir, mediante estímulos tecnológicos que logran motivarlo, conocimientos para asumirlos de forma reproductiva. No se desarrolla el pensamiento teórico y creador en los estudiantes.

Estos modelos han predominado en el ejercicio docente del Derecho a lo largo de los años. En el caso del profesor, porque se trata de métodos que le permiten cumplir con todos los objetivos y la cantidad de contenidos establecidos en el programa, y porque innovar en otros métodos activos supone nuevos desafíos que implican esfuerzo, dedicación y mayor carga de trabajo para preparar nuevas clases. más dedicación respecto de las estrategias que tendría que aplicar. Lo mismo acontece con la gran mayoría de los estudiantes mexicanos, quienes se sienten más seguros con la aplicación de estos modelos por parte de

² *Ibidem*, p. 223

sus profesores, porque en el sistema educativo de la enseñanza básica y media no se entregan estas competencias y habilidades, de ahí que la mayoría tenga escasa comprensión de textos cuando se inserta en el sistema universitario. Los bachilleres ingresan a las universidades sin contar –siquiera– con un buen nivel de lectura de comprensión.

Derivado de esta “rentabilidad”, la gran mayoría de los académicos no utilizan la investigación como mecanismo de aprendizaje del Derecho y, si la incluyen, ésta tiene un papel marginal y solo descriptivo. Coincidiendo con este diagnóstico, para Sánchez Vázquez³ el problema de la docencia jurídica en México, es que en el mayor número de las instituciones de educación superior que ofertan los estudios de Derecho, tanto de la licenciatura como del postgrado, prevalece la concepción decimonónica del derecho vía la exégesis que no permite espacios para la pluralidad metodológica y la complejidad epistemológica del Derecho y, en nuestro país, las instituciones que ofertan los estudios de Derecho tanto de nivel licenciatura como de postgrado, con dificultad forman abogados postulantes, y por excepción, forman a los estudiosos de la cultura y ciencia jurídica.

En general, en muy pocas carreras de derecho de las universidades mexicanas se enseña metodología; en la mayoría se la ignora, no se enseña a investigar por considerar la investigación innecesaria para formar un buen abogado. Investigar la génesis del derecho, los problemas de su aplicación, el nivel de eficacia y el desinterés de sus

³ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael. Metodología de la Ciencia del Derecho, Editorial Porrúa, México, Edic. 9, 2014, p...

operadores por los efectos sociales que producen sus decisiones, son temas poco investigados mediante métodos y técnicas de investigación social.

2.- LOS NUEVOS ESCENARIOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

De lo dicho hasta ahora podemos observar que las perspectivas metodológicas, así como la enseñanza del derecho en México, han estado vinculadas a una concepción, no sólo educativa o jurídica, sino que en realidad han obedecido a una lógica de poder y de construcción social, que ha estado más relacionada con mantener un determinado *statu quo*, que en promover la consolidación de un Estado más democrático, participativo, transparente y que rinda cuentas a la sociedad.

Sin embargo, diversos acontecimientos han propiciado que en los últimos años, poco a poco se vaya abriendo paso una perspectiva distinta, basada en el constructivismo que privilegian los recursos con que cuenta el participante —que ya no alumno— en este proceso. En efecto, con el inicio de la transición democrática, las facultades de Derecho de algunas universidades iniciaron un proceso de revisión de las mallas curriculares y han venido incorporando paulatinamente metodologías basadas en casos, problemas, en privilegiar el aprendizaje colaborativo, que en el aspecto memorístico.

Estas modificaciones han obedecido a la necesidad de adecuar-

se a importantes cambios en nuestro sistema jurídico que se han venido acelerando en por lo menos los últimos veinte años, como por ejemplo las importantes reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo, que han obligado a la academia del Derecho en nuestro país a poner un mayor énfasis en los diversos métodos y técnicas de investigación jurídica.

Otra reforma que esta obligando a romper paradigmas es la relacionada a la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal en el que destacan de manera preponderante los juicios orales, la cual esta forzando cambios en la forma en que los profesores transmiten el conocimiento y los alumnos lo aprehenden. Este binomio enfrenta un nuevo paradigma, necesariamente se tendrá que recurrir al estudio de métodos de casos y las clínicas legales para que los futuros juristas se incorporen al mundo del trabajo debidamente capacitados, pero también al uso de nuevas técnicas de investigación jurídica. .

A ello hay que sumar que a partir de inicios del 2000, se enfatiza, en algunas Facultades de Derecho, diseñar la carrera utilizando el modelo por competencias, proponiendo transformaciones en el aspecto valórico, en las habilidades profesionales y en el ámbito del conocimiento jurídico y social; todo esto implicó cambios metodológicos de fondo y de forma. Estas definiciones de competencias identifican dos rasgos característicos: una lógica que inspira el ejercicio y la enseñanza del Derecho, y, por otra parte, la temprana profesionalización de los estudios. La lógica de la enseñanza del Derecho considera cuatro

pasos: identificación del hecho jurídico, determinación de los principios y normas aplicables, diseño de una estrategia de enfrentamiento, y ejercicio de las acciones jurídicas respectivas. La temprana profesionalización de los estudios se inicia cuando, desde el primer año de la carrera, se incorporan asignaturas netamente profesionales, junto con otras, en menor medida, de formación básica.

Esta coyuntura ha favorecido la revalorización de la Metodología de la Investigación Jurídica. Su énfasis se ha visto reflejado preferentemente a nivel de posgrado, en donde se busca formar a un abogado con una visión integral y una actitud científica, de tal forma que enfrente la realidad con una posición que vaya más allá de lo que la dogmática jurídica le plantea; por lo tanto, que cumpla con un rol activo y creador en los procesos de búsqueda, adquisición y aplicación de los conocimientos jurídicos, que se materializarán en la presentación de la tesis. En este proceso, maestro y alumno están aprendiendo a reconocer que el objeto de estudio del Derecho no son solamente las fuentes formales del Derecho (Constitución, ley, decretos, reglamentos, ordenanzas, instrucciones, resoluciones, jurisprudencia, costumbre, actos jurídicos, actos corporativos y principios generales del derecho), sino también las realidades sociales que definen la eficacia de las normas jurídicas.

El énfasis en la investigación y en sus diversos métodos esta permeando en diversas maestrías y doctorados en Derecho en el país, y no solamente de la capital sino de provincia, como es el caso de la

Maestría y Doctorado por investigación ofertado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas. Desde estas plataformas, maestros y alumnos estudian el mundo objetivo y real donde operan las normas. Se parte del supuesto que el conocimiento jurídico es el resultado de la investigación que se ha realizado en el derecho en el tiempo y en el espacio, y que puede ser estudiado por diversas disciplinas. Asimismo, que los métodos para acercarse a ese conocimiento no pueden ser los tradicionales como la dogmática o la hermenéutica, sino que el estudio del Derecho se beneficia de a utilización de instrumentos de investigación de las ciencias sociales en general.

Aunque si bien la incorporación y fortalecimiento de la promoción y uso de técnicas de investigación jurídica a nivel posgrado ha representado un cambio de paradigmas importante, hay que reconocer que la enseñanza de las técnicas de investigación no debe ser el monopolio de la formación jurídica en los postgrados, ni el ejercicio profesional de la investigación debe ser el monopolio de los centros o institutos universitarios. La investigación como proceso para alcanzar el conocimiento jurídico, debe ser parte de la formación general del estudiante de Licenciatura.

3.- LA EMERGENCIA DEL ENFOQUE INTERDISCIPLINARIO

La coyuntura que ha propiciado la revalorización de la investigación

jurídica ha venido aparejada de la aproximación de los estudios del Derecho a otras disciplinas. Se trata de un hecho necesario, toda vez que a decir del profesor Jorge Witker en su diagnóstico del estado actual de la investigación jurídica en América Latina, “la investigación jurídica se encuentra en una crisis generalizada por el aislamiento de los estudios jurídicos respecto al resto de las ciencias sociales que impiden enfoques globales a los problemas jurídicos.”⁴

En la nueva dinámica de la Academia del Derecho, el pensamiento y conocimiento jurídico esta dejando de verse desde una perspectiva disciplinaria. Lo que ahora se busca o debe buscarse, es la conjugación de las diferentes disciplinas que permitan a través de la multidisciplinariedad, pluridisciplinariedad, interdisciplinariedad, y la transdisciplinariedad, adentrarse a la complejidad del conocimiento a la que estamos convocados los estudiosos del Derecho, si es que pretendemos recobrar la identidad de intelectuales preocupados en la construcción del conocimiento y su vinculación con la dinámica social y del avance científico y tecnológico.

La función interdisciplinaria de la ciencia es un aspecto que se da en la práctica cotidiana cuando se forman equipos de investigación con profesionales de diferentes áreas del conocimiento, dentro de las cuales están los abogados, lo que permite obtener un conocimiento más integral de la realidad que pretendemos estudiar. La

⁴ WITKER, Jorge. Hacia una investigación jurídica integrativa. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, mayo- agosto, año/vol. XLI, número 122, 2008. UNAM, México D. F., pp. 944 y 945.

función transdisciplinaria consiste en entregar un aporte relevante y pertinente que cruce a las distintas disciplinas del derecho. La función disciplinaria está dada por el valor y utilidad que tiene la disciplina en la formación del futuro abogado. Estas metodologías inter, multi y transdisciplinarias, constituyen puertas que conducen al trabajo en equipo con resultados integrales, a través de relaciones inter e intra-institucionales, beneficiándose de ello los alumnos, los docentes y la institución.

Este enfoque se ha facilitado en la medida en que desde hace unos años las prácticas jurídicas han comenzado a interesar a otras disciplinas sociales como la sociología o la antropología jurídica para constituir las en objeto de sus investigaciones, utilizando la metodología social para llevar a cabo las mismas. En ese trayecto los científicos sociales han entrado en diálogo con los operadores jurídicos con el objeto de interpretar el sentido que los mismos les otorgan a sus prácticas.

Witker considera que en este contexto epistemológico de inscribir al Derecho en el amplio horizonte de las Ciencias Sociales, debemos mencionar a los realistas, materialistas y sociólogos del Derecho, que desde distintas ópticas ideológicas-valorativas, estudian el orden normativo en medio de los factores económicos, sociales, antropológicos, psicológicos, políticos y culturales donde rige y se aplican las normas jurídicas.⁵

⁵ WITKER, Jorge. La investigación Jurídica. Bases para las tesis de grado en Derecho, UNAM, 2013, p. 131 y 132.

4.- LAS VENTAJAS DEL USO DE LAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN SOCIAL

El rompimiento de paradigmas que ha posibilitado la aproximación de los estudios del Derecho a otras disciplinas también ha facilitado el acercamiento de los estudiosos e investigadores jurídicos a diversos métodos y estrategias para acceder a la información y al conocimiento de los distintos fenómenos sociales. En este sentido, de acuerdo a González Galván⁶, hay tres tipos de fuentes de información sobre las que se acuden tradicionalmente para realizar cualquier tipo de investigación: las fuentes de información ya elaboradas por otras personas, es decir, sobre lo ya hecho (técnicas de investigación documentales: libros, artículos, pinturas, esculturas, películas, fotografías, leyes, tesis jurisprudenciales, expedientes judiciales...); las fuentes de información que se presentan ante nosotros, es decir, sobre los hechos (técnicas de investigación de cuerpo presente o de campo: estas fuentes se refieren a los hechos que transcurren en la realidad social, que suelen ser el objeto de estudio de las llamadas ciencias humanas, o en la naturaleza o reproducidos en el laboratorio que son las fuentes de información propias a las llamadas ciencias naturales). El tercer tipo de fuente de información sería sobre la vida de las personas (técnicas de investigación biográfica o de historias de vida). La investigación jurídica, en cualquiera de sus disciplinas, no debe excluir la posibilidad de acudir a las tres fuentes de información mencionadas.

⁶ GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge. Enseñanza de la metodología de la investigación aplicada al derecho: ¿ciencia jurídica o ciencia ficción? Un ensayo de autocrítica- <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/123.5/cnt/cnt20.htm>

En la misma sintonía, Sánchez Vázquez considera que el proceso de investigación científica en el ámbito jurídico, se auxilia generalmente de dos técnicas de investigación por un lado, la documental y, por otro las de campo. Dichas técnicas juegan un papel importante para orientar el tipo de investigación que se pretende realizar. Es decir, la investigación jurídica dogmática, se distingue por utilizar con mayor incidencia la técnica de investigación documental. En cambio, las investigaciones jurídicas empíricas, utilizan con mayor frecuencia la técnica de investigación de campo.⁷

El enfoque jurídico dogmático es aquel que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento factico o real que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión.⁸ Desde esta óptica el objeto del Derecho esta constituido por las fuentes formales que lo integran. Todo el Derecho debe necesariamente emanar de la ley, la costumbre, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia, excluyendo el contexto social donde el Derecho se genera.

De acuerdo a Garza Mercado, la técnica de investigación documental se caracteriza por el acopio de la información mediante la selección, lectura, anotación y critica de los materiales que describimos al referirnos a las colecciones de las bibliotecas, libros, folletos, series de publicaciones, documentos en sentido estricto, microformas y

⁷ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael. 2014, Óp. Cit., p. 83.

⁸ WITKER, Jorge. 2013, Óp. Cit., P. 119.

materiales similares.⁹ Las principales técnicas de Investigación Documental son: la técnica de investigación bibliográfica, las técnicas de investigación hemerográfica y las técnicas de investigación de archivo.

Las fuentes de información documentales se han considerado en el ámbito del derecho como la madre de las fuentes de información. Por ello, hablar de investigación en el ámbito del derecho es hablar solamente de investigación sobre lo ya publicado. Lo cual ya es limitado, al ignorarse el acceso a las fuentes por hacerse (de campo y de encuesta). Se ignora el acceso a las fuentes producidas en otras disciplinas del mismo campo del derecho, de las mismas ciencias humanas y también de las ciencias naturales. La corriente que ha prevalecido hasta la fecha, ha sido la de considerar que el estudio del derecho en la realidad se debe llevar a cabo sobre los documentos legislativos, por ser la ley, justificación legitimadora, un producto de la razón y de la voluntad general. Esta gimnasia mental nos ha llevado a bailar todo este tiempo, alejándonos de nosotros mismos, de las ciencias sociales y de las ciencias naturales, aislándonos de nuestra realidad diaria a la que se debe el derecho mismo.

Por otra parte, las técnicas de investigación directa o de campo son complementarias de la técnica de investigación documental y son llamadas también por algunos autores, técnicas de investigación social por sus aplicación en las ciencias sociales. Desde la perspectiva de Guillermo Briones, “la investigación social considera la realidad desde los

⁹ GARZA MERCADO, Ario. Manual de técnicas de investigación para estudiantes de ciencias sociales, México, Colegio de México, 1981. p. 98.

puntos de vista de dos continuos en los cuales ubica sus problemas de estudio. El primero de ellos es el continuo microscópico-macroscópico dentro del cual se definen poblaciones de distinto tamaño que pueden ser objeto de estudio. El segundo es el continuo objetivo-subjetivo compuesto de conductas, acciones, representaciones y actitudes de las personas que interesan en una investigación. En el cruzamiento de ambos continuos se definen problemas de investigación.”¹⁰ Desde este enfoque, el Derecho es una variable dependiente de la sociedad y sus expresiones normativas son los “datos” recogidos por el legislador, pero que en todo momento reflejan relaciones sociales entre individuos y grupos sociales. En palabras de Witker, “las normas jurídicas no son entes muertos que se separan de la vida social para ser analizados y descritos autónomamente, como lo afirman los dogmáticos formalistas.”¹¹

Mediante esta técnica es posible la captura de datos directamente de la fuente donde se generan, lo cual propicia una información directa respecto del objeto de la investigación evitándose la triangulación que frecuentemente se da en los demás procedimientos. Consecuentemente, un tipo de investigación empírica requiere de una estrategia metodológica y de técnicas diferentes a las que se utilizan en las investigaciones jurídicas dogmáticas o formales. Las principales técnicas de investigación directa o de campo son:

¹⁰ BRIONES, G. Metodología de la Investigación en las Ciencias Sociales y en el Derecho. Ponencia expuesta en Seminario Internacional de la Universidad Libre, Bogotá, octubre, p. 3, 2002.

¹¹ WITKER, Jorge, 2013, *Óp. Cit.*, p. 131.

- a. Las técnicas de observación científica. Es la técnica que tiene por objeto detectar el funcionamiento real de una institución jurídica para evaluar la distancia que hay entre el deber ser prescrito y el ser real. La observación puede ser participante o no participante. La observación con participación es aquella en la que el investigador se inserta en el grupo social que estudia y toma parte en la vida del grupo. La observación sin participación es aquella mediante la cual el investigador observa desde fuera del fenómeno que estudia. Aquí el investigador asiste como publico a un hecho con consecuencias jurídicas. De acuerdo a Witker, se trata de una técnica altamente subjetiva, pero que, registrada en una buena ficha de trabajo de campo, nos puede suministrar información jurídica fáctica que ayude a conformar un criterio de eficacia de una institución o norma jurídica.¹²
- b. La técnica de encuesta se caracteriza por la recopilación de testimonios orales o escritos, provocados y dirigidos con el propósito de averiguar hechos, opiniones y actitudes. La encuesta pertenece a la categoría de la observación controlada. La planeación de la encuesta debe de incluir el trabajo documental siempre que exista la literatura disponible sobre el asunto. Los hechos, las opiniones y las actitudes son datos de gran valor para la investigación jurídica, porque sus evidentes implicacio-

¹² *Ibidem*, pp. 138-139.

nes en las relaciones humanas. De acuerdo a Garza Mercado, la encuesta suele ser mas costosa que la investigación documental, pero, normalmente puede ofrecer información mas reciente sobre procesos actuales y, con frecuencia, constituye el único procedimiento viable para obtener información que hace falta.¹³ La encuesta depende para su buen éxito de la cooperación de una población que puede incluir a un buen numero de personas cansadas de recibir cuestionarios inútiles, de participar en ejercicios desorganizados de observación, o de lidiar con vendedores que disfrazan la promoción de artículos de encuestas serias. Pero de acuerdo a Witker, las dificultades que presenta la encuesta no justifican su eliminación cuando constituye la única, o la mejor opción, para obtener la información que hace falta. Mas bien, las dificultades deben servir de acicate para la planeación y ejecución cuidadosa del estudio.¹⁴

- c. La técnica de muestreo es una técnica de investigación directa que se sustenta en la posibilidad de capturar información de aspecto parcial de un a totalidad o universo ante la imposibilidad de abarcar todo el universo. Cuando el universo sujeto a investigación está extenso que nos resulta imposible considerado en la indagación, la alternativa es la muestra de ese universo a efecto de poder establecer constantes de probabilidades. La

¹³ GARZA MERCADO, Ario. 1981, *Óp. Cit.*, p. 121

¹⁴ WITKER, Jorge. 2013, *Óp. Cit.*, P.140.

muestra es representativa cuando las características de la misma coinciden con las de la población. La muestra es adecuada cuando es posible calcular un margen de error aceptable en la generalización que se haga. La determinación de la representatividad y la adecuación de la muestra requieren de conocimientos generales de estadística y, mas concretamente, de la teoría del muestreo. Las muestras pueden ser aleatorias, probabilísticas o al azar cuando se constituyen mediante un procedimiento que asegure que cada unidad del universo tenga la misma probabilidad de ser seleccionada.

- d. La entrevista es otra de las técnicas de investigación directa o de campo que se sustenta en la conversación entre entrevistador y entrevistado. Es un contacto interpersonal que tiene por objeto el acopio de testimonios orales. Para la aplicación de la técnica de entrevista se requiere como condiciones previas favorables: su programación, la previsión de las variables, su ejecución y consideración de los posibles entrevistados, así como de los instrumentos requeridos para la captura de datos. La programación de la entrevista constituye el punto de partida para la investigación, dentro de este procede la definición del objetivo así como la elaboración de cuestionarios para el efecto de lograr los mejores resultados. De acuerdo con el numero de personas entrevistadas, ésta puede ser considerada como individual o colectiva. Las conversaciones pueden dividirse en

personales o de grupo. Las primeras son más útiles para el acopio de información confidencial que el informante no proporcionaría en público. La segunda puede ser más útil cuando el informante se sienta obligado a decir la verdad frente a testigos. De acuerdo con la estructuración de la entrevista, ésta podría clasificarse como libre o dirigida. En el primer caso el entrevistador conduce la conferencia en una forma más espontánea para el entrevistado. En la segunda, el cuestionario propone un número fijo de preguntas. La primera permite profundizar más en la mente del entrevistado. La segunda facilita la comparación de las respuestas.¹⁵

- e. Las técnicas estadísticas tienen por objeto la evaluación de hechos, opiniones, experiencias, vivencias y de más fenómenos a partir de representaciones numéricas. La estadística, como técnica general se complementa con otras técnicas como la encuesta, el muestro, la entrevista, etc.

Estos instrumentos de investigación aplicada o práctica deben ser evaluados críticamente por el investigador y asegurar a cada una de ellas una ponderación lo más objetiva posible, pues de acuerdo a Witker, al igual que en la técnica documental, la objetividad y la honestidad científica no parecen condiciones fundamentales.¹⁶ De cualquier manera, es indudable que éstas técnicas nos ayudan a explicar

¹⁵ *Ibidem*, p. 148.

¹⁶ *Ibidem*, p. 153.

el objeto de estudio tal como se manifiesta en la realidad. Los estudios del Derecho requieren de la investigación documental y empírica con el objetivo de obtener datos o información para analizarlos y tomar decisiones adecuadas, resolver problemas, profundizar aspectos de la realidad socio-jurídica, conceptos e ideas, crear nuevos enfoques metodológicos, vincular la teoría con la práctica o el deber ser con el ser o realidad social, evaluar la eficacia de la norma jurídica, diagnosticar y conocer el derecho y sus transformaciones, comprobar o verificar hipótesis, ayudar a encontrar datos para resolver problemas jurídicos (conflictos, negociaciones, demandas, etc.), mejorar, reformar o crear nuevas leyes que atiendan a satisfacer necesidades de la comunidad, realizar proyectos de investigación que permitan entregar datos para tomar decisiones de modernización y transformación del sistema judicial y su normativa, en fin, es largo el inventario de metas que se pueden alcanzar mediante la promoción del uso de las técnicas de investigación social en los estudios de Derecho. En el mismo sentido, Renato Treves destaca la diversidad de temas que pueden ser investigados como las modalidades y duración del proceso, sobre las decisiones de los jurados y de los tribunales, sobre el aprendizaje profesional de los abogados, sobre sus relaciones con los clientes, sobre la opinión de la gente sobre el derecho, sobre las estructuras y las instituciones, la administración de justicia, sobre los valores de la legalidad y la justicia.¹⁷

¹⁷ TREVES, Renato. *La Sociología del Derecho: orígenes, investigaciones, problemas*, trad. de María José Añon Roig, Manuel Atienza y J.A. Pérez Lledó, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 151, 154, 171-172.

En definitiva, al observar los beneficios de aproximarse y utilizar las herramientas de las técnicas de investigación social y aplicada, desde los distintos centros e institutos de estudios de Derecho estamos obligados a promover la transformación de nuestra cultura jurídica para facilitar una mayor pluralidad en el proceso de la investigación jurídica. En el derecho no puede haber un método único que resuelva la investigación; al contrario, es conveniente fomentar el pluralismo propio de las metodologías cualitativas y cuantitativas, porque ambos enfoques están basados en teorías que intentan persuadir y legitimar los diferentes discursos jurídicos. Por lo tanto, el enfoque pluralista o multimetódico asume el uso de una variedad de metodologías que enriquecen la construcción de la realidad y su explicación jurídica o sociojurídica. Por lo tanto, si bien se ha preferido históricamente la utilización de metodologías de la investigación documental, actualmente esta tendencia debe cambiar con la combinación de métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos documentales y empíricos. Lo importante es que sean empleados en forma creativa y no rígida, que posibiliten el entendimiento de las reformas estructurales que se han aprobado en los últimos años.

Como señala González Galván, “el ejercicio de la profesión jurídica no debe quedar reducido a esperar sentado en un sillón, detrás de un coqueto escritorio y entre paredes cubiertas de códigos y libros encuadernados en cuero, la llegada de clientes con problemas que pueden ser resueltos leyendo y aplicando algunos de esos textos. La

profesión jurídica es hoy, recibir en situaciones diversas y en distintos ambientes sociales los problemas y demandas de las personas y de los colectivos, que exigen respuesta y soluciones que frecuentemente ya no están en los vetustos y aquilatados saberes jurídicos. Sino más bien exigen un cúmulo de nuevos conocimientos sociales y formas específicas de abordarlos, por ejemplo, entre otros, los problemas ambientales, los derechos sociales, los derechos humanos, los derivados de la aplicación e interpretación de las normas constitucionales, los procesos de judicialización de las decisiones políticas de los gobiernos y las nuevas configuraciones familiares”.¹⁸

5.- REFLEXIONES FINALES

Como se ha comentado en México la gran mayoría de la investigación jurídica que se ha desarrollado ha sido documental, utilizando la dogmática jurídica con un énfasis fundamental, por esto el avance no ha sido significativo en el enriquecimiento del Derecho; por otra parte, la investigación empírica es escasa y se ha centrado en estudios sobre la eficacia de la norma o percepción acerca de ésta. Pero gracias al surgimiento y desarrollo del pluralismo metodológico se está abriendo una cosmovisión más amplia y compleja acerca del Derecho como objeto de estudio.

Las complejas situaciones a escala global que afectan a los estudios del derecho y en particular a la investigación jurídica están deter-

¹⁸ GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge. *Óp. Cit.*

minando un cuestionamiento sin precedentes sobre la factibilidad de los modelos epistémicos tradicionales. Pero a pesar de lo anterior, los debates sobre los paradigmas investigativos en la ciencia del derecho no están encaminados a una ruptura total entre los tradicionales y las nuevas propuestas. Los nuevos modelos parten del reconocimiento de los aspectos epistemológicos que sustentan los paradigmas tradicionales y buscan conjugarlos con nuevas teorías y tendencias doctrinales con el objetivo de atemperarlos a los nuevos retos del derecho en la contemporaneidad. De tal forma, la idea de un paradigma holístico para la investigación jurídica cobra fuerza entre los estudiosos del fenómeno jurídico.¹⁹ Por lo tanto, nuestra conclusión es que la conjunción de ambos tipos de investigación son necesarias para el avance del Derecho. El objetivo debe ser complementar el estudio de la investigación dogmática y documental, con las posibilidades emergentes de la investigación empírica o de campo con el objetivo de conocer la eficacia de la norma jurídica, es decir, estudiar la realidad jurídica en las fuentes directas. Después de todo, el nuevo perfil del estudioso del Derecho, en el contexto de la construcción de un verdadero Estado constitucional de derecho en el México del siglo XXI, debe estar centrado en el conocimiento y aplicación de los métodos y técnicas de investigación fundamentales y aplicadas para detectar problemas, estudiarlos y proponer soluciones técnicamente competentes, éticamente responsables y socialmente útiles.

¹⁹ WITKER, Jorge. 2008, *Óp. Cit.*, 958

RELEXIONES SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA

**EL MÉTODO INTERPRETATIVO DEL TRIBUNAL
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UN
ENFOQUE PIONERO PARA LA ELABORACIÓN
DE UNA JURISPRUDENCIA CREATIVA**

M. ELISA GARCÍA LÓPEZ

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo tiene por objeto realizar un breve recorrido por el método interpretativo utilizado por el primer Tribunal Internacional que, en materia de derechos humanos, surgió a nivel mundial, si bien con una jurisdicción supranacional de carácter regional. Se trata del Tribunal Europeo de derechos humanos (en adelante TEDH), órgano judicial vinculado a la organización del Consejo de Europa, que constituye un Tribunal supranacional pionero en muchos aspectos. El método interpretativo empleado por el TEDH, que combina los principios interpretativos clásicos, junto con otros novedosos importados de los Tribunales nacionales de distintos países europeos o de creación propia, marcan una impronta a su jurisprudencia de carácter profundamente creativo, innovador y progresista. Su estudio se incluye en esta obra porque constituye un ejemplo concreto bien elocuente de una particular metodología de la investigación jurídica, en materia de aplicación judicial supranacional de los derechos humanos.

Si bien en el ámbito de América Latina resulta un órgano poco

estudiado, conviene no olvidar la profunda huella que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene con respecto a la jurisprudencia del TEDH, cuya doctrina reiteradamente se menciona en sus sentencias. La influencia que el TEDH ha ejercido y sigue ejerciendo sobre la Corte Interamericana, justifican la conveniencia de explorar los métodos interpretativos empleados por el primero, con la finalidad última de comprender los mecanismos que han permitido al TEDH la actualización constante del Tratado internacional que aplica e interpreta, aprobado en el año 1950; son dichos mecanismos los que han permitido la adaptación a contextos históricos-geográficos muy diferentes al existente en el momento de su creación, así como la emergencia de dichos implícitos al contenido del Convenio. La reminiscencia de la jurisprudencia del TEDH y de sus métodos interpretativos sigue estando bien presente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES: CREACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL SENO DEL CONSEJO DE EUROPA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, constituye un órgano judicial supranacional, de carácter regional, que interpreta y aplica el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales – conocido,

de forma más simplificada, como “Convenio Europeo de los Derechos Humanos”. El Convenio Europeo es un tratado internacional que ha dado pie a la organización regional pionera y de mayor efectividad para la protección de los derechos humanos, el Consejo de Europa. En este apartado inicial, se examinará brevemente la creación y evolución histórica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tan sólo dos años después de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el carácter programático o moral de esta Declaración llevó a plantearse la necesidad de crear mecanismos internacionales dotados de garantías más efectivas de derechos. De esta pretensión nacerá el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, más conocido como Convenio de Roma, por la ciudad donde fue firmado el 4 de noviembre de 1950, y que entrará en vigor el 3 de septiembre de 1953.

El título I del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), establece un electo de derechos inspirado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y sin bien durante los trabajos preparativos del Convenio Europeo se planteó la remisión a los derechos tal y como estaban reconocidos en la Declaración Universal de la ONU, finalmente se optó por redactarlos de forma autónoma por ser ello más conforme con la naturaleza de un tratado internacional y, como tal, generador de efectos jurídicos vinculantes¹.

El sistema regional de protección de derechos humanos instau-

¹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos, 2004, 1ª. edic., reimp. p. 19

rado por el Consejo de Europa presentó desde el principio características singulares que otorgan al mismo una naturaleza especial o *sui generis* dentro del sistema internacional de protección de derechos. Entre dichas características destacan las siguientes:

1. El establecimiento por primera vez de un mecanismo de protección jurisdiccional supranacional que no operaba exclusivamente en el ámbito interestatal, sino que admitía las reclamaciones de particulares contra las violaciones de los derechos consagrados en el Convenio². El Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante TEDH– se situaba a la cabeza del sistema, encargándose de la interpretación y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este órgano tendría competencia para entender de los casos de violación de los derechos garantizados en el CEDH y, a tal fin la potestad, de adoptar decisiones vinculantes para los Estados parte respecto al cumplimiento de las obligaciones asumidas por éstos en el Convenio.
2. Por lo que respecta al entramado institucional originario con competencias jurisdiccionales, el mecanismo de garantía se

² El antiguo artículo 25 del CEDH, modificado por el Protocolo No. 11, tras cuya entrada en vigor a pasado a constituir el actual artículo 34, disponía que “la Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario general del Consejo de Europa por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el presente Convenio, en el caso de que la Alta Parte Contratante acusada haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia. Las Altas Partes Contratantes que hayan suscrito tal declaración se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

completaba con la Comisión Europea de Derechos Humanos, órgano competente para realizar el examen de admisibilidad de las demandas incoadas. Sin embargo, la reforma estructural llevada a cabo por el Protocolo Adicional No. 11 al Convenio de Roma, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de noviembre de 1998, suprimió la Comisión Europea, reforzando con ello las competencias del Tribunal Europeo, convertido a partir del citado Protocolo en órgano de carácter permanente y de jurisdicción obligatoria³. Tras su entrada en vigor, los recursos formulados por particulares acceden directamente al TEDH, “culminando el proceso de acercamiento del individuo al TEDH⁴”.

3. La legitimación activa ante el TEDH corresponde tanto a los Estado parte del Consejo de Europa (art. 33 CEDH), como a los particulares que se hallen sometidos a la jurisdicción de éstos (art. 34 CEDH), y en las mismas condiciones que los Estados⁵ (artículo 1 CEDH). Esta amplia legitimación no se circunscribe únicamente a los nacionales de los Estados parte, sino a toda persona, cualquiera que fuese su nacionalidad o incluso si carecía de ella, con el único requisito de que la misma se encuentre bajo la jurisdicción del Estado parte demandado⁶. Esta caracte-

³ CARRILLO SALCEDO, J. A. Op. cit., p. 46.

⁴ ARRIAGA IRABURU, I. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*. Pamplona, Eunsa, 1ª. edic, junio 2003, p. 14.

⁵ *Ídem*, p. 46.

⁶ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid, CEPC, 2008, p. 89, por ello la mencionada autora destaca

rística otorga al CEDH una dimensión universal⁷ con profundas implicaciones en el alcance de las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes del CEDH⁸.

4. El sistema del CEDH no está basando en el principio de reciprocidad, característica que lo diferencia de los tratados internacionales clásicos. El propio Tribunal ha señalado que *“la Convención comprende mucho más que meros acuerdos recíprocos entre los Estados contratantes. Además de una red de compromisos mutuos y bilaterales, crea obligaciones objetivas que, en palabras del Preámbulo, disfrutan de una garantía colectiva (...) la Convención permite a los Estados partes requerir la observancia de dichas obligaciones sin tener que justificar un interés preciso y directo, por ejemplo, del hecho de que una medida de la que se quejan ha perjudicado a alguno de sus propios nacionales”*⁹. Los beneficiarios de las obligaciones asumidas por los Estados partes son las perso-

como uno de los elementos configuradores del sistema de protección establecido por CEDH, lo innecesario del vínculo de nacionalidad entre el Estado demandado y el particular afectado por la vulneración del derecho convencional.

⁷ ARRIAGA IRABURU, I. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros...*, op. cit., p. 21.

⁸ En este sentido, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso *Pfunders/Fundres*, de 11 de enero de 1961 afirmaba que cuando un Estado decide obligarse por esta Convención, “reconoce, pues, los derechos y las libertades definidos en el Título I a toda persona dependiente de su jurisdicción, cualquiera que sea su nacionalidad o su estado; que, en resumen, reconoce esos derechos y libertades no solamente a sus propios nacionales y a los Estados partes sino incluso a los nacionales de los Estados no partes en la Convención y a los apátridas” (Causa 788/60), Australia, Italia, *Recueil des Décisions de la Comisión Européenne des Droits de l’Homme*, Estrasburgo 1962, pp. 41-42). Citado por CHUECA SANCHO, Ángel G. *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*. Egido Editorial, Zaragoza, 1998. p. 28.

⁹ Caso interestatal Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña, sentencia 18 de enero de 1978. Párrafo 239.

nas físicas y jurídicas dependientes de su jurisdicción¹⁰, no los propios Estados miembros.

5. El Convenio opera, como establece su Preámbulo, entre “Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho”. Ello sugiere que, pese a las diferencias existentes entre los Estados miembros, existe una comunidad de valores compartidos que han propiciado el surgimiento, –gracias a la obra interpretativa del TEDH–, de un *orden público europeo de los derechos humanos*¹¹. De hecho, en la jurisprudencia del TEDH late una clara vocación armonizadora del sistema europeo de garantías de derechos fundamentales¹².
6. El sistema previsto por el CEDH reviste carácter subsidiario, lo que supone que el Derecho interno de los Estado parte sigue constituyendo la vía primera y principal de protección de derechos y libertades fundamentales. El mecanismo del Convenio de Roma “*tiene por función añadirse y superponerse a éste, completarlos si es preciso, remediar llegado el caso a las lagunas, carencias o flaquezas*”¹³.

¹⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 46

¹¹ *Ídem*, p. 22

¹² La función armonizadora del nivel de garantías de los derechos es considerada por QUERALT JIMÉNEZ como una de las vías en las que, junto al desarrollo del CEDH, se despliega la doble función jurisprudencial realizada por el TEDH. La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional, op. cit., pp. 86 y 97.

¹³ EISSEN, Marc-André. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Civitas, 1ª ed., 1985 p. 82

7. El entramado institucional de carácter jurisdiccional previsto por la interpretación y aplicación del CEDH, convertía al TEDH en un órgano que, al tiempo que tutelaba los derechos previstos en el Convenio resolviendo conflictos en casos particulares que enfrentaban a los Estados partes entre sí o bien a particulares en un Estado parte, ejercía una función de desarrollo de los preceptos convencionales mediante su interpretación judicial¹⁴, reconocida expresamente por el propio Tribunal de Estrasburgo. La jurisprudencia emanada del TEDH en la interpretación de los preceptos convencionales constituye, junto con el propio CEDH, fuente del derecho convencional de consulta inexcusable para conocer tanto el alcance de los preceptos y derechos consagrados en dicho Convenio¹⁵, como de las obligaciones convencionales que vinculan a los Estados miembros.

El Convenio de Roma como mecanismo de protección de derechos humanos, fue concebido desde su origen como un sistema dinámico y progresivo –como afirma el propio Preámbulo del CEDH. De este modo, sucesivos Protocolos adicionales, en número de catorce hasta la actualidad, han ido ampliando y perfeccionando el catálogo de derechos o bien modificando aspectos organizativos y estructurales

¹⁴ QUERALT JIMÉNEZ, sobre la base de la propia jurisprudencia del TEDH, subraya la doble función desempeñada por este tribunal: una función reactiva o de tutela de los derechos convencionales junto con una función de desarrollo del CEDH, que frecuentemente se realiza de forma combinada. La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional, op. cit., pp. 86-88.

¹⁵ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, op. cit., p. 24.

del sistema. Como sugieren ciertos autores, el paso del tiempo y la labor realizada por el TEDH han sedimentado la naturaleza cuasi-constitucional del sistema de garantías rebasando así la naturaleza convencional original, hasta el punto de que el TEDH tiende en la actualidad a aproximarse a un Tribunal Constitucional Europeo.

La consolidación de los rasgos apuntados, ha convertido al complejo mecanismo institucional creado en el marco del Consejo de Europa en el sistema internacional de protección de los derechos humanos más evolucionado y eficaz¹⁶ de los existentes hasta el momento.

2. LA INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UN EJEMPLO CONCRETO DE UNA PARTICULAR METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN MATERIA JUDICIAL SUPRANACIONAL

El Convenio de Roma es un Tratado internacional suscrito en la actualidad por todos los Estados partes del Consejo de Europa, que suman cuarenta y siete países. Ese extenso ámbito de aplicación territorial, con la variabilidad social, económica, histórica y política subyacente, constituye un elemento que condiciona su interpretación¹⁷.

Para dicha interpretación son de aplicación las reglas generales que, en esta materia, rigen para los Tratados internacionales, estable-

¹⁶ SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. *La reforma del mecanismo de protección del CEDH*, op. cit., pp. 97-98.

¹⁷ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, op. cit., p. 24

cidas principalmente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸. Entre dichos criterios, destaca por su importancia la regla interpretativa general contenida en el primer apartado del artículo 31 de la Convención de Viena, en virtud de la cual “un tratado deberá interponerse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse en los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Pero incluso ya antes de su codificación por la Convención de Viena, tanto la Comisión como el TEDH recurrieron al criterio del objeto y fin del Convenio de Roma como directriz interpretativa¹⁹. Este hecho es de notable significación si se considera que tuvo lugar en una época donde el principio esencial para la interpretación de las normas internacionales establecía que “las limitaciones a la soberanía de los Estados no se presumen”, principio usado con frecuencia por los Estados para limitar unilateralmente sus compromisos convencionalmente asumidos²⁰.

De forma pionera pues, los órganos de Estrasburgo han ido fraguando un instrumental jurídico especial para cumplir con el objeto y propósito particulares de la Convención de Roma, elaborando principios interpretativos propios así como conceptos jurídicos singulares

¹⁸ Artículos 31-33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969.

¹⁹ El TEDH, en *Wemjof contra República Federal Alemana*, sentencia de 27 de junio de 1968, señaló que: “Dado que se trata de un Tratado normativo, es también necesario buscar la interpretación que sea más apropiada para realizar el propósito y alcanzar el objeto del tratado, no aquel que restringiría al mínimo grado posible las obligaciones asumidas por las partes”.

²⁰ SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. *La reforma del mecanismo de protección del CEDH*, op. cit., pp. 97-98.

para su aplicación. Todos ellos se encuentran en íntima conexión con la particular naturaleza jurídica del CEDH y las finalidades que éste estaba llamado a cumplir.

En tanto que Convenio cuyo objeto y propósito especial es el reconocimiento y protección de un elenco de derechos o, en palabras de Santiago Ripol, la “preeminencia de los derechos fundamentales”²¹, el CEDH es un Tratado con una naturaleza especial, *sui generis*, que desborda el ámbito de la reciprocidad²² entre los Estados signatarios. Esto es, el Tratado por su objeto y propósito — reconocimiento y protección supranacional de derechos —, no está sujeto para su cumplimiento a la voluntad efectiva que manifieste un Estado frente a otro.

El CEDH ha sido definido por los propios órganos de Estrasburgo como “un instrumento constitucional del orden público europeo”, cuya finalidad específica es garantizar colectivamente los derechos humanos. La doctrina ha destacado abundantemente esta cualidad de la naturaleza cuasi constitucional del sistema del CEDH²³. Quizá por ello si el estudio se aborda desde la perspectiva del Derecho Constitu-

²¹ RIPOL CARULLA, Santiago. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*. Barcelona, Atelier, 2007, p. 13.

²² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 21-22. Insiste de nuevo en el mismo aspecto en la página 30, al estudiar los métodos interpretativos utilizados por el TEDH en sus razonamientos.

²³ Vid, entre otros, Van Dijk y Van Hoof quienes afirman que “algunos de los principios generales que caracterizan el case law del Tribunal reflejan una aproximación constitucionalista a la Convención y a la función supervisora del Tribunal”. VAN DIJK, P.; VAN HOOFF, G. J. H. (coords). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, op. cit, third edition, p. 95. Por su parte, Carrillo Salcedo habla insistentemente de la naturaleza y dimensión constitucional del Convenio como expresión de un orden público europeo de los derechos, a cuyo estudio dedica un epígrafe de su obra. CARRILLO SALCEDO, J. A. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 21-22.

cional, al introducirse al marco teórico y conceptual de la Convención de Roma, tal y como ha sido desarrollado por los órganos de Estrasburgo, no se pueden evitar ciertos paralelismos con la teoría y el lenguaje constitucional: principios y conceptos usados en el sistema del CEDH y hasta problemas de interpretación tienen sus homólogos a nivel interno, en la dogmática constitucionalista, especialmente aquella desarrollada en el ámbito de los derechos fundamentales²⁴.

La labor interpretativa es especialmente fructífera en lo que respecta a los derechos individuales, dado que éstos suelen estar for-

²⁴ De hecho, la declaración de derechos contenida en el Título I del Convenio es, por su contenido, equiparable a la parte dogmática de una Constitución de un Estado democrático políticamente descentralizado que hubiera sido elaborada en la segunda mitad del siglo XX, con la importante salvedad de la exclusión de los derechos sociales -explicable como consecuencia del carácter supranacional del sistema del Consejo de Europa, la época de su fundación y las dificultades garantistas que entrañan los derechos sociales-. Además, se trata de derechos redactados de forma sucinta y abreviada, como también es propio de los textos constitucionales. Entre tales derechos existe una conexión obvia, de modo que, tanto el CEDH, como las Constituciones internas, han de ser contempladas como un conjunto coherente y sistemático, como una unidad, pues lo contrario mermaría la eficacia jurídica de sus disposiciones. Esta idea late detrás de una afirmación que, en materia de interpretación de los derechos del Convenio, constituye doctrina constante de la TEDH. Este órgano ha afirmado repetidamente que el *Convenio* y sus *Protocolos* deben considerarse como un todo. Vid, entre otras, sentencia de 23 de julio de 1968, dictada en el caso "Régimen lingüístico en Bélgica", apartado 7; Asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido, SETEDH de 28 de mayo de 1985, apartado 60.

Pero los paralelismos no acaban ahí. El Convenio, al igual que las Constituciones, tiene una vocación de permanencia y está también dotado de rigidez formal, lo que, en el ámbito interno, actúa como una garantía extraordinaria de la normatividad de los textos constitucionales. Ello determina que, dado que ambos son textos destinados a perdurar en el tiempo, se deban arbitrar mecanismos tendentes a su actualización. La puesta al día puede realizarse mediante dos vías, identificadas por la doctrina, que suelen darse de forma acumulativa. De un lado, mediante un mecanismo formal y expreso de reforma, especialmente gravoso, que dota de rigidez tanto a las Constituciones como a los Tratados internacionales. Y, por otro lado, un mecanismo informal, no expresamente reconocido en los textos normativos sino derivado de la práctica jurisdiccional. Esta segunda vía de actualización, en el caso del texto del Convenio, y a raíz de la desaparición de la Convención, tiene lugar a través de la interpretación constante del mismo llevada a cabo por un único órgano de carácter jurisdicción, el TEDH; Por su parte, en el derecho interno, la tarea interpretativa tiene lugar a través de una multiplicidad de órganos que, en materia constitucional, tienen a la cabeza a los Tribunales Constitucionales como intérpretes supremos de la Constitución, en aquellos países dotados de sistemas concentrados.

mulados como normas de principio caracterizados por su alto nivel de indeterminación y por ello abiertos a la interpretación y ponderación. Con esta idea en mente, se comprenderá que el TEDH desarrolle una vital labor de delimitación y precisión del contenido de los derechos establecidos en el Convenio de Roma²⁵, cuya interpretación pasa a integrar el propio contenido normativo del CEDH²⁶.

La tarea de actualización vía interpretación jurisprudencial no está exenta de riesgos. De ahí que, en el desarrollo de la misma, los Tribunales hayan de sujetarse a principios y límites expuestos. Las especialidades del Convenio de Roma justifican que este tratado cuente con principios interpretativos propios. Junto a las reglas interpretativas de la Convención de Viena, son también de aplicación de criterios interpretativos propios, que lo singularizan de los tratados multilaterales clásicos. Dichos criterios han ido progresivamente depurando-

²⁵ Conforme al artículo 32 del Convenio de Roma “*la competencia del Tribunal se extiende a todas las cuestiones relativas a la interpretación y a la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos...*” Para entender la percepción que el propio TEDH tiene sobre su labor interpretativa y supervisora del CEDH lo mejor es aproximarse a su jurisprudencia, donde queda claro el papel de este órgano para esclarecer y desarrollar por vía interpretativa las disposiciones contenidas en el Convenio de Roma. Constituye jurisprudencia reiterada la siguiente afirmación, “*the Court’s judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties*”. *STEDH Ireland v. The United Kingdom*, de 18 de enero de 1978, apartado 154. De otro lado, y continuando con los paralelismos entre el CEDH y las Constituciones internas, similares consideraciones cabría aplicar respecto de la tarea desarrollada en el derecho interno por los Tribunales Constitucionales respecto a la concreción normativa de los derechos consagrados en las Constituciones respectivas. Esto es aún más obvio si tenemos en cuenta la aproximación con que el TEDH se enfrenta a su tarea interpretativa. El TEDH, en su actuación, parece aproximarse cada vez más a una jurisdicción constitucional de carácter supranacional, sin perjuicio de los límites obvios que se derivan de la eficacia de las sentencias del TEDH en el derecho interno.

²⁶ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. *CEDH. Comentario sistemático...*, op. cit., p. 21.

se gracias a la labor de la Comisión Europea, ya desaparecida, y del TEDH, a lo largo de sus casi cinco décadas de actuación. A efectos de la claridad expositiva, los abordaremos de forma separada, insistiendo en que el orden usado para su exposición no supone una graduación en su importancia y que, por otro lado, el Tribunal suele utilizarlos de forma combinada.

2.1 Principio de efectividad o del efecto útil:

Constituye una doctrina reiteradamente utilizada en el razonamiento del TEDH considerar que los derechos y libertades de la Convención no son retóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos²⁷. El principio hermenéutico del efecto útil exige que los derechos del CEDH sean interpretados con la finalidad de dotarles de la mayor eficacia posible. Sería el equivalente funcional al principio pro *homine utilizado* en el sistema mexicano, y reconocido en el artículo 1^a del texto de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta forma de aproximarse a los derechos convencionales conduce, de un lado, a un principio interpretativo habitual en materia de derechos subjetivos, cual es la interpretación favorable de los derechos, es decir, interpretar de forma intensiva el contenido del derecho frente a la interpretación estricta o restrictiva de sus límites²⁸. De

²⁷ Vid, entre otras, Airey c. Irlanda, sentencia de 9 de octubre de 1979, parr. 26; Artico c. Italia, sentencia del 13 de mayo de 1980, parr. 33; Soering c. Reino Unido de Gran Bretaña, sentencia de 7 de junio de 1989, parr. 87.

²⁸ Vid, inter alia, Silver y otros contra el Reino Unido, de 25 de marzo de 1983, donde el

otro, desemboca en el denominado “efecto útil” del CEDH. En última instancia, el efecto útil del Convenio de Roma implica que, con la finalidad de proteger un derecho convencional consagrado, éste expande o amplía su ámbito de actuación, determinando obligaciones de mayor calado para los Estados parte.

El efecto útil es, a nuestro juicio, un criterio que refuerza la eficacia normativa de los derechos consagrados en el CEDH pues, como ya señalamos, entre los propósitos originales que animaron a la construcción del sistema de protección de derechos del Consejo de Europa se pretendía expresamente superar las limitaciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este objetivo protector del individuo frente a las estructuras estatales, fue y sigue siendo el motor principal del sistema instaurado por el Consejo de Europa.

De la utilización por parte de las instituciones de Estrasburgo del principio del efecto útil se derivan múltiples criterios hermenéuticos empleados habitualmente por el TEDH. Si bien es habitual su estudio independiente, a nuestro entender tanto el reconocimiento de obligaciones positivas derivadas de la Convención de Roma como la protección de rebote y las nociones autónomas, constituciones manifestaciones derivadas de la potencialidad del principio del efecto útil en el marco del CEDH. Por su importancia, dedicaremos un espacio a analizar esta materia.

TEDH sentó un principio que constituye doctrina asentada en torno a la interpretación de los límites de los derechos convencionales, en los siguientes términos: “Those paragraphs of Articles of the Convention which provide for an exception to a right guaranteed are to be narrowly interpreted” Párrafo 97, apartado d) de la citada sentencia.

a) Reconocimiento de obligaciones positivas:

La pretensión de dotar de la mayor efectividad posible a los derechos del Convenio ha permitido al TEDH extraer de sus normas obligaciones positivas para los Estados, con independencia de que éstas nos aparezcan expresamente establecidas en el texto de la Convención. Dichas obligaciones vendrían a unirse a las obligaciones negativas que, en principio, se derivaban con carácter casi exclusivo para los Estado parte. El proceso que desembocó en la extracción de obligaciones convencionales de naturaleza positiva del texto del Convenio de Roma, ilustra la potencialidad del principio del efecto útil.

El CEDH dedica su Título I a la consagración de un catálogo reducido de derechos de carácter fundamentalmente civil y político. Dentro de la tipología clásica corresponderían a derechos de primera generación, que otorgan a sus titulares un ámbito de autonomía que exige en principio la abstención de los poderes públicos. El cumplimiento de estos derechos supondría para el Estado parte el deber de no inmiscuirse en el perímetro de libertad individual o colectiva proyectada por el derecho.

Sin embargo, en la década de los cincuenta del pasado siglo -época a la que le corresponde el CEDH-, ya habían surgido y se habían asentado en el ámbito interno los denominados derechos de segunda generación o de carácter social. Éstos últimos se traducen en exigencias de actuación positiva, en forma de prestaciones de diverso tipo —social, económica y educativa... etc. — que correspondería pro-

veer a los poderes políticos, en tanto que titulares pasivos de dichos derechos. El hecho de que esta segunda generación de derechos no se vertiese en el Convenio de Roma se explica por múltiples factores, entre los que destaca:

- a. La naturaleza del CEDH en tanto que tratado internacional que establecía tempranamente un estándar mínimo²⁹ de consenso interestatal en materia de protección de derechos humanos;
- b. Las mayores dificultades de garantía que entrañan los derechos sociales y, por ende, las mayores resistencias que frente a ellos oponen los gobiernos signatarios.
- c. El CEDH se concebía, como establece su Preámbulo, como un instrumento para garantizar la unidad entre los Estados parte, en la confianza de que la dignidad humana, como fundamento de los derechos individuales, permitiría la consolidación de las democracias ahuyentando definitivamente el fantasma de la guerra y la dictadura, con sus consecuencias nefastas sobre los derechos humanos —fantasmas demasiado cercanos en la mente de los Estados signatarios originarios. A tal fin, en el Preámbulo dichos Estados se declaraban “resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espí-

²⁹ Su carácter de mínimo se desprende claramente del 53 CEDH, conforme al cual “ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidas conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”. Este artículo subraya la libertad que tienen los Estados parte para adoptar sistemas más garantistas para la protección interna de los derechos fundamentales, actuando pues el CEDH como un tope mínimo que puede rebasarse al alza, pero no a la baja.

ritu y en posición de un patrimonio común de ideales y tradiciones políticas (...) a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”. Con la reciente guerra como trasfondo, se entendía que, obviamente, estas primeras actuaciones eran aquellas medidas de protección contra el Estado consideradas más esenciales por su mayor proximidad a la dignidad humana. De ahí que se consagren fundamentalmente derechos de primera generación, predicables de todos los individuos, tanto nacionales como no nacionales de los Estados parte³⁰.

Acorde a la naturaleza de los derechos de primera generación reconocidos en el CEDH, se derivaban fundamentalmente para los Estados miembros obligaciones negativas, esto es, de inhibición de actuaciones que implicaran injerencias ilegítimas en el ejercicio de los derechos convencionales. Esta característica ha sido destacada, entre otros autores, por Merrills³¹, quien ha subrayado la naturaleza excepcional de los artículos del CEDH que, por su redacción, obligaban a los Estados a tomar medidas positivas, entre ellos el artículo 6, que consagra el derecho a un proceso equitativo. Con todo, y como es

³⁰ Ya subrayamos que el artículo 1 del CEDH proclama una amplísima titularidad activa para los derechos consagrados, superando así, en palabras de CARRILLO SALCEDO, “la exigencia de la nacionalidad de la reclamación”. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 42.

³¹ MERRILLS, J. G. *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*. Manchester, MUP, 1993, pp. 102-103.

bien sabido, los derechos de segunda generación serían consagrados a principios de la época de los setenta, en un trabajo específico, la Carta Social Europea³², también suscrito en el ámbito del Consejo de Europa.

Pero no obstante el entendimiento original del tipo de obligaciones que se derivaban de este instrumento supranacional de protección de derechos, la concepción de los derechos convencionales como derechos efectivos y no ilusorios permitió al TEDH extraer obligaciones positivas para los Estados parte. A lo largo del proceso de aplicación e interpretación del CEDH, los órganos de Estrasburgo fueron percibiendo claramente que la ausencia de ciertas obligaciones positivas mermaría sustancialmente la eficacia de los derechos. Como consecuencia de su origen jurisprudencial —esto es, de interpretación del CEDH por parte de la Comisión y el TEDH en clave de eficacia—, muchas de estas obligaciones positivas son de carácter implícito, es decir, forman parte del contenido inherente del derecho garantizado, aunque no figuren literalmente en el texto del artículo.

Las obligaciones positivas para los Estados comenzaron a perfilarse en el *Asunto de determinados aspectos relativos al régimen lingüístico belga*, fallado en 1968. Al determinar el contenido del derecho a la instrucción garantizado en el artículo 2 del Protocolo adicional al CEDH, el TEDH tuvo ocasión de afirmar la existencia de obligaciones positivas. Para ello usó como recurso interpretativo y argumentativo la conjunción de la protección eficaz de los derechos como objeto y fin

³² La Carta Social Europea fue aprobada en Turín, el 18 de octubre de 1961.

del TEDH, en conexión con el amplio alcance de la titularidad activa de tales derechos consagrada en el artículo 1. Esta doble técnica³³ permitió al TEDH sacar la siguiente conclusión:

La formulación negativa significa, y así lo afirman los trabajos preparatorios, que las Partes Contratantes no reconocen un derecho a la educación que les obligue a mantener a su costa o subvencionar un sistema de enseñanza de una forma o en una escala determinadas. De ello no cabe deducir, sin embargo, que el Estado carezca de toda obligación positiva para asegurar el respeto de este derecho, tal como el artículo 2 del Protocolo le protege. Puesto que un “derecho” existe, éste es garantizado, en virtud del artículo 1 del Convenio, a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante³⁴.

Y en la misma sentencia, pero en el ámbito específico del derecho a la vida familiar consagrado en el artículo 8 CEDH, el TEDH señaló que “*el objeto de tal artículo es esencialmente la protección del individuo frente a interferencias arbitrarias del poder público*”³⁵. Ahora bien, si el objeto esencial del artículo 8 es la garantía del individuo frente a injerencias estatales arbitrarias, cabría firmar, a sensu contrario, la naturaleza no exclusivamente negativa de los deberes que derivan para los Estados de dichos preceptos. Por ello, la doctrina ha

³³ El Tribunal estima que el propósito querido por las Partes Contratantes, con carácter general, mediante el Convenio Europeo de Derechos del Hombre, era el de una eficaz protección de los derechos fundamentales del hombre, y ello, sin duda, en razón no sólo de las circunstancias históricas que fue concluido en el Convenio, sino también del desarrollo social y técnico de nuestra época, que tantas posibilidades ofrece a los Estados de regular el ejercicio de estos derechos. Por ello, el Convenio supone un justo equilibrio entre la salvaguardia del interés general de la comunidad y el respeto de los derechos fundamentales del hombre, al tiempo que atribuye un valor particular a estos últimos” Caso lingüístico belga, STEDH de 23 de julio de 1968, apartado 5.

³⁴ Caso lingüístico belga, STEDH de 23 de Julio de 1968, apartado 3

³⁵ *Ibidem*, apartado 7.

destacado que con este pronunciamiento el TEDH estaba dando entrada, de forma implícita³⁶ a las obligaciones positivas en el ámbito de los derechos recogidos en el artículo 8 CEDH.

Carrillo Salcedo ha destacado el enorme potencial e importancia de la obligación que recae sobre los Estados parte de asegurar los derechos reconocidos en el CEDH, establecida en el artículo 1 CEDH³⁷. La versión inglesa del texto del artículo —*shall secure*—, mucho más imperativa que el original francés, sirvió de apoyo al TEDH para, aplicando el principio de efectividad, afirmar que la garantía de los derechos del Convenio no solamente supone que los Estado parte respeten tales derechos, sino que, además exige de sus autoridades que impidan o sancionen la violación a niveles inferiores³⁸. De esta forma, el artículo 1 ha servido para dar entrada en el CEDH de un lado, a las obligaciones positivas necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos convencionales, y de otro, ha permitido dotar de eficacia horizontal o entre particulares a las disposiciones de dicho Tratado³⁹.

En consecuencia, en la actualidad la responsabilidad internacional de los Estados parte del Convenio de Roma se deriva tanto del

³⁶ CONNELLY, A. M. "Problems of interpretation of article 8 of the European Convention of Human Rights; en *International and Comparative Law Quarterly*, 1986, vol. 35. p. 572. En el mismo sentido se pronuncia ARRIAGA IRABURU; Inés. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, op cit., p. 224.

³⁷ CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 101.

³⁸ Asunto interestatal Irlanda c. Reino Unido de Gran Bretaña, STEDH de 18 de enero de 1978, apartado 239.

³⁹ CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 21-22; y 99-102

cumplimiento de las obligaciones negativas, como de las obligaciones de carácter positivo. El reconocimiento de ambos tipos de obligaciones convencionales tiene profundas consecuencias:

1. Implica, en primer lugar, que la tradicional distinción entre los derechos de primera y segunda generación se desdibuja, lo cual es coherente con el carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Es, además, una percepción más realista que toma en cuenta el carácter evolutivo de los derechos, cuyo contenido se va ensanchando y adaptando a la propia evolución histórica y a los nuevos retos y exigencias que ésta demanda. Las sucesivas generaciones de derechos producen una acumulación de facultades y, correlativas obligaciones, sobre un mismo derecho/s, cuyo contenido se va enriqueciendo⁴⁰.
2. Supone una ampliación de las obligaciones que el CEDH genera para los Estados parte, sobre todo si se tiene en cuenta que las obligaciones positivas se desdoblán en múltiples facetas – reformas legislativas, correcciones de prácticas administrativas, puesta en marcha de políticas públicas, etc. –, que muchas veces exigen esfuerzos presupuestarios para los que quizá, los Estados no se encuentren preparados o, aun estando en condi-

⁴⁰ Al respecto se ha señalado que “las denominadas generaciones de los derechos humanos permiten entender el desarrollo progresivo que tienen los derechos como reacciones de consenso de los sujetos de la comunidad internacional, frente a los nuevos problemas y realidades internacionales”. PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ LIESA, C.; LLAMAS CASCÓN A., *Textos básicos de Derechos humanos* op. cit., p. 269.

ciones, no estén dispuestos a realizar⁴¹. Entre estas medidas se encuentran incluso acciones de carácter preventivo⁴² destinadas a salvaguardar los derechos del Convenio.

3. De esta segunda consecuencia se deriva la cautela que ha de tener el TEDH al incrementar el monto de estas obligaciones estatales, especialmente si consideramos que el Tribunal de Estrasburgo interpreta y aplica un Tratado internacional cuya eficacia jurídica está condicionada al consentimiento explícito por parte de los Estados contratantes –*ius contrahendi*–. Dado que ya apuntamos que la mayoría de las obligaciones positivas son de carácter implícito, la necesidad de autocontención es mayor, pues a través de ellas los Estados verían involucrada su responsabilidad internacional sin que mediara consentimiento expreso. Ello aboca a la controvertida cuestión de las reformas implícitas provocadas por la creación judicial del derecho, en una esfera si cabe más sensible como es el ámbito internacional, con sus consecuentes repercusiones sobre la soberanía de los Estados. Conviene no olvidar que la posibilidad de incluir nuevos derechos en el sistema del Convenio de Roma, con las consiguientes obligaciones que de ellos se deriven para los Estados, está permanentemente abierta a través del recurso a los Protocolos adicionales.

⁴¹ MERRILLS, J.G. *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*. Manchester, MUP, 1993, p. 106

⁴² MOWBRAY, A. R. *The development of Positive Obligation under The European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford, Portland Oregon, 2004. p. 4.

4. Permite dotar de cierta eficacia horizontal a los derechos convencionales, posibilitando reaccionar frente a determinadas violaciones de estos derechos que tengan su origen en actos de los particulares.
5. En contrapartida, se refuerza la protección que el CEDH otorga a los individuos sujetos a la jurisdicción de los Estados parte, fortaleciéndose así la función propia de los derechos, entendidos como mecanismos de protección que se erigen frente al Estado.

b) La protección de rebote: la posibilidad de extraer derechos implícitos derivados de los derechos explícitamente consagrados en el Convenio

El efecto útil conduce, de forma derivada, a la llamada protección de rebote. La protección de rebote permite dar entrada de forma indirecta a derechos no expresamente consagrados en el Convenio ni en sus Protocolos Adicionales, pero respecto de los cuales se estima que, su falta de protección, supondría una violación paralela de derechos explícitamente garantizados.

Para la aplicación de la protección de rebote es necesario que exista un nexo causal entre el derecho no reconocido, pero protegido de forma indirecta, y el derecho convencionalmente consagrado; Esto es, que el disfrute del derecho indirecto sea considerado como un requisito indispensable para la efectividad del derecho explícitamente

reconocido en el sistema del CEDH, de forma tal que la denegación del primero desemboque, por extensión o por efecto rebote, en una lesión simultánea del segundo.

Como es obvio, no hubiera sido posible extraer una protección de este tipo si el TEDH no parte de una concepción sistemática e integradora de todos los derechos consagrados en el CEDH y en sus Protocolos Adicionales. Ya apuntamos que, de forma muy temprana, el Tribunal partía de la consideración del Convenio y sus Protocolos como un todo, de forma que distintos aspectos de una materia, pese a estar regidos esencialmente por una disposición, pueden quedar también afectados por otras. Este criterio integrador o sistemático usado por el TEDH ha permitido establecer profundas correlaciones o conexiones recíprocas entre los derechos del Convenio, posibilitando el surgimiento de la protección de rebote. Las bases de esta construcción se deben a la extinta Comisión, en un caso relativo a la compatibilidad con el CEDH de las normas migratorias inglesas, donde señaló que “*el rechazo de un derecho que no está en sí mismo protegido por la Convención podría no obstante violar otro derecho ya incluido en este Tratado*”⁴³.

Esta argumentación tendría posteriormente una formulación más concreta⁴⁴ en otro supuesto migratorio donde nuevamente se cuestionaba la legislación migratoria inglesa, el Asunto *Abdulaziz*. En

⁴³ East African Asians case, App. No. 4403/70 etc (1981) EHRR 76. Informe adoptado por la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 14 de diciembre de 1973.

⁴⁴ CVETIC, Goran. “Immigration Cases in Strasbourg: The Right to Family Life Under Article 8 of the European Convention”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36 No. 3, 1987, p. 648.

Abdulaziz tanto la Convención como el Tribunal establecieron que “*el derecho de un extranjero a entrar o permanecer en un país no está como tal garantizado por la Convención, pero los controles migratorios han de ser ejercidos en coherencia con las obligaciones del Convenio, y la exclusión de una persona de un Estado donde están viviendo miembros de su familia plantea una cuestión que atañe el art. 8⁴⁵*”. Dando lugar a la concepción de que, aunque los aspectos esenciales del derecho a entrar en un país miembro del Consejo de Europa se rigen por el Protocolo número 4 –en aquellos Estados que lo hayan ratificado–, “*no debe excluirse que medidas adoptadas en el campo de la inmigración puedan afectar al derecho a la vida familiar, garantizado por el artículo 8⁴⁶*”.

Con esta forma de razonar el TEDH daba entrada en el CEDH al reconocimiento, bajo determinadas condiciones, de un derecho de permanencia de los extranjeros en el territorio de un Estado parte⁴⁷. Sin embargo, al sistema del CEDH le interesarán sólo los derechos migratorios –tanto el rechazo a su expulsión como la admisión de un no nacional obligando al Estado parte a autorizar su residencia–, en la medida en que su rechazo pueda constituir una injerencia ilegítima o una falta

⁴⁵ Asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985, apartado 59.

⁴⁶ *Ídem*, apartado 60.

⁴⁷ MARZAL YETANO, Elia. *El proceso de constitucionalización del derecho de inmigración. Estudio comparado de la reformulación de los derechos de los extranjeros por los Tribunales de Alemania, Francia y España. Derechos precarios y emergentes*. Madrid, Dykinson, 2009, p. 251, la autora señala que el reconocimiento por parte del TEDH de un derecho de permanencia “en realidad modifica las estructuras básicas del Convenio. El Tribunal en efecto crea, a partir del marco general de su texto, y a pesar de la letra de su articulado, respuestas nuevas y específicas para la tarea de la inmigración”, permitiendo “la emergencia de derechos inicialmente no previstos por los autores del Convenio”.

de respeto en el derecho a la vida familiar de un extranjero cuyos lazos familiares se encuentran en el territorio del Estado contratante.

En el ámbito de la extranjería, entendiendo ésta en sentido amplio –no nacionales de los Estados partes, apátridas, asilados e incluso personas pendientes de un proceso de extradición, etc. – la protección de rebote ha conseguido una aplicación notable⁴⁸, como consecuencia de la utilización del criterio de efectividad de los derechos en combinación con la interpretación evolutiva y teleológica. Pese a ello, la protección que el CEDH podía brindar a los derechos de los extranjeros –ausentes de su texto– se abriría paso lenta y accidentalmente, gracias fundamentalmente a la construcción efectuada por la Comisión Europea de Derechos Humanos⁴⁹, de la que será tributaria el TEDH, quien recogerá gran parte de las aportaciones de la Comisión.

Durante los primeros años de rodaje de la Comisión, eran consideradas inadmisibles⁵⁰ las demandas que llegaban a ella alegando que una medida de política migratoria de un Estado parte – orden de expulsión o devolución, prohibición de entrada o de residencia en el territorio de una Alta Parte Contratante– por suponer la ruptura simultánea de la vida familiar establecida en el territorio de dicho Estado, constituía una violación del derecho consagrado explícitamente en el

⁴⁸ MARZAL YETANO, Elia. *El proceso de constitucionalización.....* op. cit., pp. 22-225. La autora considera la extranjería y la migración como los ámbitos donde la protección de rebote o *par ricochet* ha conseguido una aplicación más amplia.

⁴⁹ En el mismo sentido, ROGERS, Nicola. “*Immigration and the European Convention on Human Rights: Are New Principles Emerging?*”: en *European Human Rights Law Review*, No. 1, 2003, p. 60.

⁵⁰ ARRIAGA IRABURU, Inés. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros....*, op. cit., p. 161.

artículo 8.1. La Comisión argumentaba que ni el CEDH ni en sus Protocolos adicionales se otorgaba *como tal* ningún derecho a los extranjeros, permanecer o no ser expulsados del territorio de una Alta parte contratante del Convenio. Dicho derecho se examinaba aisladamente, con la finalidad de apreciar una apariencia de violación del mismo, como correspondía a esta fase inicial del procedimiento. En este punto, la Comisión recordaba que constituye un principio general del Derecho internacional sólidamente asentado, que el control de fronteras es una materia ligada a la soberanía estatal y, por tanto, los Estados parte tienen derecho a regular y supervisar la entrada y permanencia de los no nacionales en sus respectivos territorios, premisa que desde entonces ha permanecido inalterable en el ámbito de Estrasburgo⁵¹.

En consecuencia, la Comisión se declaraba incompetente para examinar la admisibilidad⁵² de las demandas que un particular incoaba ante este órgano por supuesta violación del derecho a la vida familiar como consecuencia de una medida de expulsión, de denegación de entrada o de residencia adoptada por un Estado miembro, en el cual vivían familiares cercanos al demandante. Dichas demandas eran consideradas incompatibles con las disposiciones del Convenio o

⁵¹ MARZAL YETANO, Elia. *El proceso de constitucionalización del derecho de inmigración...*, op. cit., pp. 222-225.

⁵² El antiguo artículo 25 del CEDH delimitaba la competencia *ratione materiae* de la Comisión. Su párrafo 1o. establecía que “la Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario general del Consejo de Europa por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el presente Convenio, en el caso de que la Alta Parte Contratante acusada haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia. Las Altas Partes Contratantes que hayan suscrito tal declaración se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

manifiestamente mal fundadas y, por tanto, declaradas inadmisibles.

A finales de la década de los cincuenta se produce un giro de importancia capital en la argumentación usada hasta el momento por la Comisión⁵³. Tras repetir que la inmigración es una materia de soberanía estatal y que el Título I del Convenio no contemplaba ningún derecho de entrada o permanencia de no nacionales en el territorio de los Estados miembros, la Comisión afirmó por primera vez que:

Sin embargo, en tanto que un Estado firma y ratifica el CEDH se entiende de acuerdo en restringir el libre ejercicio de los derechos que le corresponden conforme al derecho internacional, incluyendo el derecho a controlar la entrada y salida de extranjeros, con el alcance y dentro de los límites de las obligaciones que ha asumido bajo la Convención.⁵⁴

Con ello, la Comisión establecía la posibilidad de que el respeto a los derechos convencionales pueda desembocar en el establecimiento de ciertos condicionantes –indirectos– en las políticas migratorias internas que, en principio, forman parte de la soberanía estatal y, por lo tanto, de la discrecionalidad del Estado parte. De esta forma, el control estatal sobre sus fronteras no puede concebirse como un derecho absoluto, estando condicionado por los compromisos internacionales asumidos por el Estado y, de forma especial, por los límites derivados del respeto a los derechos consagrados en el CEDH.

⁵³ Seguimos en este punto la argumentación de Inés ARRIAGA en la obra *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*. Pamplona, Eunsa 2003, pp. 21-32.

⁵⁴ Declaración sobre la admisibilidad X c/. Suecia. Traducción propia. Yearbook 1958-59, p. 335.

Del tenor de esta decisión cabe afirmar que del “CEDH se derivaría para los Estados contratantes una restricción del derecho, reconocido por el Derecho internacional general, de controlar la entrada y salida de extranjeros. Por ello, una medida de control migratorio podrá, de este modo, ser considerada como violatoria de uno de los derechos proclamados en el CEDH, a pesar de la ausencia de proclamación explícita de derecho inmigratorio alguno. En otras palabras, con esta declaración la Comisión estableció un nexo entre los derechos inmigratorios y el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8 CEDH”⁵⁵.

La protección del rebote se afianza a lo largo de la década de los setenta en la argumentación de la Comisión, siendo admitida explícitamente en las observaciones preliminares del *Informe emitido en el caso de los Asiáticos del Este Africano*⁵⁶. En él la Comisión estableció la conexión de causalidad entre la denegación de un derecho migratorio inexistente en la letra del Tratado de Roma y su efecto paralelo en la violación de un derecho explícito, al concluir que *“aunque el derecho a entrar en un país no está protegido por la Convención, no obstante, el rechazo de este derecho puede, en ciertas circunstancias especiales, violar de forma independiente otro derecho ya cubierto por este tratado”*⁵⁷.

⁵⁵ ARRIAGA IRAGURU, Inés. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros...*, op. cit., pp. 28-29.

⁵⁶ En dicho Informe puede leerse que *“la Comisión no ha discutido la cuestión general de si el rechazo de un derecho que no está en sí mismo protegido por el Convenio podría no obstante violar en otras circunstancias otro derecho ya incluido en este tratado. Sin embargo, admitiendo las presentes demandas al amparo del artículo 3 y otras disposiciones del Convenio, la Comisión implícitamente ha aceptado que la existencia de esta violación no queda excluida”*. Informe relativo al caso de los africanos del Este de Asia contra Reino Unido, adoptado por la Comisión del 14 de diciembre de 1973 en aplicación de lo dispuesto en el antiguo artículo 31 de CEDH.

⁵⁷ *Ídem*, párrafo 187. Citado por ARRIAGA, I. *El derecho a la vida familiar de los extranjero...*

Con todo, la argumentación de la Comisión en el ámbito de la migración durante esta época está marcada por la búsqueda de un lugar –cualquiera, pero distinto del Estado contratante– donde sea posible el establecimiento de la vida familiar de los extranjeros afectados, en cuya presencia se declara la inexistencia de violación del derecho consagrado en el artículo 8 CEDH –razonamiento que heredará el TEDH–; así como por “la posibilidad de la esposa de seguir a su marido”⁵⁸, –incluso aunque ésta posea la nacionalidad de dicho Estado–, como un relevante factor para excluir la protección que la vida familiar pueda dispensar a los extranjeros.

Esta forma de razonar tenderá a repetirse desde entonces, hasta que el TEDH recoja el testigo y, en ausencia de la Comisión, se alce como instancia única para analizar los casos relativos a personas extranjeras que se hallan bajo la jurisdicción de los Estados parte y que alegan haber sido objeto de medidas restrictivas de su derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, de medidas de expulsión o extradición que podían suponer un riesgo de torturas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH) e incluso frente a injerencias medioambientales –todas ellas medidas estatales restrictivas, atentatorias de un derecho convencional provocadas por la denegación de un derecho que, en principio, no está contemplado en el Convenio y, pese a ello, potencialmente cubiertas por Estrasburgo–.

op. cit., p. 54

⁵⁸ Aplicación N.7816-77 X e Y c. Alemania. Citado por CVETIC, Goran. *Immigration Cases in Strasbourg...* *op. cit.*, p. 648.

De esta forma, a través de la protección del rebote, los derechos consagrados en el Convenio expanden su contenido, acogiendo “derechos indirectos derivados”⁵⁹. Estos no están reconocidos expresamente en la letra de las disposiciones del Convenio, pero podrían considerarse derechos inherentes a su espíritu, ya que suponen un requisito o premisa indispensable para el disfrute del derecho explícitamente consagrado en el CEDH. Esta aproximación pone de relieve la íntima conexión existente entre el efecto útil, la protección de rebote y la interpretación teleológica o finalista del Convenio. De modo similar a lo que ocurre con el recurso a la protección de rebote, el criterio del efecto útil supone para los jueces integrantes del TEDH la exigencia de que intenten la maximización del derecho, pudiendo conducir a amplificar el contenido de éste y su ámbito de protección.

c) Las nociones autónomas

El sistema regional de salvaguardia de los derechos humanos del Consejo de Europa se articula y superpone subsidiariamente sobre los sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales de los Estado miembros. Como su propio Preámbulo anuncia, la organización se basa en un patrimonio común de valores y tradiciones jurídicas, lo que indica que tanto los sistemas internos como el propio sistema

⁵⁹ ARRIAGA IRAGURU, Inés. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, op. cit., p. 20.

del Consejo de Europa se basan en conceptos y categorías normativas relativamente comunes, pese a la heterogeneidad predicable de sus diversos sistemas jurídicos. De hecho, el propio entramado normativo del CEDH se inspira en los derechos internos y su articulado remite a la ley nacional en múltiples ocasiones⁶⁰, por no mencionar que los métodos empleados por el TEDH reposan y son deudores de los empleados a su vez por los Tribunales Supremos y/o Constitucionales de los Estados parte⁶¹.

En su tarea de aplicación e interpretación de los términos, derechos, categorías e instituciones jurídicas recogidas en el Convenio de Roma⁶², el TEDH suele dotar a éstos de aquel sentido que resulte más conforme con el derecho interno de los Estado contratantes. Sin embargo, en aquellas circunstancias donde se enfrente a materias y categorías abiertas, en las que existen profundas divergencias entre

⁶⁰ El propio apartado segundo del artículo 8 CEDH constituye un ejemplo de la remisión a la ley interna, al estipular que sólo cabe injerencia en el ejercicio del derecho reconocido en el apartado primero “en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley”. Por otro lado, esta cláusula restrictiva es común a los derechos reconocidos en los artículos 8 a 11 del Convenio de Roma. Al respecto Van Dijk y van Hoof han destacado que el reenvío a los requisitos fijados por las respectivas leyes internas de los Estados signatarios para la restricción de los derechos convencionales, no es concebido por el TEDH como una remisión “completa y exhaustiva” Antes bien, el Estado de derecho exige que éstas cumplan con ciertos requisitos cualitativos – accesibilidad, previsibilidad, falta de arbitrariedad, entre otros –, lo que permite a los órganos de garantía del CEDH “ejercer un grado de control sobre el contenido de los estándares legales nacionales”. VAN DIJK, P., VAN HOOFF, G. J. H. *Theory and practice...*, op. cit., 3a. ed., p. 77, traducción propia.

⁶¹ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”; en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 20, 2007, p. 454. GREWE, C. “Le juge Constitutionnel et l’interprétation européenne”; en SUDRE, F (dir.). *L’interprétation de la Convention Européenne des droits de l’homme*. Burselas, 1998, p. 200.

⁶² Artículo 32 CEDH.

los Estados miembros o donde la interpretación interna puede excluir la aplicación de las garantías establecidas por el derecho convencional, poniendo en riesgo la eficacia del sistema CEDH, el Tribunal de Estrasburgo dotará a dichos términos de un significado propio y autónomo y, por ende, independiente del que al mismo concepto se le atribuya en el derecho interno del Estado demandado. De este modo, la interpretación autónoma permite al TEDH –en caso de necesidad– apartarse y desvincularse de las interpretaciones nacionales existentes sobre términos y derechos internos homólogos a los convencionales, “dotando de un contenido marcadamente europeo a su jurisprudencia⁶³.

Los criterios usados por los Estados signatarios para interpretar en sus respectivos ordenamientos nacionales aquellos derechos fundamentales que protegen valores equivalentes a los tutelados por los derechos consagrados por el Convenio de Roma, no vinculan al TEDH, el cual puede, y de hecho asigna a alguno de los derechos y términos convencionales significados propios. La calificación jurídica interna de los términos, instituciones y derechos convencionales constituye tan sólo un factor más a la hora de determinar la aplicabilidad del Convenio, un mero punto de partida, pero no es concluyente⁶⁴, y por eso su valor ha sido calificado como formal o relativo por la jurisprudencia de Estrasburgo⁶⁵. La utilización de conceptos autónomos abarca incluso aquellas

⁶³ SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional...*, op. cit., p. 142.

⁶⁴ LEACH, Philip. *Talking a case to the European Court of Human Rights*. Oxford University Press, 2a. edic., p. 165.

⁶⁵ “In this connection, it is first necessary to know whether the provision (s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent state, to criminal law,

cláusulas convencionales que remiten expresamente a la ley interna⁶⁶ entre las que, como ya señalamos, se encuentra el artículo 8 CEDH.

Como consecuencia del juego de este principio interpretativo, las nociones autónomas construidas por la jurisprudencia del TEDH desalojan o desplazan la utilización de la noción interna equivalente, en la medida necesaria para el cumplimiento del CEDH, pasando a integrar el *acquis conventionnel*. De esta forma, cuando las autoridades internas apliquen el Convenio o lo utilicen a efectos interpretativos de sus derechos fundamentales internos, deberán utilizar la cláusula convencional con el alcance que autónomamente haya establecido el TEDH⁶⁷, en el caso de que dicho alcance exista.

Una definición del criterio interpretativo autónomo puede encontrarse en la opinión disidente formulada por el juez Matscher en el *Asunto Köning c. Alemania*, de 28 de junio de 1978, para quien “la interpretación autónoma significa sobre todo, que los preceptos de las convenciones internacionales no deben ser interpretados solamente por referencia al significado y alcance que poseen en el derecho interno del Estado parte, sino que deben referirse ‘en primer término a los objetivos y al esquema de la Convención y, en segundo lugar, a los principios generales que emanan del corpus de los sistemas legales nacionales’.

disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States”. STEDH *Engel and others v. The Netherlands*, de 8 de junio de 1976, párrafo 82

⁶⁶ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *La interpretación de los derechos del Tribunal de Estrasburgo al TC*, op. cit., p. 112.

⁶⁷ *Ídem*, p. 114.

Dicho en otras palabras, uno debe de buscar el “común denominador” que subyace a los preceptos en cuestión, ya que es legítimo suponer –en ausencia de una definición legal en la propia Convención– que ese es el significado que los Estados parte desearon que tuviesen las disposiciones. El ‘común denominador’ puede ser identificado mediante el análisis del derecho interno de los Estados parte. No obstante, el resultado de tal investigación nunca podrá llegar a ser un concepto que esté totalmente en asintonía con el sistema legal del Estado parte concernido”.

De esta definición conviene resaltar dos aspectos importantes. De un lado, evidencia las dificultades implícitas a la interpretación autónoma, que sitúan al TEDH ante la necesidad de hallar una “interpretación de mayoría”⁶⁸, esto es, de búsqueda del denominador común a las prácticas y legislaciones internas en la materia. Ello se traduce en una investigación de derecho comparado⁶⁹, siquiera somera, para averiguar la realidad jurídica existente en el momento en el que la norma convencional que reclama una interpretación autónoma ha de ser aplicada.

⁶⁸ Al respecto DELMAS-MARTY afirma que la búsqueda de una interpretación de mayoría determina, en sí misma, la aparición de un nuevo problema de determinar y valorar la voluntad mayoritaria, en particular de optar entre una “mayoría cuantitativa” –situación prevalente en la mayoría de los Estados miembros– o bien, una “mayoría cualitativa” que tendrían en cuenta una mayoría ideal de Estados iluminados que presentan el standard más elevado de tutela de los derechos del hombre”. Op. cit., p. 312. Traducción propia.

⁶⁹ Múltiples votos particulares a las sentencias del TEDH han puesto en evidencia que, en este ejercicio de derecho comparado, el Tribunal realiza una investigación insuficiente y excesivamente sumaria, llegando a calificar de peligroso el razonamiento. El juez Matscher, tras aportar la definición de interpretación autónoma analizada, afirma en el mismo voto disidente a la sentencia Ozturk c. Alemania, que “autonomous interpretation would call for comparative studies of a far more detailed nature than those carried out so far by the Convention Institutions”. Similares consideraciones en torno a los problemas metodológicos derivados de la utilización del criterio interpretativo autónomo realiza el mismo juez en su voto particular a la Sentencia Konig c. Alemania, de 28 de junio de 1978.

Por otro lado, este concepto revela la íntima conexión existente entre el criterio interpretativo autónomo y la interpretación evolutiva y teleológica, abocadas a entenderse e interaccionar mutuamente. La atribución de un significado propio a determinados términos y derechos convencionales, no constituye una facultad explícitamente conferida al TEDH por las disposiciones del CEDH. El propio TEDH lo enmarca como un criterio derivado del objeto y finalidades específicas del Convenio de Roma⁷⁰. A nuestro juicio, la naturaleza de ese criterio puede descubrirse atendiendo mejor a los propósitos que viene a cumplir, entre ellos:

- Su finalidad principal es la protección de los derechos convencionales, evitando que la interpretación del concepto usada por el Estado nacional pueda ser utilizada como un subterfugio para eludir la aplicación del CEDH y marginar la protección que éste otorga. Por ello, cabría considerarlo como una manifestación o una consecuencia del principio de efectividad o del efecto útil⁷¹, encaje que parece congruente con la argumentación ofrecida por el TEDH⁷². En este sentido, Delmas-Marty

⁷⁰ Vid, entre otras, STEDH Oztürk v. Germany, de 21 de febrero de 1984, apartado 49. En esta línea se inscriben autores como VAN DIJK y VAN HOOFF. *Theory and practice...*, op. cit., nota a pie de página No. 17.

⁷¹ VAN DIJK, P. VAN HOOFF, G.J.H. *Theory and practice...*, op. cit., 3a. edic. p. 77. En el mismo sentido, Val Garijo, quien considera que “esta facultad del TEDH para elaborar conceptos jurídicos propios y autónomos respecto de los derechos internos es esencial para que los magistrados de Estrasburgo puedan cumplir con eficacia su función de protección de los derechos humanos”. VAL GARIJO, F. “Los conceptos autónomos en la jurisprudencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos como límites a la soberanía estatal. Comentario a la sentencia del TRH del 21 de diciembre del 2006, asunto. Borisova c. Bulgaria”; en *Revista General de Derecho Europeo*, No. 12, 2007, p. 1.

⁷² La vinculación de las nociones autónomas como recurso interpretativo que refuerza la efectividad del sistema del CEDH late detrás de algunas de las argumentaciones del TEDH.

afirma que cuando los órganos de Estrasburgo reivindican una interpretación autónoma “*lo hacen expresamente para evitar una interpretación nacional restrictiva que podría eludir la aplicación de una y otra cláusula del CEDH*”⁷³, calificando este criterio interpretativo como una herramienta necesaria a fin de poder oponerse “*resistir a cualquier forma de fraude de la Convención*”⁷⁴.

- Adicionalmente, el recurso a la interpretación autónoma de determinados conceptos y derechos convencionales constituye un importante instrumento para reforzar la independencia funcional del TEDH⁷⁵.
- Evita la excesiva heterogeneidad interpretativa, constituyendo una herramienta favorecedora de la igualdad de las obligaciones dimanantes del CEDH para los Estado miembros⁷⁶.
- Es un factor que denota y simultáneamente refuerza el carácter

En palabras del propio Tribunal de Estrasburgo “si los Estados contratantes pudieran discrecionalmente calificar una infracción disciplinaria en lugar de criminal o perseguir al autor de una infracción ‘mixta’ disciplinariamente con preferencia a la vía penal, el juego de las cláusulas fundamentales de los artículos 6 y 7 se encontraría subordinado a su voluntad soberana. Una laxitud tan amplia conlleva el riesgo de llevar a resultados incompatibles con el fin y objetivo del Convenio”. STEDH Engel and others y The Netherlands, de 8 de junio de 1976, apartado 34.

⁷³ DELMAS-MARTY, M. *Verso un ‘Europa dei diritti del’uomo. Ragione di stato e diritti umani nel sistema della Convenzione europea*. Padova, Sedán, 1994, p. 313.

⁷⁴ *Ídem*. p. 324.

⁷⁵ VAL GARIJO, F. “*Los conceptos autónomos en la jurisprudencia del TEDH...*”, Op. cit., pp. 11-13.

⁷⁶ OST, Francois. *Originalità dei metodi di interpretazione della Corte Europea dei Diritti del’uomo*, en DELMAS-MARTY, Mirelle (coord). *Verso un ‘Europa dei diritti del’uomo...*, op. cit., p.312. QUERALT JIMÉNEZ., A. *La interpretación de los derechos...*, op. cit., p. 112.

ter supraestatal del TEDH⁷⁷, permitiendo poner lindes a la soberanía estatal. Por ello, los conceptos autónomos, siguiendo a Val Garijo, se erigen en límites materiales, –y no meramente formales, a la voluntad soberana de los Estados miembros del Consejo de Europa⁷⁸.

- Constituyen, además, una técnica que fomenta el carácter creativo de la jurisprudencia del TEDH, permitiendo el desarrollo de los derechos convencionales por vía interpretativa, lo que sitúa esta directriz interpretativa dentro de aquellas que tienen a promocionar el activismo judicial⁷⁹ del TEDH.

⁷⁷ “Privado del poder de forjar conceptos jurisprudenciales autónomos, el TEDH quedaría vinculado por los legisladores y tribunales internos, perdiendo una autonomía jurídico-funcional que es imprescindible, en la teoría y en la práctica, para ejercer con eficacia su tarea de protección y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en el CEDH”. VAL GARIJO, F. “Los conceptos autónomos en la jurisprudencia del TEDH...”, Op. cit., p. 11

⁷⁸ VAL GARIJO, Fernando. “Los conceptos autónomos...”, Op. cit., pp. 13-14. A modo de ejemplo de esta funcionalidad de las nociones autónomas, este autor señala que “el concepto de acusación en materia penal, en particular, constituye un límite material al poder sancionador del Estado, que no puede configurarse autónomamente como penal, administrativo o disciplinario sin atender a los contenidos básicos del concepto de materia penal establecidos por el TEDH”. Este mismo autor destaca el carácter derivado o secundario de los conceptos autónomos, entendidos como límites a la soberanía estatal. Su carácter derivado se debe al hecho de que las nociones autónomas no derivan directamente del Convenio, sino que suponen una construcción del TEDH, apoyándose en los preceptos de éste. Subraya así mismo este autor que no existe ninguna norma específica que atribuya al TEDH el poder de dotar a los términos convencionales de un significado autónomo, pero la considera una facultad implícita a la función que el artículo 32 CEDH otorga al TEDH de interpretación y aplicación del mismo.

⁷⁹ MAHONEY, Paul. “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”; en *Human Rights Law Review*, 1990, vol. 11, pp. 57-88. A una conclusión similar parece llegar de forma indirecta Revenga Sánchez quien, al estudiar el margen de apreciación estatal, afirma que “el campo en el que TEDH afianzó decididamente su activismo fue el del análisis de cuestiones relativas a las garantías del proceso legal (arts. 5 y 6 del Convenio)”. En su estudio, el autor citado subraya la existencia de dos tendencias contradictorias en la jurisprudencia emanada del TEDH, de un lado aquella que tiende al activismo judicial, de otro aquella que, potenciando el margen de apreciación estatal, sitúa a este órgano en una postura respetuosa con la soberanía estatal,

- La interpretación autónoma posee un efecto visible al mediano y largo plazo, y por lo tanto de carácter paulatino, pues, a nuestro juicio, puede actuar como un factor propulsor de la convergencia entre las prácticas y legislaciones internas de las Altas partes contratantes, promoviendo un entendimiento común en torno a los derechos fundamentales en el ámbito europeo, sin por ello llegar a la uniformidad⁸⁰. Delmas-Marty ha resaltado que los contextos en que el TEDH invoca una lectura autónoma del texto del Convenio de Roma presuponen la ausencia de un consenso europeo en dicho ámbito y, por lo tanto, el punto de partida consiste precisamente en materias sobre las que abunda la disparidad normativa, interpretativa y de prácticas entre los estados miembros⁸¹. En estos supuestos, el TEDH no se verá atado por las diversas interpretaciones internas— de no ser así se correría el riesgo de privar de eficacia al sistema y a la labor efectuada por el TEDH—, y acudirá a la fórmula autónoma para proveerse de cierta libertad de actuación. En la búsqueda de la interpretación más adecuada para la eficacia del Convenio, una libertad absoluta pondría en riesgo su propia autoridad moral y el cumplimiento

de autoconcentración judicial, de ahí que hable del “dilema activismo/autocontención”. REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, *Seguridad Nacional y Derechos Humanos. Estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*. Navarra, Aranzadi, 2002, p. 60.

⁸⁰ En esta línea QUARELT JÍMENEZ, quien sitúa los conceptos autónomos entre los criterios interpretativos tendentes a la armonización del estándar europeo. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al TC*, op. cit., pp. III-II2

⁸¹ A este presupuesto de heterogeneidad que actúa como detonante para la utilización de las nociones autónomas, QUARELT JÍMENEZ añade también el supuesto de que las nociones convencionales sean ajenas a alguno de los sistemas internos. Ídem, p.112

estatal de las obligaciones estatales convencionales, de ahí que el tribunal intentará hallar la fórmula interpretativa del término en cuestión que mejor aprehenda la existencia de un cierto denominador común a la disparidad existente.

La introducción de la noción autónoma se irá convirtiendo gradualmente en el germen reductor de los contrastes internos, impulsando cierta convergencia normativa en la materia concreta sobre la que se despliega. De este modo, partiendo de una situación de disparidad inicial, la noción autónoma y su progresivo asentamiento a través del case-law estrasburgués, irán generando un diálogo interestatal que fraguará en un consenso normativo cada vez mayor. De hecho, ya se ha destacado que “la utilización por el TEDH de los conceptos autónomos ha favorecido determinadamente el fenómeno de la armonización del estándar europeo en este escenario heterogéneo, ya que aquellos permiten dotar de un contenido y alcance propio a los elementos configuradores de los derechos y libertades convencionales, con independencia de cuál sea su reconocimiento (en ocasiones, inexistencia) y alcance en los sistemas internos de garantía”⁸². Es importante resaltar que este efecto será observable especialmente con el paso del tiempo, ya que el TEDH, inserto en una difícil tensión de protección de derechos frente a la soberanía estatal, habrá de actuar con prudencia, sin incurrir en saltos al vacío que puedan erosionar la soberanía estatal y, por ello, provocar resistencias de los Estados parte.

⁸² QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, op. cit., p.468

Las dificultades inherentes a este principio interpretativo que sitúa al TEDH en una posición de búsqueda de un delicado equilibrio entre la protección de los derechos convencionales y el respeto a la soberanía estatal, reclamando prudencia en su actuación, explican que las nociones autónomas no abundan⁸³ en el ámbito del CEDH. Pero junto a su relativa escasez, hay que resaltar la centralidad de las materias sobre las que recaen, esenciales para la protección del individuo frente a los poderes públicos⁸⁴. Términos convencionales tales como derecho civil o acusación en materia penal incluidos en el artículo 6 CEDH, en el marco del derecho a un proceso equitativo, o el de asociación del artículo 11, así como la posesión reconocida en el artículo 1, del Protocolo N°1 del CEDH, han sido forjados por el TEDH como conceptos autónomos del Convenio.

El significado autónomo de estos términos supone una cierta alteración de la regla interpretativa general que, en materia de Convenios internacionales, estipula que éstos han de interpretarse “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”—artículo 31.1 Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados—⁸⁵.

En síntesis, la plena efectividad de los derechos del Convenio exige dotar a alguno de los términos y derechos en él recogidos de un

⁸³ VAL GARIJO, F. “Los conceptos autónomos en la jurisprudencia del TEDH...”, op. cit., p.11

⁸⁴ En este sentido, DELMAS-MARTY ha señalado que “la praxis de la interpretación autónoma permite la defensa de aquellos baluartes que el TEDH considera esenciales. De este modo vienen negociados, al sucederse las sentencias, la salvaguardia y el desarrollo de las libertades fundamentales”. *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo...*, op. cit., p.320, traducción propia.

⁸⁵ Esta es la interpretación proporcionada por VAN DIJK y VAM HOOFF. *Theory and Practice...*, op.cit.,3° edic.,p.77.

significado autónomo, y como tal, independiente al que en los respectivos derechos internos de las Altas partes contratantes se otorgue a nociones equivalentes, de ahí que hayamos optado por incluir su estudio como una manifestación del principio del efecto útil.

En el ámbito de los derechos convencionales los conceptos autónomos sirven pues para evitar que el recurso a las nociones internas equivalentes pueda vaciar de contenido los derechos convencionales, potenciando la eficacia normativa del sistema del CEDH. EL TEDH la reclamará en aquellas situaciones donde el término jurídico interno—que, como vimos, forma parte integrante del margen de apreciación nacional—, se constituya como una camisa de fuerza que evite el despliegue protector del Convenio de Roma. Por ello, y en esta medida, las nociones autónomas —que no abundan en el ámbito del Convenio—, sirven para imponer restricciones a la potestad soberana de los Estados nacionales integrantes del Consejo de Europa en aquellas materias específicas sobre las que se despliegan.

2.2 Principio de interpretación evolutiva

Se trata de un principio interpretativo íntimamente ligado al criterio teleológico. Puede encontrarse cierto fundamento al uso de este principio en el propio Preámbulo del Convenio de Roma, donde se hace referencia expresa a la salvaguardia y desarrollo de los derechos del hombre como una de las finalidades del sistema protector. La palabra

desarrollo imprime al sistema del Consejo de Europa de un dinamismo evolutivo, pues parece apuntar a una visión del Convenio como un punto de partida.⁸⁶

Tanto la Comisión como el TEDH han considerado al CEDH como un instrumento vivo⁸⁷, que ha de interpretarse a la luz de las circunstancias actuales y de las concepciones dominantes en nuestros días en los Estados democráticos. Con ella la Corte aplica una imprecisa dinámica a los derechos del Convenio, más que histórica⁸⁸. Esta aproximación a los derechos convencionales por parte del TEDH se observa en muchas de sus sentencias.

El criterio evolutivo resulta de particular relevancia en aquellas materias vinculadas al derechos civil y de familia, donde los condicionantes culturales e históricos son muy poderosos. Esto explica

⁸⁶ En el mismo sentido, CARRILLO SALCEDO, al comentar el Preámbulo del Convenio, considera que la referencia que allí hacen los gobiernos de los estados signatarios, al declararse resueltos a “tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración universal” desvela que “el convenio no fue concebido como algo definitivo, sino por el contrario, como un primer paso y un punto de partida en el desarrollo progresivo del reconocimiento y protección internacionales de los derechos humanos”. *El convenio Europeo...*, op. cit., p.19

⁸⁷ En un caso donde se juzgaba si la pena de azotes que en los años setenta todavía se aplicaba en la Isla de Mann como castigo judicial, constituía un trato inhumano y degradante a la luz del artículo 3 del Convenio de Roma, el Tribunal afirmó que “hay que señalar que una pena no deja de ser degradante por el mero hecho de que se considere que es un medio eficaz de disuasión o de lucha contra la delincuencia o de que realmente lo sea. Sobre todo, el Tribunal tiene que insistir en ello, no se puede nunca admitir que se impongan penas opuestas al artículo 3, cualesquiera que sean sus efectos disuasivos. El tribunal recuerda además que el Convenio es un instrumento vivo que hay que interpretar -la comisión lo ha puesto de manifiesto debidamente a la vista de las actuales condiciones de vida. En este caso, el tribunal no puede dejar de estar influido por la evolución y las normas generalmente aceptadas de la política penal de los Estados miembros del Consejo de Europa en esta materia”. Sentencia Tyler contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de 25 de abril de 1978, párrafo 31.

⁸⁸ LEACH, Philp. *Taking a Case to the European Court of Human rights*. New York, Oxford University Press, Blackstone’s Human Rights Series, Second sediton, 2005, p.164.

que la interpretación evolutiva o dinámica sea habitualmente usada en la case law de Estrasburgo relativo a la interpretación del respeto a la vida familiar consagrado en el art.8, siendo ello patente desde el principio. En la sentencia que marca el case-law en esta materia, *Paula y Alexandra Marckx contra Bélgica*⁸⁹ el Tribunal, al examinar la posible violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 CEDH por parte de determinados artículos del Código Civil Belga que otorgaban un tratamiento más favorecedor a los hijos legítimos respecto a los naturales, resta importancia a las concepciones dominantes en la época de los redactores del Convenio, señalando:

Es cierto que en la época en que el Convenio de 4 de noviembre de 1950 se proyectó era frecuente y acorde al derecho en muchos países europeos establecer distinciones de este tipo entre la familia ilegítima y la legítima. Sin embargo, el Tribunal recuerda que el Convenio debe ser interpretado a la luz de las circunstancias actuales. En el presente caso, el tribunal no puede dejar de tener en cuenta que la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países miembros del Consejo de Europa han evolucionado y continúan haciéndolo, junto con los más importantes documentos internacionales, hacia el pleno reconocimiento jurídico de la máxima “mater semper certa est”⁹⁰.

Uno de los criterios utilizados por el TEDH para interpretar sus disposiciones de forma dinámica y conforme a las concepciones existentes en el momento de su aplicación, es el estado de la materia

⁸⁹ Esta sentencia es calificada por Miguel Revenga Sánchez como un notable ejemplo de jurisprudencia evolutiva, “apoyada en la (presunta) transformación de las concepciones morales a nivel transnacional”. REVNGA SAN-CHEZ, M. *seguridad nacional y...*, op. cit., p.63.

⁹⁰ Marckx c, Bélgica, STEDH de 13 de junio de 1979, párrafo 41.

en cuestión en la evolución de las legislaciones internas de los Estados parte, esto es, la evolución normativa y social de la cuestión de que se trate en el ámbito de los Estados miembros del CEDH. A través de la interpretación evolutiva, el TEDH hace evolucionar el Convenio al compás de los avances legislativos, sociales, científicos, y de mentalidades que se van produciendo en los Estados miembros.

La interpretación evolutiva relativiza criterios interpretativos tradicionales, tales como la interpretación histórica, y determina que, conforme avance el tiempo, la importancia de conocer la ratio de los preceptos del CEDH y de sus trabajos preparatorios sea menor o, al menos puramente anecdótica, sin olvidar que en muchas ocasiones acudir al criterio histórico no ofrece respuestas, debido fundamentalmente al laconismo de los trabajos preparatorios.⁹¹

Otro efecto del uso de este criterio hermenéutico reside en que provoca un ensanchamiento de las facultades que constituyen el contenido de los derechos convencionales. De hecho, tal ha sido la importancia de este criterio que el mismo constituye, “ la segunda vía de expansión del contenido del catálogo de derechos y libertades recogidos en la Convención de Roma”⁹².

Por otro lado, la utilización de la interpretación evolutiva se erige en un mecanismo de supervivencia adaptativo usado para textos normativos con vocación de permanencia temporal, lo que de nuevo

⁹¹ EISSEN, Marc- André. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, op.cit., p. 94.

⁹² RIPOL CARULLA, Santiago “*El sistema europeo de protección...*”, op. cit.32

aboca a la dimensión constitucional del CEDH. De hecho, evoca la doctrina norteamericana sobre la *living constitution*, de particular importancia en un texto constitucional caracterizado por su longevidad. Pero, simultáneamente, el recurso al criterio evolutivo desemboca en una línea de activismo judicial⁹³ que no está exenta de problemas.

2.3 El margen de apreciación estatal:

La doctrina del margen estatal de apreciación constituye una técnica importada de los métodos internos de revisión judicial de la acción del gobierno, especialmente en el ámbito del Consejo de Estado Francés⁹⁴. Su importancia en la jurisprudencia del TEDH es clave, hasta el punto de “desplegar un papel central en la mayor parte de los casos decididos por el Tribunal”⁹⁵.

Al igual que ocurría con las nociones autónomas, este criterio ordena las relaciones y distribuye el reparto de funciones entre los

⁹³ MAHONEY, Paul “Judicial activism and judicial Self-Restrain in the European Court of human rights: Two Sides of the same Coin”; en *Human Rights Law Review*, 1990, vol. II, pp-57-88.

⁹⁴ MACDONALD, Ronald St. John “The Margin of appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”; en *International Law at the time of its Codification, Essays in honour of Judge Roberto Ago*, vol. III. Milán, A. Giuffré, 1987, p.187. En el mismo sentido, REVENGA SÁNCHEZ, M. *Seguridad nacional y...*, op. cit., p. 57. Así mismo, en VAN DIJK y VAN HOOFF, *Theory and Practice...*, op. cit, 3ª edic, p. 84, donde, al hablar de las raíces de esta doctrina, afirman que la misma refleja la distribución global de poderes dentro de un marco constitucional y la necesidad de respetar los poderes respectivos en un sistema donde existe una concurrencia de autoridades y competencias.

⁹⁵ HUTCHINSON, Michael R. “The Margin of Appreciation in the Doctrine of the European Court of Human Rights”; en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, III, p. 638.

órganos del Consejo de Europa y los Estados signatarios. Sin embargo, a diferencia de los conceptos autónomos, el margen de apreciación estatal constituye una doctrina de autocontención judicial, que fue diseñada para hacer frente al problema de la relación entre la soberanía nacional de los Estados parte y los poderes de supervisión del Convenio, a fin de “inhibir a los órganos de Estrasburgo de intervenir en asuntos estatales con demasiada frecuencia y amplitud”.⁹⁶

Bajo el esquema del CEDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene asignada la función de supervisar el cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones derivadas de los derechos humanos protegidos en dicho tratado. Ello en el entendido de que, como indican los artículos 1 y 19 de la Convención, los Estados Parte son los primeros obligados en hacer cumplir — a través de sus instituciones internas y en sus respectivos territorios—, las obligaciones del Convenio con respecto a los derechos y libertades en éste consignados, pues el sistema del Consejo de Europa actúa sometido al principio de subsidiariedad. Como antes se dijo, cada Estado puede y debe, en uso de su soberanía, desplegar la protección del Convenio en el ámbito del Derecho e instituciones internas. Cada Estado parte goza pues de un cierto margen de apreciación.

Como Van Dijk Y Van Hoof han puesto de manifiesto, la percepción que los órganos de Estrasburgo tienen de sus poderes de su-

⁹⁶ *Ídem*, p. 647.

pervisión parte de la constatación de la naturaleza subsidiaria⁹⁷ del sistema, de modo tal que el mecanismo del CEDH se activará una vez agotados los recursos ante las autoridades internas⁹⁸. El punto de partida de la aplicación de esta doctrina reside pues en la tarea del TEDH de asegurar la observancia de los compromisos adquiridos por las Altas partes contratantes, tarea que es ejecutada de forma simultánea y paralela a las jurisprudencias nacionales de los Estados miembros que han consentido en ser partes del consejo del Estado.

Pese a que, como vimos, el origen de esta doctrina se sitúa en las técnicas jurídicas internas, MacDonald ha destacado que su desarrollo por parte de los órganos del CEDH ha tenido lugar de forma independiente⁹⁹ a los derechos nacionales, lo que permite desvincular su estudio de las incidencias que la misma haya suscitado en el ámbito doméstico. Como señala este mismo autor, la doctrina fue inicialmente recibida por la Comisión Europea de Derechos Humanos a mediados de la década de los cincuenta del pasado siglo, conectada a

⁹⁷ La subsidiariedad aparece contemplada en el artículo 35 CEDH, conforme al cual “al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva”. Como ha puesto de manifiesto Santiago RIPOL CARULLA, la subsidiariedad constituye, con carácter general, un principio estructural del Derecho internacional de los derechos humanos. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español. La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico Español*. Barcelona, Atelier libros jurídicos, 2007, p. 40.

⁹⁸ Como destacan estos autores, el reparto de roles respectivos entre los Estados parte y el TEDH, en cuya dinámica interna se sitúa la doctrina del margen de apreciación estatal, se encuentra formulado en los artículos 1 y 19 del CEDH, respectivamente. VAN DIJK; VAN HOOFF. *Theory and...*, 3ª edic., p. 82.

⁹⁹ MACDONALD, R. ST. *The Margin of appreciation...*, op.cit., p.187

la aplicación del artículo 15 CEDH¹⁰⁰, que contempla la posibilidad de suspender las garantías del Convenio en tiempos de guerra u otras circunstancias extremas que amenacen la vida de la nación. Este precepto pretende facilitar la defensa de la democracia cuando ésta se haya amenazada por situaciones de emergencia pública, lo que ha permitido a Revenga Sánchez calificar los orígenes del uso de esta doctrina como “espectaculares”¹⁰¹.

Ante la concurrencia de las situaciones extremas contempladas en el art.15, la Comisión reconocía al Estado parte “discreción para apreciar el riesgo a la vida de la nación”¹⁰², así como para adoptar las medidas requeridas para hacer frente a la misma. A lo largo de la década de los sesenta la doctrina se había afianzado progresivamente en conexión con la aplicación del artículo 15¹⁰³ y comenzaba a ser tímida-

¹⁰⁰ El artículo 15.1 CEDH, bajo la rúbrica “Derogación en caso de estado de urgencia” dispone que “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional”.

¹⁰¹ REVENGA SANCHEZ, M. *Sociedad democrática...* Op.cit.,p.58

¹⁰² Informe emitido por la Comisión en el Asunto interestatal Grecia c. el Reino Unido, de 26 de septiembre de 1958 (Demanda n° 176/56)

¹⁰³ Vid, inter alia, Lawless c. Irlanda, de 1 de julio de 1961, para. 22, y 36-38. Este asunto es calificado por Macdonald como un hito en el afianzamiento de la doctrina del margen de apreciación en el ámbito del Consejo de Europa, especialmente gracias al discurso pronunciado por Sir. Humphrey Waldock, Presidente de la Comisión. “The Margin of Appreciation....”, op. cit., p. 188. Así mismo, cabe mencionar también el informe emitido por la Comisión en el asunto de los Coroneles Griegos, en 1967. En el asunto Irlanda contra el Reino Unido, de 18 de enero de 1978, el TEDH en referencia a su propio papel, y en alusión al art. 15 CEDH, afirmó que “The limits on the Court’s powers of review are particularly apparent where Article 15 is concerned. It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for ‘the life of [its] nation’, to determine whether that life is threatened by a ‘public emergency’ and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the

mente¹⁰⁴ recibida por el TEDH, ampliando su ámbito de aplicación a la interpretación de la cláusula limitativa de derechos contenida en los artículos 8 a 11 del Convenio de Roma. Pero si inicialmente este criterio interpretativo fue usado como una habilitación al Estado nacional para la defensa extraordinaria del orden constitucional democrático, posteriormente adquirió una nueva virtualidad en tiempos de normalidad democrática.

Bajo este nuevo escenario la doctrina del margen de apreciación tendrá que ver cada vez más con aspectos relacionados con la teoría democrática, encontrando “su campo natural de aplicación”¹⁰⁵ en aquellas disposiciones del Convenio de Roma que consienten limitaciones a los derechos reconocidos en aras a la consecución de deter-

moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 leaves those authorities a wide margin of appreciation. Nevertheless, the States do not enjoy an unlimited power in this respect. The Court, which, with the Commission, is responsible for ensuring the observance of the States' engagements (Article 19), is empowered to rule on whether the States have gone beyond the 'extent strictly required by the exigencies' of the crisis). The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision". Irlanda c. Reino Unido, 18 de enero de 1978, párrafo 207.

¹⁰⁴ En el asunto relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico Belga, de 23 de julio de 1968, el TEDH enfatizó el carácter subsidiario del sistema regional europeo con las siguientes palabras: “In attempting to find out in a given case, whether or not there has been an arbitrary distinction, the Court cannot disregard those legal and factual features which characterize the life of the society in the State which, as a Contracting Party, has to answer for the measure in dispute. In so doing it cannot assume the role of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention. The national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed by the Convention. Review by the Court concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention”, párr. 10. MACDONALD califica el lenguaje usado en esta sentencia como ambivalente, lo que le impide considerarla como un ejemplo del uso por parte del TEDH de la técnica del margen de apreciación, a la cual en ningún momento hace referencia expresa este órgano. “The Margin of Appreciation...”, op. cit., pp. 189-190.

¹⁰⁵ REVENGA SÁNCHEZ, M. *Sociedad democrática...*, op. cit., p.58

minados intereses generales, esto es, en los artículos 8 a 11 CEDH¹⁰⁶. En esta concepción evolucionada, el margen de apreciación se traduce en la concesión de una esfera de actuación a los Estados parte para la interpretación, tratamiento y afectación de los derechos fundamentales con homólogos a los convencionales, a través de sus órganos internos y de sus procesos constitucionales ordinarios.

En 1976, en un asunto¹⁰⁷ donde el TEDH debía juzgar el secuestro y requisamiento por parte de las autoridades inglesas de un libro danés sobre educación sexual dirigido a escolares menores de edad, este órgano tuvo la oportunidad de analizar detenidamente la doctrina del margen de apreciación, estableciendo una jurisprudencia que desde entonces se ha mantenido constante.

La cuestión central que debía resolver el TEDH en dicho asunto era la proporcionalidad de las medidas limitativas adoptadas sobre los derechos consagrados en los artículos 9 y 10 CEDH, fundamentalmente si las restricciones a la libertad de expresión eran necesarias en una sociedad democrática para la protección de la moral¹⁰⁸, en vista de que el libro había sido considerado obsceno por las autoridades inglesas. Al respecto, el TEDH, tras subrayar el carácter subsidiario del mecanismo regional de protección de derechos del Consejo de Europa,

¹⁰⁶ Los derechos contenidos en estas disposiciones, que prevén la posibilidad de restricciones tasadas, constituyen, a juicio de MACDONALD, el “más importante grupo de artículos a los que la doctrina -del margen de apreciación- ha sido aplicada”. Op. cit., p. 193.

¹⁰⁷ Se trata del caso *Handyside c. Reino Unido*, al que se le conoce también como asunto del “Libro Rojo del Cole”, de 7 de diciembre de 1976.

¹⁰⁸ Artículo 10.2 CEDH.

señaló la existencia de un consenso entre las Altas partes contratantes en torno a las exigencias de la moralidad¹⁰⁹, como detonante de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación. En este pronunciamiento, el Tribunal hizo explícito el fundamento sobre el que reposa la concesión a los Estados parte de un margen de apreciación -especialmente en aquellas materias reguladas por el CEDH en las que no existe entre los Estados parte un *common ground*-, y precisó el alcance del adjetivo “necesario” a efectos de poder justificar la restricción de un derecho convencional, en los siguientes términos:

Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la ‘necesidad’ de una ‘restricción o sanción’ destinada a dar una respuesta a ello. El Tribunal señala en esta ocasión que el adjetivo ‘necesario’ en el sentido del artículo 10.2 no es sinónimo de ‘indispensable’ y ‘estrictamente necesario’, y en el artículo 15.1 la frase ‘en la medida estricta en que lo exija la situación’, no tiene tampoco flexibilidad de términos tales como ‘admisible’, ‘normal’ ‘útil’, ‘razonable’ u ‘oportuno’. Por ello, corresponde a las autoridades nacionales juzgar con carácter previo sobre la realidad de la necesidad social imperiosa que implica la noción de ‘necesidad’ en este contexto. En consecuencia, el artículo 10.2 reserva a los Estados Contratantes un margen

¹⁰⁹ “El tribunal destaca que el mecanismo de protección instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario en relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos. El Convenio confía, en primer lugar, a cada uno de los Estados Contratantes el cuidado de asegurar el goce de los derechos y libertades que consagra. Las instituciones creadas por él contribuyen a esa finalidad, pero no entran en juego sino por la vía contenciosa y después de haberse agotado las vías de recursos internos (art. 26). Este criterio es válido también para el artículo 10.2. En particular no se puede encontrar en el derecho interno de los Estados Contratantes una noción europea uniforme de la “moral”. La idea que sus leyes respectivas se hace de las exigencias de la moral varía en el tiempo y el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizaba por una evolución rápida y profunda de las opiniones en la materia”, Asunto Handyside c. Reino Unido, STEDH de 7 de diciembre de 1976, Párr. 48.

de apreciación. Al tiempo se concede este margen de apreciación al legislador nacional ('previstas por la ley') y a los órganos, especialmente a los judiciales, llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor¹¹⁰.

Finalmente, en la citada sentencia *Handyside* el Tribunal de Estrasburgo matizó el carácter limitado de la esfera de actuación que ofrece al Estado parte el margen de apreciación y su sometimiento a la supervisión final de los órganos de Estrasburgo¹¹¹. Asimismo, en este pronunciamiento, el TEDH apuntó de forma indiciaria un criterio que la jurisprudencia posterior tenderá a remarcar: la importancia del derecho concreto en cuestión —en el caso *Handyside* se trataba de la libertad de expresión e información, esenciales para el mantenimiento de la democracia—, y la consiguiente exigencia de proporcionalidad en su restricción¹¹².

¹¹⁰ *Ídem*.

¹¹¹ "El artículo 10.2 no atribuye, sin embargo, a los Estados Contratantes un poder ilimitado de apreciación. Encargado, junto con la Comisión, de asegurar el respecto de sus compromisos (art. 19), el Tribunal tiene competencia para adoptar la decisión final en torno a si una restricción o sanción se concilia con libertad de expresión tal como la protege el artículo 10. El margen nacional de apreciación va íntimamente ligado a la supervisión europea. Tal supervisión afecta a la vez a la finalidad de la medida litigiosa y a su 'necesidad'. Cubre tanto a la ley en que se basa como a la decisión que la aplica, incluso cuando emane de una jurisdicción independiente". Asunto *Handyside*, cit., parr. 49.

¹¹² Al respecto, el TEDH señaló expresamente que: "Su función supervisora impone al Tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una "sociedad democrática". La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 es válido no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una "sociedad democrática". Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcional al objeto legítimo que se persigue". Asunto *Handyside*, parra. 49.

En este breve recorrido por la construcción jurisprudencial de la doctrina del margen de apreciación en el ámbito del Consejo de Europa, no puede dejar de mencionarse otro caso relacionado con las libertades de expresión e información, que constituye todo un hito en su desarrollo. Se trata del asunto *Sunday Times*¹¹³ — o caso de la talidomida—, donde el TEDH tuvo ocasión de enfatizar la importancia del derecho cuestionado, así como la existencia de un mayor consenso en Europa en torno al significado de la autoridad e imparcialidad judicial —como límite a la libertad de expresión— para proceder a reducir la amplitud del ámbito del margen de apreciación¹¹⁴. Además, señaló un criterio de excepcional importancia que apunta a la variabilidad del margen estatal en función no solamente del grado de consenso europeo existente en la materia, sino también de cual sean los objetivos legítimos usados por el estado para justificar la limitación del derecho impugnado¹¹⁵.

¹¹³ Asunto *Sunday Times* c. el Reino Unido, de 26 de abril de 1979. En este asunto se trataba de juzgar la compatibilidad con el CEDH de las restricciones sobre el derecho a la información impuestas en virtud del *contempt of court* — costumbre jurídica inglesa de imponer ciertas limitaciones a la libertad de información sobre los procedimientos en curso, con la finalidad de proteger el libre desenvolvimiento de la justicia— en relación a los procesos judiciales que, en torno al caso de los niños víctimas de la talidomida, estaban en la época pendientes de tramitación ante los Tribunales Ingleses.

¹¹⁴ STEDH *Sunday Times*, cit., párr. 59.

¹¹⁵ “The scope of the domestic power of appreciation is not identical as regards each of the aims listed in Article 10(2). The *Handyside* case concerned the ‘protection of morals’. The view taken by the Contracting States of the ‘requirements of morals’, observed the Court, ‘varies from time to time and from place to place, especially in our era’, and ‘State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements’. Precisely the same cannot be said of the far more objective notion of the ‘authority’ of the judiciary. The domestic law and practice of the Contracting States reveal a fairly substantial measure of common ground in this area. This reflected in a number of provisions of the Convention, including Article 6, which have no

Pese al carácter lento y progresivo de la construcción jurisprudencial de esta importante doctrina, no resulta posible ofrecer una definición de la misma, ni tampoco determinar a priori con exactitud cuándo y en qué medida el TEDH recurrirá al uso de esta técnica, pues “su ámbito exacto y función están lejos de un desarrollo completo”¹¹⁶. Por ello se ha apuntado al uso funcional que los órganos del CEDH hacen de la misma, desarrollándola sobre bases *ad hoc*¹¹⁷. Sin embargo, del abundante cuerpo jurisprudencial es posible identificar ciertas regularidades en su uso, que sugieren cuándo es posible recurrir y en qué supuestos no cabe acudir a ella, así como las variables que influyen en el espectro del margen de apreciación del Estado nacional.

MacDonald ha identificado cinco categorías de supuestos en los que se ha aplicado esta técnica, si bien en el entendido de que no se trata de una enumeración exhaustiva pues “en teoría no hay límite a los artículos del Convenio a los que puede ser aplicado el margen de apreciación, ya que el TEDH nunca ha impuesto tal límite”¹¹⁸. Algunas de ellas ya han sido mencionadas al exponer el desarrollo de la construcción jurisprudencial de esta doctrina.

- En primer lugar, se encuentran aquellos supuestos en los que se invoca el artículo 15, o bien los derechos consagrados en los

equivalent as far as ‘morals’ are concerned. Accordingly, here a more extensive European supervision corresponds to a less discretionary power of appreciation”. *ídem*.

¹¹⁶ MACDONALD. *The Margin of Appreciation...*, op. cit..., p. 207.

¹¹⁷ *Ídem*, p. 192.

¹¹⁸ *Ibidem*.

artículos 8 a 11 —que representan el grupo de mayor importancia—, así como cuando se alega una discriminación contraria al artículo 14, y el TEDH debe determinar si dicha diferencia puede justificarse de forma objetiva y razonable.

- Las dos últimas categorías¹¹⁹ esta representadas, de un lado, por aquellas disposiciones del CEDH que contienen términos vagos e imprecisos —como por ejemplo los fines legítimos enunciados en las cláusulas limitativas de los derechos, tales como la “protección de la moral”— y, finalmente, cuando se presenta un caso ante el TEDH que exige equilibrar intereses, esto es, que requiere por parte del Tribunal sopesar los intereses del individuo frente a los de la comunidad nacional. En conexión con esta última categoría, “en principio el margen de apreciación es relevante a los (numerosos) elementos del Convenio respecto de los cuales es aplicado el test de proporcionalidad”¹²⁰.
- En contra partida, el recurso al margen de apreciación no debería ser aplicado a aquellos supuestos donde la Convención señala las reglas detalladas, o términos de carácter estricto y objetivo —como los artículos 2 y 3 CEDH—, ni tampoco en cuestiones

¹¹⁹ Estas dos últimas son las únicas identificadas por VAN DIJK y VAN HOOFF, en el entendido de que las anteriores son de carácter obvio pues constituyeron las primeras objeto de aplicación por parte del TEDH. *Theory and Practice...* Op. cit., 3º edic. p. 85.

¹²⁰ VAN DIJK; VAN HOOFF. *Theory and Practice...*, op. cit., 3º edic., p.85. En la misma dirección apunta Fassbender cuando afirma que “el Tribunal, al enjuiciar si una medida es necesaria y proporcionada stricto sensu, ha reconocido que los Estados disponen de un cierto margen de apreciación”. FASSBENDER, Bardo. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”; en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5 septiembre -diciembre 1998, p. 57.

de naturaleza puramente procesal e, incluso, en las cinco categorías antes señaladas, cuando la violación del derecho sea muy evidente.

La doctrina ha destacado como rasgo principal del margen de apreciación conferido a los Estados su carácter variable, del que se deduce su naturaleza cambiante¹²¹. La variabilidad del margen de apreciación depende de múltiples factores, para cuyo análisis seguiremos la exposición den Van Dijk y van Hoof¹²². Tras un repaso de la jurisprudencia pertinente, estos autores sugieren los siguientes elementos condicionantes de la mayor o menor amplitud del margen de apreciación:

1. La existencia de un entendimiento común europeo en la legislación y la práctica de los Estados Parte, esto es, en una materia sobre la que existe cierto consenso y cuya regulación muestre sincronías, se tiende a cerrar el ámbito del margen de apreciación concedido a los Estados. E inversamente, cuando la ley o práctica enjuiciada en la demanda difieran entre los Estados Parte, se ampliará la intensidad del ámbito de apreciación.
2. La naturaleza del derecho objeto de enjuiciamiento. De ese modo, sobre ciertos derechos —como el de propiedad—, los Estados Parte gozan de un margen de apreciación más amplio que

¹²¹ Vid, entre otros, CARRILLO SALCEDO, J.A. *El convenio Europeo...*, op. cit., p. 92.; FASSBENDER, Bardo. *El principio de proporcionalidad...*, op. cit., p. 61. VAN DIJK; VAN HOOFF. *Theory and Practice...*, op. cit., p. 87.

¹²² VAJ DIJK; VAN HOOFF. *Theory an Practice...*, op. cit., 3º edic., 1998, pp.84-91. En el mismo sentido, Mahoney, Paul. "Marvellous Richness of Diversity or Individious Cultural Relativism?"; en *Human Rights Law Journal*, vol.19, nº1, 1998, pp.1-6.

cuando se trate de otro tipo de derechos – como por ejemplo el de la libertad de expresión- mas íntimamente conectados a la propia esencia y funciones de las sociedades democráticas o que formen parte del “núcleo esencia de la vida privada de un ciudadano”¹²³.

3. Las diferentes actividades del individuo que se pretenden proteger bajo un mismo derecho concreto. Así, en el caso del ejemplo anterior, el margen de apreciación será más estrecho cuando lo que se trate de proteger sean cuestiones relacionadas con debates sobre asuntos de interés público, que aquellas relativas a publicidad comercial protegidas igualmente bajo el derecho a la libertad de expresión.
4. La naturaleza de la legítima finalidad perseguida por la medida estatal restrictiva impugnada y las circunstancias o el contexto de la misma.
5. Finalmente, un último factor que incide sobre el ámbito del margen de apreciación es si el asunto tiene que ver con las diversas políticas públicas generales del Estado. En estos casos, el Tribunal ha asumido que las legislaturas de los Estados Parte gozan de un amplio margen de apreciación.

¹²³ FASSBENDER, Bardo. “El principio de proporcionalidad...” op. cit., p.60.

a) *Efectos del margen de apreciación:*

La intensidad del margen de apreciación concedido a los Estados parte despliega efectos directos sobre el nivel de escrutinio ejercitado por el TEDH en un caso concreto objeto de enjuiciamiento, esto es, sobre el poder de supervisión que ejerce el Tribunal de Estrasburgo en torno al cumplimiento estatal de las obligaciones convencionales. Si bien con el importante matiz de que la relación entre ambos conceptos “en un caso dado, no siempre es tan clara como debiera”¹²⁴, cabría afirmar que, a mayor margen de apreciación, menor será la intensidad del escrutinio realizado por el TEDH y, por tanto, mayor espacio para que entren en juego los intereses generales aducidos por los Estados para justificar la intervención limitativa sobre los derechos del Convenio.

El margen de apreciación concedido a los Estados partes otorga a éstos una esfera de maniobra por la que penetra la soberanía estatal¹²⁵ y, por ende, cierta restricción en el ámbito de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en virtud de su condición de miembros del Consejo de Europa. Todo ello, repetimos, sin perjuicio de la competencia revisora que en última instancia compete al TEDH y conforme a la cual éste supervisa la conformidad de las decisiones internas de las autoridades estatales con los derechos consagrados por el CEDH. En este sentido, Carrillo Salcedo inscribe la doctrina del

¹²⁴ VAN DIJK... (3ª edic.) *Theory and Practice...*, op. cit., p. 93.

¹²⁵ EISSEN, Marc-André. *El Tribunal Europeo...*, op. cit., p. 87. FASSBENDER, B. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TEDH”, op. cit., p. 64.

margen de apreciación dentro de las técnicas que cumplen una función conciliadora de intereses¹²⁶, pues si bien es cierto que el sistema del Convenio de Roma está destinado a la salvaguardia de los intereses individuales —derechos subjetivos— frente al Estado, la preeminencia de los derechos humanos tiene lugar sin por ello perder de vista la custodia de los intereses de la comunidad nacional, en cuyo respaldo actúa el margen de apreciación estatal.

Por ello, el uso del margen de apreciación, especialmente cuanto mayor sea la intensidad de su ámbito, tiende a inclinar la balanza a favor del Estado y a debilitar el test de proporcionalidad usado por el TEDH para examinar los límites a los derechos convencionales. Al respecto, François Ost ha firmado que “muy a menudo, el reclamo al margen nacional aparece como preliminar a una solución favorable al Estado demandado y condiciona una interpretación más prudente de las disposiciones enjuiciadas”¹²⁷.

Por lo que respecta a los Estados parte, la doctrina del margen de apreciación se corresponde con el diálogo democrático que bajo el marco constitucional, como expresión suprema de la soberanía, se establece entre los poderes públicos —políticos jurisdiccionales. En este diálogo democrático las políticas públicas aprobadas por los respectivos Parlamentos expresan posiciones políticas ideológicamente estructuradas por los partidos políticos. De ahí que, con el tiempo, ciertos derechos y libertades, así como los conceptos jurídicos inde-

¹²⁶ CARRILLO SALCEDO, J. A. *El convenio Europeo...*, op. cit., p. 91.

¹²⁷ OST, F. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 320.

terminados que la Constitución reconoce como condicionantes legítimos para su afectación, pueden variar según el partido o coalición de partidos en el gobierno. Todo ello, incluida la apreciación del Tribunal Constitucional sobre los derechos y libertades, entra dentro del margen de apreciación de que goza cada Estado Parte.

El reconocimiento a las Altas partes contratantes de un margen de apreciación actúa, a juicio del antiguo Secretario del TEDH, como “una especie de autolimitación judicial”¹²⁸ que se basa en la consideración de que las autoridades nacionales están mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre cuestiones actuales atinentes a las realidades nacionales, sin perjuicio de la supervisión efectuada al respecto por el TEDH¹²⁹. Cuando el TEDH maneja criterios deferentes con el margen nacional de apreciación, el resultado es cierto repliegue o distanciamiento del caso, que provoca una jurisprudencia cau-

¹²⁸ EISSEN, Marc-André. op. cit., p. 82. en la misma línea se inscribe CARRILLO SALCEDO, quien expresamente incluye a la doctrina del margen de apreciación estatal como una de las “manifestaciones de la tendencia al autocontrol judicial”. *El Convenio Europeo...*, op. cit., pp. 91-94.

¹²⁹ En palabras del propio Tribunal, sentando una jurisprudencia constantemente reiterada en decisiones posteriores: “...It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for ‘the life of [its] nation’, to determine whether that life is threatened by a ‘public emergency’ and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogation necessary to avert it. In this matter Article 15 Para. 1 (art. 15-1) leaves those authorities a wide margin of appreciation. Nevertheless, the States do not enjoy an unlimited power in this respect. The Court, which, with the Commission, is responsible for ensuring the observance of the States’ engagements (art. 19), is empowered to rule on whether the States have gone beyond the ‘ extent strictly required by the exigencies’ of the crisis (Lawless judgment of 1 July 1961, Series N°. 3, p. 55, para 22. and pp. 57-59, paras. 36-38). The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision. Asunto Irlanda c. Reino Unido, 18 de enero de 1978. aptdo. 207.

telosa y prudente por parte del Tribunal, de autocontención judicial y respetuosa con la soberanía estatal. Miguel Revenga denomina a este resultado jurisprudencial como “jurisprudencia complaciente con los límites de los derechos¹³⁰” y, por ende, contraria al activismo judicial que desplegará una jurisprudencia, en palabras del mismo autor “agresiva de derechos fundamentales”, como aquella que provoca el uso por parte el TEDH del criterio de interpretación evolutiva.

El margen de apreciación opera en sentido inverso a los conceptos autónomos, y ello en una multiplicidad de niveles que, a modo de intento de sistematización, cabría resumir del siguiente modo:

- a. El otorgamiento de un margen de maniobra estatal pretende dejar en la esfera de los Estados parte la protección de los derechos convencionales tal y como éstos son interpretados en las esferas nacionales, otorgándoles cierto grado de discrecionalidad. Sin embargo, los conceptos autónomos operan de forma contraria, detrayendo de los Estados la determinación de ciertos conceptos jurídicos homólogos a los convencionales.
- b. A través del margen de apreciación se cuela la soberanía estatal; mientras que, por su parte, mediante la construcción jurisprudencial de los conceptos autónomos se establecen límites a la voluntad soberana de los Estados miembros del Consejo de Europa, reafirmando con ello la supraestatalidad del sistema regional de protección de los derechos humanos.

¹³⁰ REVENGA SÁNCHEZ, M. *Seguridad Nacional y Derechos Humanos...*, op. cit., p. 55.

- c. La relación entre la intensidad del margen de apreciación y la probabilidad de que el TEDH acuda a una interpretación autónoma puede calificarse como inversamente proporcional¹³¹.
- d. La concesión de un margen de apreciación fomenta el mantenimiento de los particularismos¹³² y tradiciones culturales de los distintos Estados signatarios, propiciando la disparidad legislativa¹³³, en sentido inverso a la funcionalidad desplegada al respecto por la interpretación autónoma.

El margen de apreciación da oportunidad para que en los Estados se interprete la Constitución como una norma abierta, es decir, supone respetar los procesos políticos internos- esto es, que las cuestiones relevantes se ventilen y decidan en los parlamentos nacionales-. Lo contrario podría socavar las bases del propio Estado nacional. Por

¹³¹ En este sentido, tal y como ha destacado François Ost, “cuanto más amplio sea el margen nacional de apreciación concedido, tanto menos estará tentado el TEDH de imponer una interpretación autónoma de los términos de las disposiciones tomados como referencia, en ausencia de un significativo consenso europeo. Al contrario, en el caso en que la Corte se considere autorizada a extrapolar una doctrina europea mayoritaria, o bien común, reducirá proporcionalmente el margen de apreciación y no dudará en adoptar una interpretación autónoma”. OST, François. *Originalità dei metodi di interpretazione...*; en DELMAS-MARTY, M. *Verso un'Europa dei diritti dell'Uomo. op. cit.*, p. 315.

¹³² FASSBENDER ha afirmado al respecto que “es muy posible que la protección de las diferencias y de las especialidades nacionales haya constituido uno de los principales objetivos de esta doctrina”. Este peligro constituye un reto de especial importancia en el nuevo contexto ampliado del Consejo de Europa. Al respecto, este autor ha señalado que “es posible que el nuevo ámbito de actuación obligue en un futuro próximo al Tribunal a modificar una doctrina —el margen de apreciación— desarrollada para un círculo limitado de Estados relativamente homogéneos, con el fin de no permitir que aquella doctrina (...) se convierta en una figura jurídica que justifique unas diferencias demasiado grandes en los niveles de protección de los derechos humanos”. “El principio de proporcionalidad...”, op. cit., p. 65.

¹³³ VAN DIJK; VAN HOOFF. *Theory and Practice...*, op. cit., p. 3, quienes afirman que “a través del margen de apreciación el Tribunal envía el mensaje de que no desatenderá las particularidades nacionales”. En sentido similar, MCADONALD. Op. cit., p. 208.

ello, cabría afirmar que el recurso al margen de apreciación por parte del TEDH denota una actitud pragmática por parte de este órgano que desarrolla la finalidad última de evitar y/o prevenir resistencias estatales¹³⁴, preservando la autoridad moral y respetabilidad internacional del TEDH y del propio sistema Regional de cara a los Estados Parte¹³⁵.

La doctrina del margen de apreciación, pese a las críticas que suscita, refleja una actitud de prudencia y autocontención del Tribunal, pudiendo considerarse como “un intento, aunque imperfecto, de hacer explícitas las consideraciones de política judicial que subyacen en su razonamiento y en las variaciones en el nivel de escrutinio desplegado por el TEDH”¹³⁶.

El margen de apreciación no constituye un cheque en blanco para los Estados nacionales, a cuyo cobijo pueden afectar indiscriminadamente los derechos protegidos por el Convenio y debilitar sus obligaciones internacionales. Supone un ámbito -acotado- de manobra estatal que pretende proteger la soberanía de las Altas partes contratantes así como las particularidades propias de cada Estado. En esta

¹³⁴ En este sentido, VAN DIJK y VAN HOOFF afirman que esta doctrina “permite a la Corte desarrollar los estándares sustantivos del Convenio, sin chocar contra serias objeciones por parte de los Estados que pudieran comprometer la autoridad del TEDH”. *Theory and Practice...*, 3ª edic. op. cit., p 93, traducción propia.

¹³⁵ VAN DIJK; VAN HOOFF. *Theory and practice...*, op. cit..., pp. 93-94.

¹³⁶ VAN DIJK; VAN HOOFF. *Theory and practice...*, op cit., p. 93. En un sentido opuesto, profundamente crítico con el uso del margen de apreciación estatal, al que califica expresamente como una teoría discrecional, vid. GARCÍA ROCA, Javier. “La muy discrecional doctrinal del margen de apreciación nacional según el TEDH: Soberanía e Integración”; en *Teoría y Realidad constitucional*, n° 20, 2007, pp 117-143. García Roca estima que esta doctrina constituye un problema estructural que explica las inconsistencias que existen en las jurisprudencias de Estrasburgo.

línea, Carrillo Salcedo afirma que “ si se desorbita, la doctrina al margen de apreciación puede llegar a poner en cuestión la esencia misma del CEDH”¹³⁷ diluyéndola “en una excesiva pluralidad de situaciones particulares”¹³⁸. De ahí que la Corte reiteradamente señale que la doctrina del margen de apreciación va siempre de la mano de la supervisión europea- lo contrario sería una abdicación de las obligaciones del TEDH-, lo que lleva a Van Dijk a afirmar que “cualquier libertad dejada a los Estados contratantes bajo esta figura es residual y provisional”¹³⁹.

2.4 El principio de proporcionalidad

Los derechos reconocidos en los artículos 8 a 11 del CEDH se caracterizan por la expresa previsión de restricciones a su contenido, limitaciones que serán legítimas siempre que respeten las finalidades y requisitos contemplados por el propio Convenio en dichas disposiciones. Estas finalidades se formulan recurriendo a conceptos jurídicos indeterminados y, por tanto, dotados de contornos vagos y abstractos¹⁴⁰, esto es, de difícil determinación concreta.

Entre los requisitos exigidos a los límites posibles de los derechos consagrados en los artículos 8 a 11 CEDH, dos son constantes o comunes a todos ellos: la necesidad de que las limitaciones estén pre-

¹³⁷ CARRILLO SALCEDO. *El convenio Europeo...*, op. cit. p. 93.

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ VAN DIJK; VAN HOOFF. *Theory and practice...*, op. cit. 97.

¹⁴⁰ CARRILLO SALCEDO. *J.A El convenio Europeo...*, op. cit., p 27

vistas legalmente, y sean necesarias en una sociedad democrática para la consecución de alguno o algunos de los fines legítimos que dichos preceptos prevén - la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la de prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros-.

En el examen de los casos de posibles violaciones a los derechos convencionales que reconocen limitaciones (artículos 8 a 11), la metodología¹⁴¹ más habitualmente utilizada por el *case law* -aunque no única- consiste en el examen secuencial de los parámetros señalados anteriormente. A saber, en primer lugar el TEDH constata que existe una violación del derecho para proceder, a continuación, a determinar si dicha interferencia es acorde a la ley o está prevista legalmente, tras lo cual evaluar si la medida limitativa persigue alguno de los fines legítimos exhaustivamente enumerados en el párrafo segundo de los artículos mencionados. Finalmente, la cuestión más problemática de dilucidar y la que, por ello, ocupa la parte más sustancial del razonamiento jurídico del TEDH, es la que se centra en determinar si la limitación del derecho es necesaria en una sociedad democrática, una vez constatada y justificada dicha limitación en la persecución de alguna de las finalidades legítimas.

Con el fin de controlar que las injerencias de las distintas autoridades estatales respeten el requisito de la necesidad en una sociedad democrática, el TEDH ha exigido expresamente que debe existir

¹⁴¹ VAN DIJK; VAN HOOFF *Theory and practice ...*, op. cit. p.335

una proporcionalidad entre las medidas limitativas o restrictivas de los derechos y los fines que con dichas medidas se persiguen, ya que ello permite alcanzar un justo equilibrio entre los distintos intereses -generales y particulares- presentes en el litigio. Proporcionalidad y justo equilibrio aparecen como conceptos gemelos¹⁴².

El principio de proporcionalidad no está expresamente consagrado en ningún precepto del Convenio de Roma¹⁴³. Es una construcción cuyo origen se sitúa en el derecho interno alemán y posteriormente ha sido importada por el TEDH y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Su uso con carácter general es creciente en el ámbito de los derechos, tanto fundamentales como humanos, y se explica como la consecuencia de la estructura principal que caracteriza a éstos y que determina la necesidad de acudir a la ponderación para la aplicación de los mismos.

El principio de proporcionalidad posee una estructura tripartita¹⁴⁴. El punto de partida para su aplicación consiste en evaluar si

¹⁴² CARRILLO SALCEDO, J.A. el *Convenio Europeo...*, op. cit., p. 110. La misma percepción tiene el TEDH, vid, entre otras, Asunto López Ostra c. España, STEDH de 9 de diciembre de 1994, párrafo 150.

¹⁴³ Pese a no estar expresamente reconocido en el texto del Convenio, puede deducirse implícitamente de alguna de sus disposiciones, tales como de los requisitos establecidos para la limitación de los derechos individuales (artículos 8-11 CEDH), especialmente de la “necesidad en una sociedad democrática”. También puede entreverse en el artículo 15 el cual, al prever la posible limitación de los derechos convencionales en caso de guerra u otro peligro público, señala que sólo “en la medida en que resulte estrictamente indispensable a la vista de las circunstancias concretas”. BARDO FASSBENDER. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”; en Cuadernos de Derecho Público n. 5, septiembre-diciembre 1998, pp. 52-53.

¹⁴⁴ Vid., entre otros, BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid, Dykinson, 2004, pp. 374-386; Díez PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., pp 109-112. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad*

la medida limitativa del derecho en cuestión persigue un fin legítimo -esto es, alguno de los objetivos taxativamente enumerados en los artículos 8 a 11 del CEDH-. Si la respuesta es afirmativa, y sólo en ese caso, entrarán en juego -de forma acumulativa y escalonada o sucesiva- tres exigencias o subprincipios inherentes a la proporcionalidad:

1. En primer lugar, se procederá a analizar si la limitación del derecho constituye una medida adecuada para el logro de la finalidad legítima establecida (subprincipio de adecuación o idoneidad).
2. Tan sólo cuando así sea, se pasará a examinar si la limitación del derecho es necesaria, en el sentido de que no es posible encontrar otra medida limitativa alternativa que sea menos gravosa para el particular (subprincipio de necesidad, imprescindibilidad o intervención mínima).
3. La última frase supone para el operador jurídico la exigencia de ponderar los distintos intereses en competición -individuales y estatales-, a fin de determinar que la intervención limitativa sobre el derecho no constituya una restricción excesiva que desemboque en el vaciamiento del derecho en cuestión (subprincipio de proporcionalidad estricta, ponderabilidad o prohibición de exceso).

En el ámbito específico del Consejo de Europa, el principio de proporcionalidad ha sido usado de forma tanto expresa como tácita

como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid, CEPC, 2003, p. 101.

por la jurisprudencia del TEDH desde 1968, dejándose entrever por primera vez en la *sentencia relativa a ciertos aspectos lingüísticos de la enseñanza en Bélgica*. En dicha ocasión, a propósito de la existencia de un tratamiento discriminatorio contrario al artículo 14 del Convenio, la Corte Europea afirmó que “una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”¹⁴⁵.

Pero es especialmente a partir de la sentencia *Handyside* donde el uso del principio de proporcionalidad por parte del TEDH se hace explícito. En este asunto, donde se debatía si una limitación a la libertad de expresión era o no compatible con el Convenio de Roma (art. 10), el TEDH recordó el carácter limitado del margen de apreciación estatal, desarrollando al respecto la Comisión y el TEDH una función supervisora. Posteriormente, y basándose en la importancia esencial de la libertad de expresión en una sociedad democrática, extrajo, como consecuencia de ello, que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debía ser proporcionada al objetivo legítimo que se persigue¹⁴⁶.

Donde entonces, la utilización del principio de proporcionalidad por parte de los jueces de Estrasburgo es habitual y especialmen-

¹⁴⁵ Asunto relativo a ciertos aspectos lingüísticos de la enseñanza en Bélgica, sentencia de 23 de julio de 1968, párrafo 10.

¹⁴⁶ *Handyside c. Reino Unido de Inglaterra*, STEDH de 7 de diciembre de 1976, párrafo 49.

te intensa en aquellos preceptos que prevén limitaciones expresas al ejercicio de los derechos.

La necesidad en una sociedad democrática “fortalece la posición de los particulares frente a los intereses de la comunidad”¹⁴⁷, actuando así de contrapunto a la función desempeñada por las limitaciones estatales a los derechos del Convenio, precisamente la opuesta, la salvaguardia de los intereses generales. De forma gráfica, podría decirse que en un caso donde se plantea si una limitación estatal constituye o no una violación a los derechos del Convenio, nos encontramos ante dos intereses contrapuestos y, en principio, dignos de protección, fluctuando en un báscula donde el papel de fiel de la balanza aparece representado por la actuación del principio de proporcionalidad. Este principio permitirá optar por uno de los intereses contrapuestos, pero con el menor sacrificio posible respecto al otro, es decir, permite minimización de la restricción, que se extiende tan sólo al ámbito estrictamente necesario.

En consecuencia, de la cláusula de la necesidad en una sociedad democrática el TEDH ha extraído los principios interpretativos más importantes¹⁴⁸, incluido el principio de proporcionalidad. Esta cláusula ha servido pues al TEDH para “verificar la proporcionalidad de una concreta intervención” en los derechos consagrados en el Convenio. Sobre su base, el TEDH exige que las “injerencias en el goce de un

¹⁴⁷ FASSBENDER, B. “el principio de proporcionalidad...”, op. cit., p. 57.

¹⁴⁸ VAN DIJK; VAN HOOFF. *Theory and practice...*, op. cit., p. 340.

derecho, esto es, sus limitaciones y restricciones, han de ser proporcionadas”¹⁴⁹.

Por eso, en palabras de Luis M^a Díez- picazo la proporcionalidad es una “técnica tendente a que la consecución de intereses públicos no se haga a costa de los derechos e intereses de los particulares, sino que busque un punto de equilibrio entre ambos”¹⁵⁰, lo que permite un notable grado de tecnificación a la hora de buscar un punto de equilibrio entre principios en colisión, que encarnan respectivamente intereses públicos y derechos individuales.

De este modo, la operatividad del principio de proporcionalidad consiste en actuar como límite a las posibles restricciones de los derechos contemplados en el Convenio, lo que permite al Tribunal poder controlar, con criterios técnicos, las medidas limitativas que los Estados signatarios establezcan sobre los derechos convencionales -respecto a las cuales, como hemos visto, los Estados gozan de un margen de apreciación tanto mayor cuanto menor sea el grado de consenso europeo en la materia de que se trate-. El principio de proporcionalidad constituye por ello un “ límite de los límites”¹⁵¹.

¹⁴⁹ *Ídem*. p. 27

¹⁵⁰ DÍEZ- PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 110.

¹⁵¹ *Ídem*.

RELEXIONES SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA

LA EDUCACIÓN JURÍDICA INTERCULTURAL

MANUEL GUSTAVO OCAMPO MUÑOA

INTRODUCCIÓN

La inclusión del enfoque intercultural en la enseñanza del Derecho genera diferentes efectos, pues tradicionalmente, los planes y programas de estudio están diseñados con una visión monista, es decir pensando en el Derecho como aquel instrumento de dominación impuesto por un sistema con la peculiaridad de ser inmutable, único, formal y basarse en la defensa de la existencia y reconocimiento de un solo sistema normativo, que por tanto no toma en consideración a las diferentes culturas que interaccionan en la sociedad; y lo intercultural se traduce en una nueva forma de construcción del conocimiento jurídico que parte de los destinatarios de la norma, de las entrañas de las comunidades, del día a día, del reconocimiento de la existencia de una sociedad plural y del respeto a las diferencias.

El enfoque intercultural está presente en el Sistema Jurídico Mexicano, y se aprecia con mayor nitidez, a partir del reconocimiento en la Constitución Política Federal de ciertos derechos humanos de los denominados grupos vulnerables, principalmente los correspondien-

tes a los pueblos originarios, situación que ha propiciado el desarrollo de una de sus herramientas, el pluralismo jurídico, que poco a poco gana espacios en las políticas públicas y en la academia, resultando en este último caso, al realizar investigación jurídica una perspectiva en veces polémica y otras tantas, a decir de los defensores del positivismo y formalismo legal inoficiosa.

La idea de multiculturalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad existente en el derecho positivo Mexicano se refleja de la interpretación jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una tesis Jurisprudencial en la que se definen los alcances del debido proceso, piedra angular del sistema penal acusatorio¹, de la que se obtiene que dentro de las garantías del debido proceso existe un “núcleo duro”, y que este, se encuentra constituido por las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional y que dicha Corte de Justicia ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica, también resulta evidente la necesidad de tomar en consideración el entorno socio cultural, si lo que se pretende es dotar de un contenido intercultural a ese derecho fundamental; aunado a que en el caso del Estado Mexicano es de suma importancia descubrir el nivel de la discusión de la teoría de la ciudadanía, y vincularla con los alcances

¹ Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, Pág. 396, Jurisprudencia (Constitucional).

del debido proceso penal. En Chiapas, estos temas no son ajenos a su realidad y requieren de especial tratamiento, ya que ha sido escenario de diversos episodios en los que se precisa del dialogo para encontrar alternativas de solución, pues se considera que no existe un proceso que garantice el respeto a las diferentes formas de pensar, verbigracia son los temas relacionados con expulsiones en los pueblos originarios, los hechos ocurridos en acteal el 22 de diciembre de 1997 y los efectos jurídicos de la venta de menores de edad, que se traducen en comercio sexual desde la perspectiva occidental pero que en la cosmovisión de los Tzeltales, tiene otra connotación. Lo anterior genera la necesidad de entender la identidad de los pueblos originarios que ha decir de los expertos se encuentra en construcción, tal como lo plantea Oswaldo Chacón² al referirse a la existencia de varias instancias, instituciones y ámbitos en donde conviven indígenas y no indígenas (mestizos y ladinos), donde coinciden luchando juntos, como en los partidos políticos, en las religiones, en las asociaciones mercantiles o de crédito, juntas de colonias urbanas como sucede en la ciudad de San Cristóbal de las Casas y en organizaciones no gubernamentales, lo que contribuye a que dicha identidad no se fortalezca y por lo tanto disminuye la posibilidad de que se organicen esas minorías y reclamen sus derechos.

² Chacón Rojas, Oswaldo, Teoría de los Derechos de los Pueblos Indígenas, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, serie Doctrina Jurídica número 228, México. 2005.

I. LA INTERCULTURALIDAD EN EL DERECHO

Mientras que el multiculturalismo pone el acento en las particularidades de cada grupo cultural, la interculturalidad resalta la necesaria interacción para la pervivencia de las culturas, es decir analiza el tipo de relaciones y no quién forma parte de cada uno de los grupos. La interculturalidad pretende fomentar un análisis relacional con la ayuda de la sociedad, las instituciones y la educación. Por su parte el pluralismo jurídico, se concibe como una de sus herramientas, que gira en torno al reconocimiento a los derechos de las culturas originarias, las etnias y sus sistemas normativos, implica la ampliación de las nociones tradicionales de soberanía y legitimidad en el Estado, la protección de la laicidad, derechos culturales y derechos humanos, mismos que se constituyen en principios de convivencia susceptibles de formar parte del patrimonio común de todas las culturas y de toda organización jurídico política. Con la interculturalidad se pretende que el diálogo y la comunicación entre las culturas permitan reconocer, sin privilegiar racionalidad alguna, los derechos de las diversidades culturales y religiosas, entre otras.

Para entender la relación del Derecho y la Interculturalidad es necesario explicar de manera breve los alcances de los conflictos culturales que requieren del dialogo en la cultura jurídica Mexicana, que se constituye principalmente y hasta el momento con la herencia hispánica, los movimientos liberales de los siglos XVIII y XIX y los movimientos sociales del XX; predomina la cultura occidental y por ende el monismo jurídico, es decir la conciencia de la existencia

de un solo orden normativo, en consecuencia las culturas jurídicas de los países conquistados no fueron tomadas en cuenta en la formación del derecho. Es frecuente que en la formación del abogado occidental, como el caso de nuestro país, se consideren como fuentes privilegiadas del derecho a las formalidades de los procesos legislativos, a la jurisprudencia, al convenio y a los actos unilaterales de voluntad, y de manera restringida a la doctrina y a la costumbre. Quedan como fuentes materiales del derecho las consideraciones éticas y las circunstancias sociales e históricas. De lo anterior sólo nos queda la posibilidad de entender a los sistemas normativos de otras culturas por la vía de la costumbre, su ética y su situación social e histórica.

Es decir, el proyecto cultural europeo se ha volcado en la historia con la idea de ser único. Este ánimo permeó a las organizaciones jurídico políticas de la cultura en los pueblos que fueron objeto de conquista. De ahí que podamos hablar del monismo cultural y del monismo cultural en lo jurídico, sin embargo existe una diversidad de culturas y por lo mismo diversidad de culturas jurídicas.

Se puede argumentar válidamente que cada cultura es un modelo de mundo y que nosotros medimos el universo de acuerdo a ese patrón o como Tzvetan Todorov³, lo expresa “una cultura no evoluciona si no es a través de los contactos: lo intercultural es constitutivo de lo cultural”.

El sistema jurídico Mexicano parte de esa premisa, monista y todas sus instituciones como es el caso de los derechos fundamentales

³ Tzvetan Todorov, *Nosotros y los otros*, Trad. de Martí Mur Ubasart. México, Siglo XXI, 1991 (Serie teoría), p.86

son argumentados y expuestos desde esa perspectiva, lo que dificulta el dialogo entre las diversas culturas que existen a lo largo y ancho del Estado y no nos referimos en exclusiva a los pueblos originarios o indígenas como tradicionalmente se les conoce, sino a toda comunidad como por ejemplo los de inmigrantes o los grupos feministas.

Lo anterior se puede entender a decir de Todorov⁴ con la enseñanza de la conquista española que demostró que para el éxito de la dominación es necesario lo siguiente: primero, la convicción de la superioridad ante el Otro, para conocerlo y adaptarse a él, con el fin de transformarlo y asimilarlo a su cultura. Segundo, el conocimiento e interpretación casi etnográfica del Otro, considerando que “La buena información es la mejor forma de imponer el poder. Y tercero, la superioridad en el aspecto tecnológico, especialmente en la comunicación: esto permitió al colonizador infligir una derrota.

Por lo tanto, podemos afirmar que la relación entre el Derecho y la interculturalidad, en el sistema jurídico Mexicano es hasta cierto punto reciente y novedosa dirigida principalmente al campo de los derechos humanos, pues como se dijo desde la conquista misma nace la imposición de un sistema legal dominante que por años ha impedido el dialogo entre las comunidades y lo que es peor aún no reconoce la existencia de esos sistemas jurídicos que se pretendieron extinguir o minimizar en la época de la conquista.

El pluralismo jurídico que en México se está gestando necesita de una conceptualización del derecho nueva en la que prevalezcan

⁴ Tzvetan Todorov, *La Conquista de América. El problema del otro*, Siglo XXI, México, 2007

temas que no han interesado a la ciencia jurídica pero que si se relacionan con ella. Por ejemplo, se hace necesario determinar hasta qué grado pueden tener un contenido intercultural los derechos humanos, reconocidos por el Estado, mismos que son normalmente explicados desde la perspectiva del derecho tradicional u occidental y protegidos por un orden jurídico que no dialoga con los otros sistemas jurídicos que determinan la vida de las diferentes comunidades que existen en México, es sumamente difícil y normalmente genera conflictos.

Al respecto, Mauricio Beuchot⁵, reflexiona respecto de: ¿Qué se puede hacer cuando hay conflictos en la comprensión y valoración de los derechos humanos en una sociedad multicultural?, y propone una interpretación analógica que permita respetar las diferencias y a la vez posibilite la universalización de los denominados derechos humanos que una cultura puede no conocer o no comprender y aún rechazar. Por ello, asegura que es válido argumentar la diversidad cultural al lado de la universalidad de los derechos humanos, pues son el núcleo compartido de diversas preocupaciones teóricas y políticas en el mundo moderno, así como de las reflexiones filosóficas que las acompañan. Y es que nadie puede rehusar hablar del universalismo en los derechos humanos. No obstante que la interpretación multicultural de los derechos humanos es una cuestión compleja.

La propuesta política, de Beuchot es entonces el pluralismo cultural, que armoniza el liberalismo individualista y el igualitarismo

⁵ Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, siglo XXI editores, 2005

comunitarista mediante un analogismo político-jurídico, que permita las diferencias sin lesionar la igualdad.

El pluralismo cultural significa el respeto de los símbolos del otro, aunque también supone la crítica de estos. En otras palabras, sostiene que no se pueden permitir las diferencias culturales que vayan en contra de la igualdad, del bien común y de los derechos humanos; sin embargo, sí deben permitirse y hasta favorecerse las diferencias que enriquezcan convenientemente el acervo cultural del todo social.

II. EL ESTUDIANTE DE DERECHO CON ENFOQUE INTERCULTURAL

Ahora bien, un concepto que debe incorporarse a lo jurídico y que en este momento se encuentra vigente en el sistema educativo Mexicano, en el modelo de educación intercultural, adoptado en algunas Universidades, es el de diálogo intercultural⁶ que remite a la posibilidad de promover un proceso de interlocución y aprendizaje en reciprocidad que favorece las condiciones para la integración de saberes derivados de culturas diversas, las cuales se enriquecen unas a otras, abriendo de esta forma el proceso educativo a la incorporación de elementos culturales diversos, situación que puede auxiliar a incorporar esa interculturalidad en el Derecho. El dialogo intercultural exige una concien-

⁶ Casillas Muñoz, María de Lourdes y Santini Villar, Laura, Universidad Intercultural Modelo Educativo, Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, SEP, México, Segunda Edición 2009.

cia, un aprecio, una autoestima de lo mejor de nosotros mismos como miembros de una cultura, porque ya hemos discernido nuestra propia cultura y hemos desenmascarado en cierta forma, las manipulaciones dogmáticas de la imagen de una cultura, Ya no somos el defensor de una cultura (el cubano que fuma tabaco o el mexicano que toma tequila), ya no defendemos un cliché⁷; en otras palabras poner en práctica el dialogo intercultural requiere tener conciencia de la propia cultura en todas sus dimensiones con sus virtudes y defectos, para aceptar el modo de ser de otra.

Contrario a lo que pudiera pensarse con el enfoque intercultural en el Derecho no se trata de crear mediadores, la formación que se pretende dar derivada del modelo educativo intercultural y busca inculcar la investigación jurídica bajo lo que podría ser un nuevo paradigma, el enfoque intercultural. El aprendizaje en áreas de oportunidad que implican la realización de proyectos de investigación en la enseñanza del derecho, coadyuva no solo a la comprensión del fenómeno social sino permite además, que los alumnos se apropien de los métodos que utilizan las ciencias, las artes, las humanidades, en fin, todas las disciplinas para aproximarse a las interpretaciones de la realidad que subyacen a las leyes científicas.

La Licenciatura en Derecho con enfoque Intercultural recoge características particulares de las distintas regiones de México y las

⁷ Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, SEP, Reflexiones de Raúl Fornet-Betancourt Sobre el Concepto de Interculturalidad, SEP, México, Segunda Reimpresión 2007.

intenta contextualizar dentro de lo jurídico, que implica comprender la diversidad cultural, de conceptos y de aplicaciones comunitarias en torno al derecho lo que a su vez conduce en la necesidad de comprender el vínculo de las comunidades con sus cosmovisiones.

Se pretende formar un individuo dotado de los conocimientos científicos indispensables, capaz de comprender y estudiar la diversidad y la interacción de los diversos procesos humanísticos, sociales y culturales, pero también los ecológicos y económicos con sensibilidad respecto del conocimiento desarrollado por los diversos pueblos que incluyen su; saber, saber hacer y ser desde el desarrollo creativo y propositivamente estrategias de solución a las problemáticas que se le presenten en las condiciones de marginación y pobreza en la que la tecnología se encuentra ausente.

CONCLUSIONES

Con lo expuesto hasta aquí, queda clara la relación del derecho con la interculturalidad, principalmente con uno de sus argumentos el pluralismo jurídico y uno de los conceptos más importantes en los sistemas legales los derechos humanos, lo que genera la necesidad de que al estudiante de derecho se le proporcione más información sobre el tema, no con la intención de adoctrinarlo sino para construir conocimiento científico jurídico adecuado a la realidad de su entorno. La intención de los programas de derecho no debe ser formar abogados legalistas incapaces de

entender la existencia de diferentes sistemas normativos y mecanismo alternos de solución de conflictos, sino generar profesionales reflexivos, con capacidad de diálogo y respetuosos de las diferencias culturales, este objetivo podría alcanzarse si se ubica dentro de la curricula de la licenciatura en derecho este eje transversal relacionado con la interculturalidad, mediante áreas de oportunidad como la comunicación que faciliten a los estudiantes el conocimiento, por ejemplo de la cosmovisión de las diferentes culturas que coexisten en la sociedad Mexicana, e inculcarles habilidades relacionadas con el dialogo entre grupos e impulsar el respeto a las diferencias como nuevos elementos del perfil del egresado. Si bien es cierto en algunas Universidades se ha trabajado en enfoques progresistas como la defensa de los Derechos Humanos que implica de cierta manera la interculturalidad, esta no debe estudiarse inmersa en ese tema sino que requiere de un espacio propio para entenderla mejor. En el sistema adversarial que en materia penal se implementara a partir del 2016 en todo el país, el tema de la interculturalidad es relevante por lo que hace necesario dotar de herramientas a los estudiantes en esa materia.

REFERENCIAS

- Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, siglo XXI editores, 2005
- Casillas Muñoz, María de Lourdes y Santini Villar, Laura, *Universidad Intercultural Modelo Educativo*, Coordinación General de Edu-

cación Intercultural y Bilingüe, SEP, México, Segunda Edición 2009.

Chacón Rojas, Oswaldo, *Teoría de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, serie Doctrina Jurídica número 228, México. 2005.

Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, SEP, *Reflexiones de Raúl Fornet-Betancourt Sobre el Concepto de Interculturalidad*, SEP, México, Segunda Reimpresión 2007.

Tzvetan Todorov, *Nosotros y los otros*, Trad. de Martí Mur Ubasart. México, Siglo XXI, 1991 (Serie teoría), p.86

Tzvetan Todorov, *La Conquista de América. El problema del otro*, Siglo XXI, México, 2007

DE LOS AUTORES
(POR ORDEN DE APARICIÓN)

OMAR DAVID JIMÉNEZ OJEDA

Es Maestro en Administración Pública y Licenciado en Derecho, por la UNACH; actualmente es profesor investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNACH. Ha colaborado en *Diagnóstico del proceso de fiscalización electoral en México; Aplicaciones específicas del derecho de acceso a la información; Manual sobre justiciabilidad del derecho de acceso a la información* (2013); y en *Introducción a las Instituciones Jurídicas de Chiapas*.

MARCO ANTONIO BESARES ESCOBAR

Es Doctor en Derecho por la UNAM y Maestro en Ciencias jurídico-penales por el INACIPE. Ha realizado estudios de especialización en Derecho Ambiental, Derecho Notarial y Contratos y Daños en la Universidad de Salamanca, España. Actualmente es profesor investigador y coordinador del Doctorado en Derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNACH. Ha publicado *Análisis Dogmático y Criminológico del Secuestro, Derecho Penal Ambiental y Protección Jurídica al Ambiente, Derecho Ambiental,*

Protección Penal del Ambiente; además coordinó junto al Dr. Carlos Natarén Nandayapa, el *Manual sobre la Justiciabilidad del Derecho de Acceso a la Información* (2013).

OSWALDO CHACÓN ROJAS

Es Doctor en Teoría Política por la Universidad Autónoma de Madrid, especialista en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid, especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, y Maestro en Estudios Amerindios por la Casa de América. Ha publicado, entre otros, *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas. Problemas y límites de los paradigmas políticos*, editado en 2005 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

M. ELISA GARCÍA LÓPEZ

Es Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca; Maestra en Acción Solidaria Internacional por la Universidad Carlos III de Madrid; Maestra en Política migratoria y Derecho de extranjería por la Universidad Autónoma de Madrid; Licenciada en Derecho por la Universidad de Salamanca. En la actualidad es profesora-investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNACH.

MANUEL GUSTAVO OCAMPO MUÑOA

Es Maestro en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNACH. Fue Coordinador del programa de Derecho con enfoque Intercultural de la Universidad Intercultural de Chiapas y actualmente dirige al Instituto de Investigaciones y Posgrados Electorales del IEPC Chiapas. Sus escritos incluyen contribuciones en la compilación del *1er. Foro de jóvenes investigadores Las Reformas Constitucionales 2008-2014* (2016) entre otros.

Este libro se terminó de editar en noviembre de 2016,
en Austin, Texas; Estados Unidos de Norte América.