

## ACCESO AL E-BOOK GRATIS

- [+] Diríjase a la página web de la editorial [www.tirant.com/mex](http://www.tirant.com/mex)
- [+] En *Mi cuenta* vaya a Mis promociones <https://www.tirant.com/mex/mispromociones>
- [+] Introduzca su mail y contraseña, si todavía no está registrado debe registrarse
- [+] Una vez en Mis promociones inserte el código oculto en esta página para activar la promoción

Código Promocional



Rasque para visualizar

No se admitirá la devolución de este libro si el código promocional ha sido manipulado



---

---

# ***EX LEGIBUS***

---

---

Nº 1/ Octubre 2014

## ÍNDICE

EDITORIAL.....	5
<b>NEOCONSTITUCIONALISMO</b>	
¿DOS O TRES NEOCONSTITUCIONALISMO?..... RODOLFO L. VIGO	7
<b>EL DEBATE SOBRE LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS HUMANOS</b>	
RETOS PARA LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA: ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS E INAPLICACIÓN DE JURISPRUDENCIA..... ENRIQUE CARPIZO AGUILAR	15
EL DEBATE EN TORNO AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD O DE DERECHOS HUMANOS COMO PARÁMETRO DE VALIDEZ Y PREVALENCIA DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES..... MARCOS FRANCISCO DEL ROSARIO RODRÍGUEZ	39
EL ENFOQUE RESTRICTIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS: COMENTARIOS A LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011 ..... RAMÓN ORTEGA GARCÍA	49
<b>DERECHOS DE MIGRANTES Y MENORES DE EDAD</b>	
DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO DE LOS MIGRANTES MENORES NO ACOMPAÑADOS DETENIDOS EN ESTACIONES MIGRATORIAS Y ESTANCIAS PROVISIONALES EN MÉXICO ..... LAURA G. ZARAGOZA CONTRERAS ANTONIO CUENCA MONTOYA	69
LA PROTECCIÓN DEL MENOR NO ACOMPAÑADO Y LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO. ¿UNA RELACIÓN COMPATIBLE? REFLEXIÓN DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO ESPAÑOL..... FRANCISCO MANUEL BARRERA LÓPEZ BARRERA LÓPEZ	85

### **COMITÉ EDITORIAL**

Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza  
Dr. Mauricio Rodríguez León  
Dr. Rubén Fonseca Noguez  
Dr. Víctor Manuel Rojas Amandi  
M. en D. Ricardo Sodi Cuellar  
M. en D. Enrique Víctor Manuel Vega Gómez  
Dr. Ramón Ortega García

### **CONSEJO DE LA JUDICATURA**

Mgdo. M. en D. C. y A. Baruch F. Delgado Carbajal  
*Presidente*  
Lic. Teresita del Niño Jesús Palacios Iniestra  
*Consejera*  
Mgdo. M. en A. de J. Ariel de la O Martínez  
*Consejero*  
Mgdo. Dr. Héctor Hernández Tirado  
*Consejero*  
Lic. Joel Sierra Palacios  
*Consejero*  
Dr. Eduardo López Sosa  
*Consejero*  
Juez. Lic. Juan Manuel Télles Martínez  
*Consejero*

### **ESCUELA JUDICIAL**

Mgdo. Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza  
*Director General*

*Ex Legibus* es una publicación académica y cultural de la Escuela Judicial del Estado de México que se edita los meses de abril y octubre. Cubre temas vinculados con el derecho y sus diversas disciplinas. Se encuentra indizada en LATINDEX.

**Director de la Revista:** Dr. Ramón Ortega García

Información: Escuela Judicial del Estado de México. Calle Josefa Ortiz de Domínguez, núm. 306, col. Santa Clara, C.P. 50060, Toluca, Estado de México. Tels. 1679200 ext. 15904. E-mail: [direccion.investigaciones@pjudomex.gob.mx](mailto:direccion.investigaciones@pjudomex.gob.mx)

© TIRANT LO BLANCH MÉXICO  
EDITA: TIRANT LO BLANCH MÉXICO  
Leibnitz 14  
Colonia Nueva Anzures  
Delegación Miguel Hidalgo  
CP 11590 MÉXICO D.F.  
Telf.: (55) 65502317  
[infomex@tirant.com](mailto:infomex@tirant.com)  
<http://www.tirant.com/mex/>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
ISSN: 2341-3182  
Derechos Reservados  
Impreso en México  
Maqueta: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

## EDITORIAL

La Escuela Judicial del Estado de México, a través de su Centro de Investigaciones Judiciales, se congratula al presentar el número 1 de la revista *Ex Legibus* en colaboración con la prestigiada casa editorial Tirant Lo Blanch de España. En este número se abordan tópicos derivados de la gran reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos, la cual ha obligado al Estado mexicano a la armonización del derecho internacional con el derecho interno; este proceso implica debate y reflexión respecto de una amplia variedad de problemas que se ponen de relieve en las seis contribuciones de este número, invitando al lector a debatir sobre temas agrupados en tres grandes categorías: NEOCONSTITUCIONALISMO, EL DEBATE SOBRE LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES Y MENORES DE EDAD.

En el primer apartado, Rodolfo Luis Vigo reflexiona sobre la posibilidad de distinguir **DOS O TRES NEOCONSTITUCIONALISMOS** a partir de obras representativas de filósofos del derecho que sirvieron para difundir en América Latina esta teoría jurídica, distinguiendo un tercer tipo de neoconstitucionalismo contemporáneo cuyos defensores serían abiertamente iusnaturalistas con una sólida formación en el realismo clásico aristotélico y distanciados del grupo de neoconstitucionalistas no-positivistas kantianos como Alexy, Nino, Atienza y Zagrebelsky, entre otros.

En el segundo apartado, Enrique Carpizo Aguilar inaugura el **DEBATE SOBRE LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS HUMANOS con el tema RETOS PARA LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA: ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS E INAPLICACIÓN DE JURISPRUDENCIA**, compartiendo ideas interesantes sobre la posibilidad de que los particulares acudan ante las instancias competentes para denunciar las políticas públicas violatorias de los derechos humanos y solicitar su nulidad; en este sentido, a los jueces les corresponde resolver sobre la constitucionalidad de dichas políticas a través del juicio de amparo según ilustra el autor mediante una serie de casos en donde el Estado mexicano cometió violaciones a los derechos fundamentales de las personas.

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez, por su parte, aborda **EL DEBATE EN TORNO AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD O DE DERECHOS HUMANOS COMO PARÁMETRO DE VALIDEZ Y PREVALENCIA DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES**, donde señala que, para que el nuevo diseño constitucional sea funcional y se optimice la eficacia en el ejercicio de los derechos humanos de las personas, se hace indispensable la configuración de un bloque de constitucionalidad integrado por la Constitución, instrumentos internacionales y jurisprudencia interamericana, cuya fun-

ción principal es la armonización de todas las disposiciones normativas inferiores que se encuentren vigentes en el sistema jurídico.

Asimismo, Ramón Ortega García expone **EL ENFOQUE RESTRICTIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS: COMENTARIOS A LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011**, donde, a partir de la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos frente a la Constitución, considera que la sentencia del máximo tribunal del país de fecha 3 de septiembre de 2013 no sólo resulta auto-contradictoria, sino violatoria del principio *pro persona* reconocido en el artículo 1° constitucional, ofreciendo primeramente un resumen de las principales conclusiones de la Contradicción de Tesis 293/2011, para después formular las críticas que a su juicio merece.

Finalmente, en el apartado de **DERECHOS DE LOS MIGRANTES Y MENORES DE EDAD**, Laura G. Zaragoza, junto con Antonio Cuenca Montoya, hacen una revisión al **DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO DE LOS MIGRANTES MENORES NO ACOMPAÑADOS DETENIDOS EN ESTACIONES MIGRATORIAS Y ESTANCIAS PROVISIONALES EN MÉXICO**, donde señalan que en la práctica el derecho de los menores de edad al debido proceso es vulnerado con frecuencia al existir una ausencia de información y representación legal para los niños que se ven obligados a emigrar solos de su país de origen, además de que las autoridades mexicanas no velan por el interés superior del menor cuando son canalizados a las Estancias Migratorias y Estancias Provisionales, por lo que en atención al principio de interdependencia, al vulnerarse el derecho humano al debido proceso de los menores de edad migrantes no acompañados, también resultan conculcados otros derechos humanos que les son reconocidos en la Carta Magna.

El presente número cierra con la reflexión de Francisco Manuel Barrera López sobre **LA PROTECCIÓN DEL MENOR NO ACOMPAÑADO Y LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO. ¿UNA RELACIÓN COMPATIBLE? REFLEXIÓN DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO ESPAÑOL**, en la que se hacen interesantes comentarios sobre la problemática de la inmigración de menores de edad a los países europeos en general, y a España en particular, lo que resulta importante conocer en nuestro país a propósito de un tema de actualidad.

Como en otras ocasiones, el Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México agradece a los autores la confianza depositada para difundir sus ideas.

# ¿DOS O TRES NEOCONSTITUCIONALISMOS?

Rodolfo Luis Vigo\*

## SUMARIO

1. NEOCONSTITUCIONALISMOS “DESCRIPTIVOS” Y “NORMATIVOS”. 2. DOS NEOCONSTITUCIONALISMOS: EL POSITIVISTA Y EL NO-POSITIVISTA. 3. ¿UN TERCER NEOCONSTITUCIONALISMO IUSNATURALISTA? 4. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS NEOCONSTITUCIONALISTAS NO-POSITIVISTAS Y LOS IUSNATURALISTAS. 5. CONCLUSIÓN.

## 1. NEOCONSTITUCIONALISMOS “DESCRIPTIVOS” Y “NORMATIVOS”

En obras que sirvieron para hacer conocer y difundir en nuestro continente a la teoría jurídica del “neoconstitucionalismo”, se habló sin distinción de aquellos autores contemporáneos que formaban parte de esa orientación, a los que finalmente se los identificaba por estar abocados a explicar los Estados de Derecho Constitucional que Europa continental había ido construyendo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. A ese respecto, una de las obras destacadas y pioneras en nuestro continente que podemos recordar, es la de Miguel Carbonell “*Neoconstitucionalismo(s)*” publicada por Trotta de España en el año 2003. De ese modo, bajo aquél rótulo, se agrupaban autores muy diferentes en cuanto al contenido de sus propuestas, como también en torno a los presupuestos filosóficos en los que se apoyaban, aunque todos coincidían en los temas y conceptos de los que se ocupaban sus respectivas teorías neoconstitucionalistas. Así quedaron reconocidos como exponentes típicos de esas visiones elaboradas en las últimas décadas del siglo anterior, autores como Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky, Ferrajoli, Atienza, Moreso, Comanducci, etc.

En el listado característico de las cuestiones analizadas (al margen de las respuestas que los distintos autores brindaban) en aquellas lecturas neoconstitucionalistas están, entre otros: la defensa de la Constitución convertida en fuente del derecho; la pregunta por la existencia de una razón práctica; las posibilidades de un saber jurídico directivo y no meramente descriptivo; las diferencias entre reglas y principios; las

\* Director del Departamento de Derecho Judicial de la Universidad Austral, Argentina.

tensiones entre la legislación y la judicialización; la justificación y operatividad de los derechos fundamentales; los límites y características de la democracia; la discrecionalidad y la ponderación judicial; las relaciones entre el derecho y la moral; la pregunta de si sólo moral social o positiva o también moral racional; la validez sustancial o material de las reglas jurídicas; la crisis de los sistemas jurídicos “fuertes” o kelsenianos, etc.

Precisamente, el rasgo común y distintivo de los autores neoconstitucionalistas “descriptivistas” es asumir y estudiar la agenda que imponía el nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional (EDC) que Europa había construido después de la Segunda Guerra Mundial, en reemplazo del Estado de Derecho Legal (EDL) forjado originariamente en la Francia revolucionaria y codificadora desde fines del XVIII y durante el XIX, pero más allá de esa coincidencia temática nos parece que corresponde hablar de neoconstitucionalistas “normativos” reconociendo en esa perspectiva a los autores que no se limitan a estudiar al EDC, sino que lo respaldan y lo promueven. De ese modo, mientras los neoconstitucionalistas “descriptivistas” se reconocen por la materia de la que se ocupan, los neoconstitucionalistas “normativistas” tienen como nota distintiva el esforzarse por respaldar y auspiciar al EDC; así, por ejemplo, Comanducci está en aquella lista pero habría que excluirlo de la última.

## 2. DOS NEOCONSTITUCIONALISMOS: EL POSITIVISTA Y EL NO-POSITIVISTA

Fue especialmente Luigi Ferrajoli quien se encargó de poner claridad en las filas neoconstitucionalistas<sup>1</sup> afirmando categóricamente la presencia de dos grupos: por un lado, aquellos a los que llamó no-positivistas (incluso iusnaturalistas o tendencialmente iusnaturalistas de matriz anglosajona), entre los que identificó explícitamente a Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, Nino, Atienza, Ruiz Manero y García Figueroa; pero, por otro lado, en el restante grupo, Ferrajoli se reconoció a sí mismo, autoidentificándose como “positivista crítico”, y sin ninguna disposición a hacer concesiones que lo apartaran del positivismo construido bajo la tesis hobbesiana: “*auctoritas, non veritas, facit legem*”. Por mencionar algunas de las afirmaciones principales de ese positivismo crítico ferrajoliano (diferenciado confesa y explícitamente del paleopositivismo kelseniano) recordemos respecto al tema objeto de este escrito: a) el rechazo a una razón práctica, lo que conlleva a que “los valores se asumen pero no se justifican”, denunciando a todos los objetivismos y cognitivismos éticos por degenerar en absolutismos; b) el reivindicar un derecho constituido por reglas que pueden aplicarse subsuntivamente; c) la desconfianza en la judicialización del derecho, atento a que los jueces ostentan un “poder-saber” y la creación de derecho los deslegitima; d) el compromiso político de los juristas que exige denunciar lagunas y antinomias en orden a lograr que el “deber ser” contenido en la Constitución se convierta en el “ser” del derecho; e) la defensa de la democracia sustancial —y no meramente procedimental como la del Estado de derecho legal— en donde hay cuestiones ya decididas que están sustraídas de la voluntad popular; f) la promoción del proyecto constitucional llevándolo del plano nacional

---

<sup>1</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *El constitucionalismo entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una propuesta de revisión terminológica*, Doxa (34), 2011, pp. 15-53.

al internacional, garantizando la totalidad de los derechos fundamentales también en las relaciones entre particulares, etc.

Como ya dijimos, hay autores que estudian o se ocupan del EDC, lo cual permite reconocerlos como neoconstitucionalistas “descriptivistas”, pero muchos de ellos están lejos de entusiasmarse con él, de modo que lo critican y se limitan —cuando lo tratan— a perspectivas meramente explicativas o descriptivistas. En general, esos doctrinarios son los que mantienen firmes convicciones positivistas (aunque hay también iusnaturalistas clásicos que desconfían teóricamente de todos los neoconstitucionalistas en razón de que los ven como iuspositivistas disimulados) sin adherir a las tesis “críticas” típicamente ferrajolianas y, por supuesto, muy alejados de los neoconstitucionalistas “normativistas”. Un buen ejemplo de los mismos puede ser el ya mencionado Comanducci (al que Ferrajoli acusa de paleopositivista) o también Guastini, pues ellos —con convicciones antiferrajolianas— no están dispuestos a respaldar teorías o saberes normativistas, dado que tal concesión supondría romper la perspectiva cognoscitivista que sólo le corresponde a la ciencia, pero también están aquellos positivistas que mantienen una inercial y ortodoxa perspectiva con dicha teoría (por ejemplo, Bulygin) desinteresándose de principios, derechos humanos, éticas constructivistas, conexiones entre el derecho y otras dimensiones de la realidad, y por eso insisten en normas, en la dimensión justificatoria meramente formal o lógica, en interesarse privilegiadamente por la dimensión sintáctica del lenguaje, etc.

Hablando de positivistas “ortodoxos” y también de “heterodoxos” (neoconstitucionalistas descriptivistas) resulta oportuno traer a colación la conclusión a la que arriban Atienza y Ruiz Manero en el sentido de que la teoría positivista, en cualquiera de sus versiones (incluyente, excluyente o ética), resulta hoy inadecuada para hacerse cargo de la realidad que conlleva el EDC<sup>2</sup>. Es que conviene tener en cuenta que todo modelo de Estado de Derecho necesita de una teoría que lo respalde, explique y apoye, y precisamente fue la teoría positivista legalista en un inicio, y luego la kelseniana, las que resultaron funcionales al EDL; por eso, al cambiar la realidad, se debilita sensiblemente ese favor que recibe el modelo, prestándole aquellas perspectivas un importante servicio teórico y práctico a los juristas. En la propuesta aludida de los catedráticos de Alicante, pareciera que la opción neoconstitucionalista responde a exigencias coyunturales o históricas; sin embargo, está claro que en autores como Alexy, su teoría neoconstitucionalista se apoya en exigencias esenciales o conceptuales que no tienen en cuenta necesariamente los cambios experimentados en la realidad contingente del derecho.

### 3. ¿UN TERCER NEOCONSTITUCIONALISMO IUSNATURALISTA?

En síntesis, desde la señalada perspectiva ferrajoliana, el panorama neoconstitucionalista se divide entre no-positivistas y los positivistas críticos. Pero lo que pretendemos preguntarnos a continuación es si aquella división defendida por el profesor

---

<sup>2</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel y RUIZ Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía* (27), octubre de 2007, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, pp. 7-28.

italiano resulta suficientemente exhaustiva, o si es posible reconocer otro grupo neoconstitucionalista; adelantando la respuesta, nos proponemos defender la posibilidad y presencia de autores estrictamente iusnaturalistas que coinciden con los no-positivistas (Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky o Atienza) en sus tesis jurídicas centrales, aunque se apartan en el plano de los fundamentos y, por consiguiente, en algunas respuestas relevantes especialmente vinculadas a problemas éticos de la agenda social actual. En efecto, pensando en autores del “*civil law*” (hay que advertir que el fenómeno del neoconstitucionalismo generado en el EDC es propiamente del derecho continental), como Andrés Ollero o Pedro Serna en España; Francesco D’Agostino o Francesco Viola en Italia; Gabriel Mora Restrepo en Colombia; Antonio Flores Saldaña en México; Alfonso Santiago, Renato Rabbi Baldi, Daniel Herrera o Juan Cianciardo en nuestro país, es posible identificar que ellos, desde convicciones iusfilosóficas iusnaturalistas o realistas clásicas (los nombrados están en cátedras de filosofía del derecho, la única excepción es Santiago que es constitucionalista, pero por supuesto que se podría ampliar la excepción con otros constitucionalistas), se ocupan y desarrollan el aparato conceptual privilegiado por los neoconstitucionalistas no-positivistas, y también respaldan en términos generales al Estado de Derecho Constitucional. En ese neoconstitucionalismo iusnaturalista, como también en el otro no-positivista, los autores identificables son principalmente iusfilósofos, dado que en buena medida ellos desarrollan su disciplina específica con material constitucional, empleando un aparato conceptual que requiere o provee la filosofía jurídica; aunque también encontramos algunos específica o estrictamente constitucionalistas (Zagrebelsky en Italia o Santiago en Argentina), que apelan y cuentan con formación e interés por aquella perspectiva gnoseológica.

Más allá de todos los matices que corresponde hacer en la lectura, nos parece que muchas de las tesis de los neoconstitucionalistas no-positivistas remiten a tesis defendidas por ese otro grupo de teóricos que pueden identificarse como no-positivistas iusnaturalistas. Incluso, podría destacarse que muchas de las tesis que hoy defienden típicamente los neoconstitucionalistas en su enfrentamiento y diferenciación con los positivistas, coinciden en lo sustancial con posiciones que desde siempre enarbolaron los iusnaturalistas. Es que hasta la aparición de aquellas propuestas neoconstitucionalistas en la segunda parte del siglo XX (aunque privilegiadamente en las tres últimas décadas) las discusiones con los positivistas eran asumidas casi exclusivamente por los iusnaturalistas. Queda claro que los neoconstitucionalistas no-positivistas reconocidos por Ferrajoli como “constitucionalistas principialistas o argumentativos” o iusnaturalistas o tendencialmente iusnaturalistas, (nosotros los llamaremos simplemente como “no-positivistas”), pues ninguno de ellos consentiría esa adscripción al iusnaturalismo, e incluso sus conexiones con Kant y el constructivismo moral justifican ese explícito rechazo, por ello y consecuentemente, denominaremos neoconstitucionalistas iusnaturalistas a los autores que de manera directa o indirecta (por ejemplo, a través de la hermenéutica), remiten al realismo jurídico clásico de raigambre aristotélica y/o tomista (más allá de todas las variantes que se constatan en dicha corriente)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr., mi libro *El iusnaturalismo actual (De M. Villey a J. Finnis)*, Fontamara, México, 2003.

En orden a identificar aquellas coincidencias, recordemos algunas tesis tradicionalmente iusnaturalistas y que hoy avalan los neoconstitucionalistas no-positivistas (más allá de precisiones y matices), así: a) reconocen un límite moral dilucidado racionalmente para el derecho; b) se apartan de las visiones que reducen el derecho a reglas y reclaman en el mismo principios y valores; c) confían en la existencia de una razón práctica idónea para resolver conflictos morales por medio de ponderaciones; d) prestan atención privilegiada a los casos concretos, y no sólo a los casos genéricos y fáciles; e) sin perjuicio de conceptos “descriptivistas” del derecho, entienden que la definición más explicativa incluye necesariamente valoraciones; f) el análisis de la validez de una norma jurídica no puede reducirse a la dimensión justificatoria formal o lógica, pues debe incorporar el contenido; g) importa la racionalidad práctica sustancial, pero también importa la racionalidad procedimental; h) la filosofía jurídica constituye un saber jurídico específico diferenciado de la ciencia jurídica, y es imprescindible para operar el derecho; i) el concepto del derecho termina siendo interpretativo o argumentativo; j) el sistema jurídico que puede postularse requiere apertura, dinamismo, pluralidad y flexibilidad, poniéndose a prueba en los casos resueltos; k) defienden una teoría amplia de las fuentes del derecho no atada a soberanías nacionales, a nóminas exhaustivas ni a jerarquías apriorísticas; l) asumen una preocupación orientada a la vigencia de la democracia y los derechos humanos; ll) reconocen el papel decisivo de los jueces a la hora de controlar la validez jurídica de todas las normas; m) admiten que el contenido moral de los derechos impregna a todo el derecho; n) postulan controlar desde una moral racional a las morales sociales vigentes; o) defienden una filosofía o razón práctica con sus dimensiones morales, políticas y jurídicas, etc.

Sintetizando las coincidencias entre las referidas perspectivas podría decirse que ellas rechazan las tres tesis centrales, que a entender de Bulygin<sup>4</sup>, son las que caracterizan al positivismo: la tesis conceptual de la positividad del derecho, en tanto admiten que existen contenidos inadmisibles o necesarios para el derecho; la tesis epistemológica que reclama un punto de vista descriptivo, sin conexiones con valoraciones o prescripciones, dado que privilegian un conocimiento que las incluya; y la tesis del escepticismo ético o axiológico, pues frente al rechazo de cualquier razón práctica de los positivistas, los neoconstitucionalistas no positivistas y los iusnaturalistas defienden cierto cognitivismo y objetivismo ético.

#### **4. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS NEOCONSTITUCIONALISTAS NO-POSITIVISTAS Y LOS IUSNATURALISTAS**

Fácil es advertir que son muchas las coincidencias entre los neoconstitucionalistas no-positivistas y los neoconstitucionalistas iusnaturalistas, pero no es viable su directa asimilación porque entre ellos se detectan controversias en el terreno de las fundamentaciones, las que terminan proyectándose en propuestas diferentes, especialmente en el campo de las soluciones a problemas típicos de la ética social contemporánea.

---

<sup>4</sup> BULYGIN, Eugenio, “Validez y positivismo”, en *Comunicaciones-Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, Vol. I, La Plata (Argentina), 1987, pp. 241 y ss.

En efecto, estamos pensando en cuestiones de una enorme relevancia como aborto, eutanasia, dignidad humana, matrimonio homosexual, etc., y esas diferencias concluyen muchas veces neutralizando las significativas coincidencias que se comprueban en el campo de la teoría jurídica. Sorprendentemente, esas posturas disonantes terminan teniendo más peso en la vida académica a la hora de identificar autores cercanos y distantes. Quizás ello se explique por la importancia de las cuestiones, pero también habría que agregar la irracionalidad y los prejuicios que muchas veces acompañan a esas discusiones morales.

Intentando encontrar una explicación para aquellas diferencias y dejando a salvo las grandes coincidencias, nos parecen que ellas remiten a la visión gnoseológica que tiene un significativo impacto en la teoría antropológica y en la ética; de ese modo resulta que los neoconstitucionalistas no-positivistas no asimilan miembro de la especie humana con persona, atento a que ésta requiere de la capacidad o posibilidad de desarrollar ciertas funciones, mientras que los iusnaturalistas parten de un “personalismo ontológico” y así todo miembro de la especie humana es persona y titular de derechos indisponibles por nadie. En términos gnoseológicos lo que está en juego es si es posible conocer las cosas, dado que mientras en el realismo aristotélico la verdad se alcanza cuando nos “adecuamos” con nuestra inteligencia a ellas y decimos lo que son y lo que no son, en el “idealismo crítico” kantiano la verdad y el conocimiento parten de lo que aportan las sensaciones, pero para alcanzarlo es necesario “construirlo” mediante las formas *a priori* de la inteligencia y la sensibilidad que aporta el sujeto. Es cierto que a la hora de explicar las diferencias también podríamos apelar al papel de la libertad o la autonomía en orden a crear la moral, dado que no obstante que los neoconstitucionalistas no-positivistas hablan de algún cognitivismo y objetivismo, dicho conocimiento no termina de comprometer una generosa libertad individual anexada a una cierta desconfianza con lo vinculado a bienes comunes. En cambio, en el realismo se parte de la naturaleza humana que es individual y es social, por ende, hay bienes que se alcanzan con el esfuerzo individual y otros, junto a los demás (bienes comunes), aunque adviertan que el bien es siempre de la persona de carne y hueso, pues la sociedad no es una sustancia sino que está en el plano accidental.

## 5. CONCLUSIÓN

Más allá de la realidad novedosa, importante y sugerente del EDC, hay autores que siguen más ligados al Círculo de Viena que a Kant y sin la más mínima conexión o interés por Aristóteles. Ellos ignoran la rehabilitación de la razón práctica en cualquiera de sus manifestaciones y se mantienen interesados por elaborar una ciencia jurídica que sea “objetiva y exacta” como se propuso Kelsen, por eso no les preocupa responder preguntas coyunturales o contingentes, y mucho menos, ceder a la tajante y central distinción entre lo que “es” derecho y aquello que siempre se propone irracionalmente como “deber ser” o como mejor en el terreno de las “cosas humanas”. Así, esos positivistas prescinden de las discusiones suscitadas por los neoconstitucionalistas, y si llegan a ocuparse casualmente de ellas, carece de relevancia en relación con sus propuestas teóricas o científicas.

Como hemos dicho, están también los que efectivamente se ocupan del EDC, e incluso ese tratamiento les sirve para enriquecer o precisar sus respectivas teorías, pues a ellos los hemos llamado arriba neoconstitucionalistas. Dentro de éstos encontramos los que no sólo se ocupan y describen al EDC (“neoconstitucionalistas descriptivos”) sino que lo avalan y promueven llegando a ser esa realidad una pieza clave de sus elaboraciones doctrinarias, y pensamos que es a ellos a los que deberíamos llamar los “neoconstitucionalistas normativistas o valorativistas”, en tanto sus teorías descansan y respaldan en buena medida en los temas o conceptos incluidos en la agenda impuesta por el EDC.

En el espacio de los neoconstitucionalistas normativistas (valorativistas) o en sentido estricto nos valimos de la distinción que efectúa Ferrajoli: los no-positivistas y el positivismo crítico de su autoría. Pero quisimos preguntarnos si había un tercer grupo de autores que explican, avalan y promueven el EDC, y respondimos afirmativamente: los “neoconstitucionalistas iusnaturalistas”, que no siguen a constructivismos kantianos sino al realismo clásico aristotélico. Este último grupo —como lo consignamos— tiene amplias coincidencias con el neoconstitucionalismo no-positivista de Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky o Atienza, pues es obvio que los une el no-positivismo en tanto afirman centralmente que hay conexiones conceptuales, esenciales y necesarias entre el derecho y la moral (racional y no meramente social o vigente), consecuentemente avalan que no cualquier contenido puede ser derecho, y dentro de las respuestas jurídicas disponibles hay peores y mejores, pudiendo la razón práctica dar razones de ese juicio y elección, pero los separa sus fundamentos o bases filosóficas. En efecto, aquellos rechazan cualquier metafísica que pretenda apoyarse en la realidad de las cosas, y más bien prefieren que sus propuestas racionales éticas o axiológicas remitan a presupuestos contruídos, contrafácticos o totalmente históricos, mientras que los iusnaturalistas intentan apoyarse en la naturaleza humana (captada en el ser mismo del hombre como en Kalinowski, o en la experiencia humana que conoce por evidencia bienes humanos básicos como en Finnis). Sin duda que la antropología y la teoría del conocimiento de unos y otros tiene una relevancia decisiva en la divisoria de aguas.

A los fines de visibilizar esas diferencias (dejando a salvo que todos son neoconstitucionalistas normativistas o en sentido estricto y también no-positivistas), nos parece que podríamos llamar a los primeros (Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky, Atienza, etc.) no-positivistas constructivistas o kantianos, mientras que a los otros los denominaríamos no-positivistas personalistas o aristotélicos.

En síntesis, habría neoconstitucionalistas descriptivistas o en sentido amplio (se ocupan del EDC) y normativistas, valorativistas o en sentido estricto (avalan y promueven el EDC). Estos últimos se dividirían entre: positivistas críticos (Ferrajoli), no-positivistas constructivistas o kantianos (Alexy, Nino, Atienza, etc.) y no-positivistas personalistas o aristotélicos (Ollero, Santiago, Herrera, etc.).

Quizás convenga sincerar una última duda acerca de si el rótulo más apropiado es “neoconstitucionalismo iusnaturalista” o “iusnaturalismo neoconstitucionalista”, y nos parece que la respuesta más correcta es la última, dado que corresponde que el sustantivo sea el género “iusnaturalismo”, el que puede adjetivarse con “neoconstitucionalista”; o sea, hay diferentes versiones “iusnaturalistas realistas clásicos”, más allá de los matices generados en las particulares perspectivas teóricas o en sus proyec-

ciones especiales a diferentes realidades históricas; sin embargo, optamos por la otra denominación de “neoconstitucionalismo iusnaturalista” dado que con la misma se subrayan las coincidencias con esa nueva teoría de enorme proyección, posibilitando un diálogo seguramente fructífero en orden a reconocer afinidades y diferencias. Más allá de las tesis constitutivas y tradicionales del iusnaturalismo realista, es importante destacar su proyección histórica posibilitando la lectura y justificación de las notas más importantes que ofrece el EDC, pues así, al hablar de “neoconstitucionalismo”, el “iusnaturalismo” queda forzosa y legítimamente incorporado a los debates iusfilosóficos actuales, evitando que los prejuicios que suscita la escuela obstaculicen su inclusión a la discusión. Es indiscutible que el tiempo afecta y cambia convenciones lingüísticas, imponiendo conceptos y modos mejores y peores para hablar de las cosas y esa enseñanza es para todas las orientaciones que pretenden mostrar las verdades y persuadir racionalmente. En definitiva, hoy clara y predominantemente debatimos sobre la realidad del EDC y cómo entenderla para operarla, enseñarla, orientarla o promoverla, y en este trabajo junto a los positivistas y a los kantianos, también está presente el realismo jurídico clásico.

# RETOS PARA LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA: ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS E INAPLICACIÓN DE JURISPRUDENCIA\*

Enrique Carpizo Aguilar\*\*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL JUEZ Y LA REVISIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS: CASOS QUE LEGITIMAN SU INTERVENCIÓN. 2.1. Políticas públicas y ausencia de protección al adulto mayor. 2.2. El amparo Farías contra omisión de políticas públicas protectoras de derechos humanos básicos. 2.3. Casos que demuestran y legitiman la intervención de un juez en políticas públicas. A. La autorización de un carro de golf por condena judicial. B. Empresas o asociaciones que distinguen entre personas normales y las muy importantes “V.I.P.” 2.4. El papel del juzgador ante políticas públicas ¿indiferente o protector de la dignidad humana? 3. RECONOCER EFECTOS GENERALES A LA JURISPRUDENCIA Y LA POSIBILIDAD EFECTIVA DE INAPLICARLA O SUSTITUIRLA. 3.1. El debate judicial sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia. 3.2. Reglas para no aplicar o sustituir un precedente judicial. A. Inaplicación. a) El Tribunal Colegiado de Monterrey y la falta de indemnización de policías y militares. b) El caso del Noveno Tribunal Colegiado de Circuito en el Distrito Federal, ante un criterio que obstaculiza el acceso a la justicia federal. B. Sustitución. C. Órganos encargados de la inaplicación o sustitución y de revisar esa actividad. a) Inaplicación. b) Sustitución. c) Sustitución o inaplicación implícita. D. Vía idónea y órganos revisores. 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Para efectos de este apartado, por política pública entendemos todo acuerdo tendiente a garantizar el tratamiento adecuado de temas importantes para el Estado, donde

\* Conferencia dictada el 24 de junio de 2014 en el auditorio “Lic. Abel Villicaña Estrada” de la Escuela Judicial del Estado de México, en el marco del Ciclo de Conferencias “*Supremacía constitucional y jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos*”, organizado por el Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial.

\*\* Presidente del Instituto para la Protección de los Derechos Humanos @inprodh-

lo económico, social o político, nunca sobra. Como se sabe, la política pública es puesta en marcha por diversas autoridades del Estado, las cuales acuerdan su contenido con el afán de hacer eficientes sus funciones en pro del sector social del que se encargan. Se trata de un ámbito de acción discrecional que sólo es valorado por los usuarios de la institución o de quienes se interesan en saber cómo es que actúa algún órgano.

Desde esa perspectiva, ninguna autoridad —carente de competencia— podrá opinar sobre las políticas de operación de otro ente o institución de gobierno, lo contrario haría patente una intromisión en las facultades reservadas a la entidad que critica, pero hay excepciones: una de ellas cuando la política pública segrega u obstaculiza el adecuado ejercicio de los derechos humanos.

Si eso ocurre, las personas deben acudir ante autoridades judiciales o administrativas competentes con el objeto de denunciar las políticas públicas aberrantes y solicitar su nulidad o integración en pro del ser humano; desgraciadamente, la práctica permite observar un ánimo desalentador porque la mayoría de autoridades de amparo declaran improcedentes los asuntos donde se reclaman políticas públicas contrarias a derechos humanos o la ausencia de aquellas que los salvaguarden. Comparto algunos temas y casos.

## **2. EL JUEZ Y LA REVISIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS: CASOS QUE LEGITIMAN SU INTERVENCIÓN**

Se cuestiona si un juzgador debe o no intervenir en políticas públicas. Ese rumor se basa en la idea de que los jueces jamás deben meterse en temas relacionados con el ejercicio del Estado conforme a tendencias políticas; no obstante, mi postura resulta totalmente contraria a quienes apuestan a una justicia ciega e ignorante del contexto social y político.

En tiempo de cambios políticos, el Estado se vuelve más populista y propone cosas que muchas veces no cumple o que al cumplirlas violenta derechos de terceros; por desgracia, la corrupción en órganos estatales impide justicia pronta y la complicidad de algunas autoridades obstaculiza que la sociedad pueda ser escuchada con imparcialidad, por eso considero que México debe reconocer la facultad judicial de analizar la ausencia o existencia de leyes o actos tendentes a la preservación de la dignidad humana, el medio ambiente o el desarrollo social del país.

Opino que deberá ser cualquier autoridad quien atienda los reclamos sociales y nulifique o inaplique las acciones o políticas públicas que contravengan el derecho de fuente nacional o internacional. Recordemos que al país le conviene evitar declarar inoperantes los argumentos expresados contra de sus actos, pues ello, además de representar denegación de justicia, posibilita reclamos internacionales; es obvio que quienes defienden la inoperancia de un reclamo fundado por no estar redactado de manera excelsa, en realidad, respaldan la impunidad de actos u omisiones contrarios a los derechos humanos.

En una democracia constitucional no es deseable aceptar tendencias que den la espalda a reclamos de justicia. La misma Constitución en su artículo 14 prevé la obligación de resolver los conflictos que ante él se plantean y resolver implica entrar al estudio de fondo de la acción y no ignorarla o sobreseerla.

Lamentablemente, en la República mexicana, los jueces resuelven un índice elevado de asuntos que conculcan el derecho humano a la expedites de justicia; por lo tanto, considero que uno de los medios más rápidos para conocer del tema, conforme a los artículos 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es el proceso de amparo.

Cito algunos casos que hacen evidente y necesaria la intervención de los juzgadores en políticas públicas.

## **2.1. Políticas públicas y ausencia de protección al adulto mayor**

Hasta antes de 2012, por jurisprudencia de la Corte, el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores debía devolver las cantidades abonadas y no ejercidas al crédito a la vivienda por los trabajadores durante su etapa laboral activa<sup>1</sup>.

El tiempo de respuesta de esa institución era de más de tres años; con influencias, cinco meses; pero en todo caso carecían de medidas expeditas para atender a adultos mayores, lo cual trastocó la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, en relación con el artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>2</sup> y las cláusulas 1<sup>a3</sup>, 2<sup>a4</sup>, y 25<sup>5</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San

---

<sup>1</sup> “INFONAVIT. EL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA LA LEY RELATIVA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE ENERO DE 1997, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, tesis: 2a./J. 32/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, SCJN Novena Época t. XXIII, marzo de 2006, p. 252.

<sup>2</sup> “Artículo 24. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.” <http://legislacion.scjn.gob.mx/TratadosInternacionales/Reformas.aspx?IdLey=89694>

<sup>3</sup> “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0259.pdf>

<sup>4</sup> “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0259.pdf>

<sup>5</sup> “Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen a: a) garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.” <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0259.pdf>

José), preceptos que imponen la obligación de atender en forma preferente a personas que ostentan edades superiores al común denominador de solicitantes (60 años), y evitar que fallezcan en espera de esos fondos y el correspondiente retraso para hacer frente a gastos médicos que ordinariamente no pueden sufragar.

Conforme a esas circunstancias, la respuesta a la demanda de amparo por violación a la interpretación judicial dada por el Pleno de la Corte, no sólo debía ser rápida y ocuparse del estudio de esa temática, sino también analizar la ausencia de políticas públicas que privilegien la atención de adultos mayores y la protección a sus derechos.

Vale mencionar que no se afecta la técnica de amparo al condenar a la autoridad por justicia retardada y posibilita su responsabilidad administrativa al omitir respetar los estándares internacionales de protección al adulto mayor, debiendo el amparo ir más allá del análisis del acto y evidenciar, en su caso, la negligencia de los que auspician un actuar u omisión contrario a la dignidad humana.

## ***2.2. El amparo Farías contra omisión de políticas públicas protectoras de derechos humanos básicos***

Ricardo Farías vivió a la salida de la estación del Metro Copilco ubicado en México, Distrito Federal. Su lugar de aposento por más de diez años fue una casa de madera de aproximadamente un metro setenta de alto y sesenta centímetros de ancho, donde Farías se entretenía elaborando artesanías de madera y subsistía de aportaciones escasas de agua y comida. Dicha situación violaba los derechos previstos en la Constitución y los de fuente internacional, ya que el Estado había omitido prever políticas públicas armónicas al derecho a la alimentación, a la salud, a la vivienda, a la identidad, al trabajo y a la educación de personas que viven en la calle.

México reconoce todos esos derechos pero la instancia competente no previó las políticas públicas necesarias y eficaces para cumplir con ellos, por ende, el gobierno mexicano fomentaba la existencia de una Constitución utópica, esto es, una Constitución de vanguardia en su contenido pero carente de congruencia en su aplicación. Así, la nación reconocía el derecho a la salud pero sólo a personas cuyos patrones pagaban una cuota para ser atendidos en un hospital o gente que voluntariamente cubrían el pago de un seguro popular, sin considerar a los seres humanos en situación marginada o en pobreza extrema.

México reconoce los derechos humanos a la alimentación, a la vivienda, a la identidad y al trabajo, pero no establecía con claridad las políticas adecuadas para atender a personas en situación de desgracia o de calle, por ello, la juez de Distrito que conoció del caso Farías, con dificultad emitió una sentencia histórica donde condenó a la implementación de acciones o gestiones estatales idóneas para tutelar los derechos humanos violados. El amparo se concedió para el efecto de que:

“...el Secretario de Desarrollo Social del Distrito Federal, dentro del plazo de veinticuatro horas, que correrá a partir del momento en el que la presente sentencia alcance el grado de ejecutoria, ordene a las autoridades adscritas a la dependencia a su cargo, que lleven a cabo las acciones necesarias para que Ricardo Farías Melchor sea incorporado al ‘Programa de atención preventiva y emergente a personas afectadas por contingencia o en vulnerabilidad social’ que se encuentre vigente, a fin de que se le garantice el acceso a los recursos indispensables que le garanticen su subsistencia y en consecuencia el goce de una vida digna,

entre los que se encuentran, proporcionarle albergue, alimentación, servicio médico, vestido, así como canalizarlo a los Centros de Asistencia e Integración Social, hospitales médicos y psiquiátricos en caso de requerirlo, previa valoración que se realice, con la finalidad de lograr su reinserción en la sociedad...”<sup>6</sup>

El caso Farías constituye un ejemplo claro de que, ante la omisión de políticas públicas para preservar múltiples derechos humanos, habrá de emitirse una sentencia que ordene realizar las gestiones necesarias para resarcir atentados a los derechos del demandante<sup>7</sup>.

A consecuencia de ese asunto el Distrito Federal y el Gobierno federal implementaron diversas acciones y políticas a favor de la dignidad humana, entre ellas:

- El derecho a la salud de personas en pobreza extrema sin necesidad de que sean derechohabientes y sin que paguen una cuota;
- El rescate oficioso de personas en situación de calle cuando padezcan de sus facultades mentales;
- El otorgamiento de un empleo acorde a las capacidades del sujeto en situación de calle, pero en forma posterior a su rehabilitación por el Estado; y
- La cruzada nacional contra el hambre.

### **2.3. Casos que demuestran y legitiman la intervención de un juez en políticas públicas**

En este apartado mencionaré casos reales e hipotéticos para reflexionar sobre la viabilidad del análisis judicial de actos u omisiones que fracasan en el ámbito de protección administrativa de los derechos humanos.

#### *A. La autorización de un carro de golf por condena judicial*

Es interesante descubrir que en otras partes del mundo no deviene extraño que un juez intervenga en políticas públicas, incluso deportivas. En Estados Unidos de Norteamérica —desde 1932— se emplea un carro pequeño para trasladar a jugadores de golf, mismo que al principio no tuvo gran aceptación y por ello se impidió su uso en torneos de golf<sup>8</sup>.

Sin embargo, un jugador con problemas para caminar quiso utilizar un carro de golf para trasladarse dentro del campo y los restantes competidores se inconformaron al considerar que ello los ponía en desventaja debido a que la persona que usa traslado no se cansaba durante el torneo. La decisión del comité de golf fue impedir el uso del carro en torneos.

---

<sup>6</sup> Sentencia dictada el 22 de marzo de 2012, en el expediente de amparo 1494/2011, promovido por Ricardo Farías Melchor y radicado ante el Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa con sede en el Distrito Federal.

<sup>7</sup> Cfr. CARRIÓN, Lydette, “Un indigente en búsqueda de identidad”, *M Semanal*, México, núm. 747, marzo 5 de 2012, y de la misma autora vid. “El indigente que recuperó su identidad legal”, *M Semanal*, México, núm. 770, agosto 13 de 2012.

<sup>8</sup> Martin v. PGA Tour, 204 F.3d 994, 996 (Ninth Cir. 2000) [disponible en <http://www.willamette.edu/wucl/resources/journals/sportslaw/documents/Final%20>].

Esa determinación fue impugnada en razón a que no tuvo en consideración que el afectado era una persona con problemas físicos para recorrer el campo sin el auxilio del vehículo, por lo que un juez dictó una sentencia que modificó las políticas deportivas adoptadas en torneos de golf para autorizar el uso del carro a participantes con problemas para moverse por sí solas.

No es que el juzgador haya impuesto al mundo contemplar un carro de golf, ya que éste se usa desde la década de los 30 del siglo pasado, pero al momento en que identificó un acto que vulnera el principio de igualdad, su determinación adquirió un carácter vinculante y los involucrados en casos análogos deben obedecerlo previniendo una acción legal que los condene al tenor de razones obvias.

### *B. Empresas o asociaciones que distinguen entre personas normales y las muy importantes “V.I.P.”*

El trato preferente en determinados servicios se hace cada vez más evidente, se inculca a los niños a través de los cines que ofrecen salas para personas muy importantes (V.I.P.) y se continúa en su adolescencia mediante espacios reservados en bares o restaurantes para quienes dicen pertenecer a niveles sociales de mayor prestigio o nivel económico que otros, incluso a edad madura con motivo del sometimiento voluntario a reglas discrecionales de ingreso a un club social.

La prepotencia que se inculca es infinita. Los jóvenes —y en ciertos casos adultos— se pelean por ingresar a un negocio de moda sin importar que ello implique trato discriminante hacia algunas personas, lo cual provoca resentimiento social y atentados contra la dignidad y seguridad de ciertos sectores sociales; recordemos el caso de un sujeto a quien le fue impedido entrar a un antro de moda en el Distrito Federal y minutos más tarde ametralló la entrada del lugar<sup>9</sup>.

La única forma, quizás, en que un servicio “V.I.P.” no pueda ser considerado discriminatorio es que el acceso al mismo no se base en el arbitrio de las personas que lo regulan, sino en la disponibilidad de quien pueda pagar una cantidad justa por servicios extras, algo similar a la venta de boletos para acceder a lugares más cercanos al escenario de un teatro o estadio con motivo de un concierto o evento deportivo, en cuyo caso, la gente adquiere espacios acordes a su economía. Esa forma de ver las cosas impide la generación de resentimientos sociales por parte de quienes no son considerados personas muy importantes en atención a su raza, obesidad, color, estatus social o tener alguna preferencia sexual.

El único inconveniente serán los precios elevados para acceder a un servicio adicional, empero, la posibilidad persiste para quien pueda pagarla, en cuyo caso corresponderá al comercio justificar el costo mediante aspectos de competencia y consumo en el mercado.

---

<sup>9</sup> “Los hechos registrados durante las primeras horas de este jueves ocurrieron a las afueras del establecimiento denominado ‘El Obelisco’”, *El Universal*, México, 27 de octubre de 2011 [disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/notas/804466.html>].

Urge erradicar la idea de que la gente blanca es mejor que la de color, que la gente esbelta es más aceptada que la obesa o que la ropa de marca es un aspecto esencial para un trato digno o cualquier otra hipótesis a la inversa.

Incluso lo “V.I.P.”, pretende ser avalado por el Estado. En efecto, los medios de comunicación informaron la intención de brindar un trato “V.I.P.” para aquellos que sean arrestados por conducir con aliento alcohólico, aspecto que comercializa un servicio ya que, por una parte, acepta la existencia de un mala atención que es susceptible de ser mejorada con un pago y, por la otra, pretende ofrecer un trato “V.I.P.” sin importar generar un atentado a la gratuidad de servicios públicos para sancionar infracciones administrativas<sup>10</sup>.

Lo anterior conduce al absurdo de que los presuntos responsables de un delito puedan pagar celdas y tratos preferentes conforme a sus posibilidades económicas, violando el principio de igualdad previsto en los artículos 1º y 4º de la Constitución y las cláusulas 1ª y 24 del Pacto de San José, en virtud de que el Estado pretendería obtener ganancias a partir del grado de vulnerabilidad en que se encuentra un sujeto infractor, quien debido a la precariedad e insalubridad de los servicios prestados por el Centro de Readaptación Social o el Centro de Sanciones Administrativas y de Integración Social conocido como “El Torito” u análogos, opta por una atención costosa que atenta contra el principio de gratuidad y la estarían cobrando de manera inconstitucional.

#### ***2.4. El papel del juzgador ante políticas públicas: ¿indiferente o protector de la dignidad humana?***

La idea por limitar la actividad proactiva del juzgador dado que, a diferencia de la recomendación del ombudsman, la sentencia judicial sí vincula, mantiene el temor hacia la intervención judicial vía amparo cuando la autoridad fracasa o es omisa en la emisión de políticas públicas acordes a los derechos humanos.

Es entendible el argumento respecto a que el juez no puede meterse en políticas públicas o privadas: correcto, siempre y cuando las existentes no vulneren la dignidad por acción u omisión. Si bien el juzgador no puede ordenar la ejecución de políticas que arbitrariamente considere indispensables para el país, sí puede formular lineamientos para que las autoridades demandadas ejerzan actividades acordes al derecho humano cuya falta de reconocimiento, desarrollo o acatamiento efectivo motivó el reclamo.

Los casos mencionados en el punto anterior son un ejemplo real de la necesidad de una intervención judicial que no vaya más allá de lo necesario y respete el ámbito de competencia o campo de acción reservado a las autoridades del Estado que tienen la función de idear programas para el desarrollo social, la protección de su medio ambiente o cualquier otro análogo, salvo que omitan hacerlo o violen derechos humanos.

Es un hecho que el Poder Judicial Federal en México influye en las políticas públicas dadas en materia de recaudación fiscal; ello se observa cuando declaran inconstitucional un impuesto y, a su vez, brindan elementos con el fin de que los órganos competentes puedan emitir otra norma que supla los vicios hasta entonces detectados.

---

<sup>10</sup> “Tiene Tlalne galeras VIP para conductores ebrios”, *El Universal*, México, 5 de marzo de 2013 [disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/edomex/6813.html>].

Hasta la normativa interna de órganos de recaudación tributaria hacen una excepción en favor del contribuyente y aplican la jurisprudencia que, de suyo, no les vincula en términos del artículo 217 de la Ley de Amparo.

Por eso no estoy de acuerdo con que sea arbitrario el análisis judicial de políticas públicas relacionadas con derechos humanos pero comprendo el miedo provocado por la posible configuración de excesos en el tema; afortunadamente, se pueden evitar o controlar mediante la aplicación del sistema normativo aquellas conductas que desvían el poder. Se trata de un riesgo que jamás deberá limitar la actividad en defensa de los derechos y libertades, su reconocimiento y ejercicio efectivo, no abusivo.

### **3. RECONOCER EFECTOS GENERALES A LA JURISPRUDENCIA Y LA POSIBILIDAD EFECTIVA DE INAPLICARLA O SUSTITUIRLA**

Desde hace algunos años he estudiado el tema de la vinculatoriedad de la jurisprudencia; en mi experiencia como abogado siempre me causó curiosidad indagar por qué la interpretación emanada del sistema jurisprudencial mexicano no obliga a las autoridades que escapan a la lista del entonces contenido de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo de 1936, reproducidos en el precepto 217 de la Ley de Amparo de 2013<sup>11</sup>.

Los preceptos en cita disponen:

“Artículo 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decrete el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.”

“Artículo 193. La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los tribunales unitarios, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los Estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.”

“Artículo 217. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decrete el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente. La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito. La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”

Si bien el último precepto reitera la idea de que solamente tienen obligación de observar el precedente judicial, las salas de la Corte, los Plenos de Circuito, los tribunales de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y los juzgadores de

---

<sup>11</sup> Cfr. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>

los Estados y del Distrito Federal, así como los tribunales administrativos y del trabajo locales o federales, lo cierto es que a esa relación escapan un número considerable de autoridades administrativas y legislativas, incluidos los órganos constitucionales autónomos.

En efecto, con fundamento en el citado precepto 217 de la Ley de Amparo, ciertas autoridades evaden la tutela de los derechos humanos bajo el argumento de que la jurisprudencia proveniente del Poder Judicial Federal no les resulta obligatoria. Aspecto de la práctica nacional que la Corte avaló conforme a las siguientes razones.

### **3.1. El debate judicial sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia**

La cultura de efectos restringidos en el precedente judicial federal ha sido avalada por nuestra Corte de Justicia al tenor de lo resuelto en una contradicción de tesis sustentada entre el Primer Tribunal Colegiado Mixto del Décimo Cuarto Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa del Sexto Circuito, donde el Alto Tribunal consideró que la jurisprudencia debía mantener los efectos restrictivos previstos en la Ley de Amparo al no ser obligación de la autoridad administrativa, fundar y motivar con base en jurisprudencia, ya que a diferencia de la ley, su obligatoriedad no puede ser equiparable a los efectos generales de una norma dado que transgrediría el principio de relatividad en las sentencias de amparo.

Con ese razonamiento legalista, impropio de un tribunal constitucional contemporáneo, la Corte emite la tesis intitulada “*JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS.*”<sup>12</sup>, y deja pasar la oportunidad de reconocer efectos generales a los criterios judiciales.

---

<sup>12</sup> “La obligación de las autoridades administrativas de fundar y motivar sus actos consiste en citar de manera específica la ley exactamente aplicable al caso, así como en expresar las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto y la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables y no, en citar también la jurisprudencia respectiva, esto es, la obligación de fundar los actos en la ley, no implica hacerlo en la forma en que haya sido interpretada por los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación, dado que la jurisprudencia tiene notables diferencias con la ley y no puede ser equiparable a ésta, principalmente porque la jurisprudencia es obra de los órganos jurisdiccionales y la ley del órgano legislativo, es decir, la jurisprudencia no es una norma general y sólo se aplica a casos particulares, conforme al principio de relatividad de las sentencias que rige al juicio de garantías, por lo que resulta erróneo sostener que los actos de las autoridades administrativas sean violatorios del artículo 16 constitucional por no apoyarse en la jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, habida cuenta que por remisión del octavo párrafo del artículo 94 de la Constitución Federal, los preceptos 192 y 193 de la Ley de Amparo, establecen con precisión que la jurisprudencia obliga solamente a los órganos jurisdiccionales”. Contradicción de Tesis 40/2001-PL entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito.—26 de abril de 2002.—Cinco votos.—Ponente: Mariano Azuela Güitrón.—Secretario: José Antonio Abel Aguilar. Tesis de jurisprudencia 38/2002. —Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del tres de mayo de dos mil dos. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, mayo de 2002, p. 175, Segunda Sala, tesis

Considero que el Poder Judicial Federal debió aceptar la obligatoriedad general de la jurisprudencia en favor de la dignidad humana, en lugar de basar sus efectos restrictivos en una serie de planteamientos que distinguen entre ley y jurisprudencia, los cuales son evidentes; empero, esa línea argumentativa —llevada al extremo— implica que el precedente no tenga efectos vinculantes sobre ninguna autoridad, siendo entonces inconstitucional la autorización dada por la Ley de Amparo conforme a lo dicho por la Corte.

Ahora, por simple lógica, la jurisprudencia debe obligar a todas las autoridades del país para evitar impunidad y legalidad exacerbada.

Un Estado congruente de su transición de legal a constitucional debe acabar con los efectos limitados de la jurisprudencia y hacerlos extensivos a toda autoridad del país —incluidas las personas— con el fin de dar certidumbre constitucional en materia de estándares mínimos de reconocimiento y protección a la dignidad humana. Deben eludir visiones legalistas que oculten la injusticia en detrimento de la objeción de conciencia. Propongo algunas ideas.

### ***3.2. Reglas para no aplicar o sustituir un precedente judicial***

Cuando la obligatoriedad del precedente choca con la protección a un derecho humano no analizado en el caso de donde emana el precedente o habiendo sido considerado el contexto, éste cambió y se requiere un ajuste interpretativo, el resolutor deberá expresar los argumentos que evidencien la falta de idoneidad en la aplicación del criterio para proceder a inaplicarlo o sustituirlo.

Ello permite que la parte afectada o con interés legítimo en que se aplique el precedente objetado, impugne para que se decida sobre lo correcto o no de la jurisprudencia sustituida o no aplicada, siendo indispensable que los Tribunales Colegiados de Circuito en México, ante la existencia de criterios contradictorios, se abstengan de dictar sentencia y —de oficio o a petición de parte— soliciten al tribunal competente decidir cuál de los dos criterios prevalece en la controversia<sup>13</sup>.

Mi propuesta requiere legitimar —vía reforma interpretación— a los jueces de Distrito y a las partes o interesados para solicitar la abstención de dictar sentencia ante jurisprudencia contradictoria y resolver con mayor certidumbre y sin el riesgo actual de que se aplique un criterio que no reconozca derechos frente a otro que si los reconoce, pero que el juzgador decidió no aplicar.

Esa última afirmación enuncia la operatividad de la denuncia por Contracción de Tesis, sólo que ahora tenemos la desventaja de que procede en forma posterior a que se emite el fallo e impide que la resolución tenga efectos en el asunto que la originó<sup>14</sup>.

La inaplicación de la que hablo, permite escoger otro criterio o sustituirlo en beneficio de la dignidad humana, sin importar su jerarquía. Comparto algunos lineamientos.

---

2a./J. 38/2002; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, mayo de 2002, p. 176.

<sup>13</sup> Vid. CARPIZO, Enrique, “El control de las reformas constitucionales en México. Un análisis judicial pendiente”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LXI, núm. 255, enero-julio de 2011.

<sup>14</sup> *Idem*.

## A. Inaplicación

El tema de la inaplicación de la jurisprudencia en México no es del todo novedoso; desde 1941, Romeo León Orantes opinó que también podía haber jurisprudencia inconstitucional. Dicho autor expresó:

“La jurisprudencia de la Corte, respetable en todos sentidos por su sapiencia jurídica [...] no es sin embargo infalible y así ha quedado evidenciado [...] existe jurisprudencia de la Corte contraria a la ciencia jurídica [...] y violatoria en forma franca y ostensible de los propios textos constitucionales... En estos casos los Jueces de Distrito y los Magistrados de Circuito se encuentran en su actuación comprometidos, pues que por una parte tienen la disposición terminante del artículo 194 de la Ley de Amparo, que les impone el deber de acatar y aplicar la jurisprudencia y, por otra parte, el artículo 133 de la Constitución les previene que arreglen su actuación a las prescripciones de la Constitución, a pesar de cualquiera otra disposición en contrario. Es evidente que en tales situaciones, los Jueces y Magistrados deben estar a lo dispuesto por el precepto constitucional”<sup>15</sup>.

Como se advierte, el tema no es nuevo en el derecho constitucional mexicano pero sí olvidado, por lógica impera lo previsto en el artículo 133 de la Carta Magna y quien puede lo más, puede lo menos; entonces, no extraña que múltiples Tribunales de Circuito inapliquen la jurisprudencia del Alto Tribunal. Veamos algunos casos.

### a) El Tribunal Colegiado de Monterrey y la falta de indemnización de policías y militares

La reforma constitucional al artículo 123, apartado B, limitó el derecho humano a la reinstalación en el empleo ante el despido injustificado de miembros de la policía e instancias militares, pero algunas autoridades laborales estaban aplicando por analogía las reglas de indemnización previstas para el despido injustificado en general, lo cual es acorde al derecho de fuente internacional que permite pagar a la víctima de un despido laboral arbitrario ante la imposibilidad de ser reinstalado, la cantidad que conforme a derecho le corresponde.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia emitió un criterio que violenta el derecho a una indemnización laboral por considerar que no es factible aplicar de forma supletoria la Ley Federal del Trabajo en razón a que ésta regula el apartado A, del artículo 123 constitucional y no el B, sin importar que la ley reglamentaria del lado B no disponga indemnización por despido injustificado.

Así, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito con sede en Monterrey, emitió un criterio jurisprudencial que no aplica el criterio de rubro “*SEGURIDAD PÚBLICA. PARA DETERMINAR LOS CONCEPTOS QUE DEBEN INTEGRAR LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, NO ES APLICABLE, NI AÚN SUPLETORIAMENTE, LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO*”<sup>16</sup>, emitido por la Segunda Sala de la Corte de Justicia.

<sup>15</sup> *El juicio de amparo (ensayo doctrinal)*, México, S/E, 1941, pp. 178-179.

<sup>16</sup> Tesis; 2ª/J. 119/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, SCJN, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 412.

La razón fundamental de su actuar, se basa en que el precedente del Alto Tribunal viola el Convenio relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación, derecho de fuente internacional vinculante conforme al artículo 133 de la Carta Magna y por tanto emitió otro de rubro *“POLICÍAS. PARA EL PAGO DE SU INDEMNIZACIÓN PROCEDE DESAPLICAR LAS REGLAS QUE, EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, HA ESTABLECIDO LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN”*<sup>17</sup>.

Ello motivó una persecución interna contra de los integrantes de ese órgano judicial en razón a que la Segunda Sala de la Corte que emitió el criterio inobservado se sintió ridiculizada, no obstante que su visión del derecho en el tema es totalmente retrógrada.

En efecto, la ministra ponente pese a reconocer la inexistencia de agravios para analizar la desaplicación de la jurisprudencia, advirtió que ese proceder es contrario al artículo 192 de la Ley de Amparo, no intervino en beneficio de los derechos de quien pudo resultar afectado por la no aplicación de una jurisprudencia, sino que conoce del caso para evidenciar que la práctica del Tribunal Colegiado<sup>18</sup> consistente en *“... desaplicar la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación no está autorizada en ninguna disposición legal”*<sup>19</sup>.

Al respeto, la Segunda Sala de la Corte adujo: *“...el Tribunal Colegiado del conocimiento para poder conceder el amparo al quejoso desaplicó la jurisprudencia 2a./J. 119/2011 de esta Segunda Sala, porque en su concepto el criterio interpretativo que contiene viola los artículos 1° y 2° del Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el once de agosto de mil novecientos sesenta y dos; empero, como esa inaplicación no es susceptible de examinarse sin agravio de parte interesada, no es el caso de emitir pronunciamiento alguno sobre tal cuestión, a pesar de la inobservancia de dicha disposición de la Ley de Amparo.”*

Curiosamente la Sala de la Corte adopta un criterio totalmente contrario al actuar de un verdadero tribunal constitucional protector de derechos y libertades pues asentó:

*“...la seguridad jurídica que proporcionan esos criterios vinculantes no puede desconocerse so pretexto de su posible contradicción con alguna norma convencional, pues tampoco existe precepto jurídico alguno que permita a los Tribunales Colegiados objetar tales criterios, ni siquiera porque en su concepto infrinjan tratados en materia de derechos humanos...”*<sup>20</sup>

Argumentos que desconocen uno de los presupuestos básicos con que opera la certidumbre jurídica en un Estado Constitucional de Derecho. ¿Cuál? Aquél que reconoce a las formas procesales como literalidad de la norma cuando es a favor del ser humano y no en su contra. Pero también se desconoció que un precepto de la Ley de

---

<sup>17</sup> Tesis: IV. 1o. A.1 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, SCJN, Décima época, Libro, XVIII, t. 3, marzo de 2013, p. 2051.

<sup>18</sup> Sentencia pronunciada durante la sesión celebrada el 21 de noviembre de 2012, en el amparo directo en revisión 2126/2012.

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> *Idem.*

Amparo no puede estar por encima de un tratado internacional que es Ley Suprema de la Unión, esto es, derecho de fuente internacional con rango constitucional<sup>21</sup>.

Empero, la argumentación de la sentencia hace una reflexión que nos parece sabedora de su función actual, pero usada en detrimento de una impartición de justicia idónea al sistema que decimos detentar, que es el del Estado Constitucional de Derecho. Porque después de analizar el contenido del artículo 1° constitucional, la Corte asienta que ese precepto:

“... solamente instituyó un método hermenéutico para la solución de conflictos en los que esté bajo examen el alcance de los derechos humanos, el cual permite acudir a una interpretación extensiva para reconocer esos derechos, o bien estricta, tratándose de restricciones a los mismos, pero siempre teniendo como límite, en uno y otro caso, el texto constitucional y las leyes coincidentes con ella.”

“Consecuentemente, si existe jurisprudencia del Máximo Tribunal exactamente aplicable al caso, los órganos jurisdiccionales obligados a cumplir con la jurisprudencia emitida por este Alto Tribunal carecen de atribuciones para reinterpretar su contenido, pues uno de los derechos fundamentales que ante todo debe observar el juzgador es precisamente la seguridad jurídica que tutelan los artículos 14 y 16 constitucionales, la cual se haría nugatoria si la obligatoriedad de la jurisprudencia dependiera de lo que en cada caso determinaran los órganos jurisdiccionales que por disposición legal tienen el deber de acatarla”.

Esas apreciaciones —por mayoría de razón— nos hacen preguntarnos si una formalidad procesal puede estar por encima de los derechos humanos. Evidentemente que no. Ni en los tribunales de Núremberg se aceptó ese tipo de defensa a favor de las formalidades que atentan contra derechos y libertades humanas. Jamás podrá argumentarse con razón que se aplicó la ley pese a nuestra objeción de conciencia en los casos donde es notoria la vulneración a un derecho humano.

No obstante, la Segunda Sala de la Corte dio “... *vista al Consejo de la Judicatura Federal... para el efecto de que si considera que en el caso pudiera configurarse alguna causa de responsabilidad administrativa, resuelva lo que conforme a derecho corresponda.*” Por fortuna, el presidente de la Corte, que lamentablemente también lo es del Consejo, desechó el procedimiento administrativo instaurado con motivo de la vista dada por la citada Sala del Alto Tribunal.

b) El caso del Noveno Tribunal Colegiado de Circuito en el Distrito Federal, ante un criterio que obstaculiza el acceso a la justicia federal

En 2005 la Corte de Justicia avaló un actuar ministerial sumamente cuestionado por la sociedad: aquel que permite que el órgano persecutor de los delitos consigne una averiguación sin haber dado al presunto o presuntos responsables la oportunidad de comparecer ante él y ofrecer las pruebas que estimen pertinentes para su defensa.

Se rumoró que en la práctica, la consignación sin intervención del indiciado era un aspecto común que incluso podía conseguirse a cambio de alguna dádiva.

---

<sup>21</sup> CARPIZO, Enrique, *El control constitucional y el convencional frente a la simple actividad protectora de los derechos humanos*, Tribunal Superior de Justicia en el Estado de Nuevo León, 2013, pp. 58-60 y ss.

Antes de la existencia de ese criterio, la vía principal para cuestionar ese actuar era el amparo indirecto; pero el Alto Tribunal lo declaró improcedente y legitimó la posibilidad de que el Ministerio Público violente el debido procedimiento.

Afortunadamente, aunado a la inaplicación de una norma y su interpretación, el Noveno Tribunal Colegiado de Circuito en materia Penal con sede en México, Distrito Federal, inaplicó la jurisprudencia emanada de la Primera Sala de la Corte de Justicia de rubro “*AVERIGUACIÓN PREVIA. LA OMISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CITAR O HACER COMPARECER AL PROBABLE O PROBABLES INDICIADOS PARA QUE DECLAREN, NO PUEDE COMBATIRSE A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.*”<sup>22</sup>, y resolvió que el precedente citado violaba el debido procedimiento y declaró procedente el amparo indirecto para reclamar la falta de citación del indiciado en una averiguación previa.

En ese caso, la Primera Sala de la Corte no persiguió a los integrantes del citado cuerpo colegiado sino que apoyó la posibilidad de que pudieran inaplicar sus criterios cuando violentaran derechos humanos, y en abril de 2014 emitió un criterio en el que posibilita la revisión en el amparo directo cuando en la sentencia no se aplique una jurisprudencia o criterio de la Corte<sup>23</sup>.

## *B. Sustitución*

Un caso que también puede provocar la no aplicación o sustitución, según la autoridad de que se trate, es un criterio por contradicción emitido por la Corte de Justicia que lleva por rubro “*ALCOHOLÍMETRO. EL ARTÍCULO 102, PÁRRAFO PRIMERO, DEL REGLAMENTO DE TRÁNSITO PARA EL DISTRITO FEDERAL NO VIOLA EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL*”<sup>24</sup>.

La jurisprudencia en cita fue integrada con anterioridad a la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 y a la resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia en el expediente Varios 912/2011, publicada el 4 de octubre de 2011, en el Diario Oficial referido, por ello, se entiende que la interpretación al citado precepto 102 del Reglamento de Tránsito Metropolitano, no haya sido en función de los cambios al sistema de protección a derechos humanos<sup>25</sup>.

Cuando eso ocurre, es factible usar de manera directa el artículo 133 constitucional e inaplicar la jurisprudencia en cita, siempre y cuando se trate de un órgano judicial sin competencia para emitir jurisprudencia, de lo contrario podrá sustituir el criterio.

---

<sup>22</sup> Tesis 1a./J.154/2005, Semanario Judicial de la Federación, México, SCJN, Novena Época, t. XXIII, Mayo de 2006, p. 49.

<sup>23</sup> “AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. ES PROCEDENTE CUANDO EL TRIBUNAL COLEGIADO INAPLICA UNA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tesis 1a. CXXXIX/2014”, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, México, SCJN, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 789.

<sup>24</sup> Tesis: 2a./J: 117/2007. Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, México, SCJN, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 277.

<sup>25</sup> Expediente Varios 912/2011, considerando séptimo. Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011.

Con la sustitución de la jurisprudencia, se preserva el contenido del derecho de fuente nacional o internacional y se reconoce lo que dispuso el Constituyente de 1917 cuando se refirió a la multa como un límite a la arbitrariedad de los gobiernos que siempre optaban por arrestar a las personas sin privilegiar su derecho a la multa, antes de proceder a privarlo de su libertad por algún tipo de infracción administrativa<sup>26</sup>.

Por esa razón, considero infundado el argumento de la Corte que avala el arresto inmutable como única sanción cuando una persona incurre en los supuestos a que se refieren los artículos 32, párrafo primero<sup>27</sup> y 33<sup>28</sup> del mismo ordenamiento, que en esencia coinciden con el artículo 102 referido en la tesis, ya que vulnera el derecho al pago de una multa antes de proceder al arresto.

Además, resulta inconstitucional que la Corte haya considerado que la multa o arresto previstos en el artículo 21 constitucional no es un derecho humano, sino una opción para que la autoridad administrativa regule a título discrecional una u otra sanción e infracción a la persona, pues ello es erróneo: la multa o trabajo en favor de la comunidad es un derecho humano que prevalece a la multa y debe ser respetado conforme a la gravedad o levedad de la infracción administrativa en que se incurra.

En pocas palabras, la exposición de motivos de la Constitución dispone que sólo puede ser arrestado un infractor cuando no pueda pagar la multa.

La inconstitucionalidad interpretativa en mención se acredita teniendo en cuenta que es una obligación estatal adoptar la medida que más beneficio otorgue a la persona para no afectar el derecho humano a la libertad personal, y, por ende, la existencia del arresto inmutable, marginando el derecho a una multa en detrimento del artículo 21 constitucional.

---

<sup>26</sup> *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, Querétaro, núm. 12, 1° de diciembre de 1916, t. I.

<sup>27</sup> “Artículo 32. Los conductores de vehículos a quienes se les encuentre cometiendo actos que violen las disposiciones del presente Reglamento y/o muestren síntomas de que conducen en estado de ebriedad o bajo el influjo de narcóticos, están obligados a someterse a las pruebas necesarias con el Médico Legista ante el cual sean presentados o por personal autorizado para tal efecto. En caso de que se certifique que el conductor se encuentra en estado de ebriedad o de intoxicación de narcóticos, será aplicable la sanción del artículo anterior.” [disponible en <http://www.df.gob.mx/index.php/reglamento-de-transito-metropolitano>].

<sup>28</sup> “Artículo 33. Cuando los agentes cuenten con dispositivos oficiales de detección de alcohol o de narcóticos, se procederá como sigue: I. Los conductores se someterán a las pruebas para la detección del grado de intoxicación que establezca Seguridad Pública; II. El agente entregará un ejemplar del comprobante de los resultados de la prueba al conductor, inmediato a su realización; y III. En caso de que el conductor sobrepase el límite permitido de alcohol en la sangre será remitido al Juzgado Cívico, IV. El agente entregará un ejemplar del comprobante de los resultados de la prueba al Juez Cívico ante el cual sea presentado, documento que constituirá prueba fehaciente de la cantidad de alcohol o narcóticos encontrados y servirá de base para el dictamen del Médico Legista que determine el tiempo probable de recuperación, asimismo, se dará aviso inmediato a la Secretaría, para que proceda a la cancelación de la licencia de conducir en los términos de la Ley. Cuando el conductor sobrepase la cantidad de alcohol permitida, el vehículo será remitido al depósito vehicular, salvo que cuente con alguna persona que conduzca el vehículo en los términos de la Ley y el presente Reglamento.”, Cfr. <http://www.df.gob.mx/index.php/reglamento-de-transito-metropolitano>

Ello es así porque la Corte dice que la letra “o” es una disyuntiva que permite escoger cuál de las dos medidas puede ser legislada como única alternativa, argumento parcialmente cierto, dado que la posibilidad de imponer una u otra debe estar prevista en el reglamento correspondiente y no entenderse desde una perspectiva contraria al principio *pro persona y pro libertatis*<sup>29</sup>.

La lectura del tercer párrafo del artículo 21 constitucional permite entender que la opción multa o trabajo en favor de la comunidad ha de estar presente en todo reglamento, lo contrario conduce al absurdo de limitar la calidad jurídica de la Constitución y su eficacia directa en materia de derechos humanos.

Considero que al mediar una aplicación directa de la Constitución conforme al nuevo sistema de protección de derechos humanos y a la sentencia Interamericana dictada en el caso *Rosendo Radilla vs. México*, las autoridades del Estado deben superar la jurisprudencia de rubro “*ALCOHOLÍMETRO. EL ARTÍCULO 102, PÁRRAFO PRIMERO, DEL REGLAMENTO DE TRÁNSITO PARA EL DISTRITO FEDERAL NO VIOLA EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL*”, y aplicar de manera directa la parte *in fine* del tercer párrafo del artículo 21 constitucional, para posibilitar el acceso a la multa o trabajo en favor de la comunidad como opción de sanción a una infracción administrativa y no el arresto inconvertible de 20 a 36 horas.

Aunado a eso, y en virtud del reconocimiento de la Corte de Justicia a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deviene pertinente la aplicación de argumentos expuestos en las sentencias dictadas en los casos *Kimel vs Argentina*, *Ricardo Canese vs Paraguay* y *Palamara Iribarne vs Chile*, que reconocen la restricción a la libertad como el medio más severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita o infractora; por lo tanto, una sociedad democrática debe privilegiar los principios de intervención mínima, ya que el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de ataques graves que los dañen o pongan en peligro; lo contrario conduce al ejercicio abusivo del poder del Estado<sup>30</sup>, tal y como ocurrió en el caso *Manuel Cepeda Vargas vs Colombia* donde se condenó a imponer una pena o sanción apropiada a la gravedad de los hechos<sup>31</sup>.

Reitero que la decisión de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia recaída en la Contradicción de Tesis citada, fue acorde a un contexto social en el cual no existía la reforma constitucional de junio de 2011 y la decisión de la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco vs México*, por lo que con fundamento en los artículos 228<sup>32</sup>,

---

<sup>29</sup> CARPIZO, Enrique, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa, 2011, pp. 96-99.

<sup>30</sup> Cfr. *Kimel vs Argentina*, párrafo 76; *Ricardo Canese vs Paraguay*, párrafo 104; y *Caso Palamara Iribarne vs Chile*, párrafo 79. Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, vol. VI.

<sup>31</sup> Cfr. *Manuel Cepeda Vargas vs Colombia*, párrafo 153, *ibídem*.

<sup>32</sup> “Artículo 228. La jurisprudencia se interrumpe y deja de tener carácter obligatorio cuando se pronuncie sentencia en contrario. En estos casos, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las que se referirán a las consideraciones que se

229<sup>33</sup>, y 230<sup>34</sup> de la Ley de Amparo de 2013, podría ser sustituida por un criterio similar a la tesis del Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, cuyo rubro dispone “*ALCOHOLÍMETRO. EL ARTÍCULO 102, PÁRRAFO PRIMERO, DEL REGLAMENTO DE TRÁNSITO DEL DISTRITO FEDERAL, AL ESTABLECER UN ARRESTO INCONMUTABLE COMO SANCIÓN POR CONDUCIR UN VEHÍCULO, CON DETERMINADA CANTIDAD DE ALCOHOL EN LA SANGRE O EN AIRE EXPIRADO, VIOLA EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL*”<sup>35</sup>.

### C. Órganos encargados de la inaplicación o sustitución y de revisar esa actividad

Recapitulado los temas expuestos en este apartado que apuntan a la necesidad de justificar la flexibilidad de la jurisprudencia en México conforme a derechos y libertades, expongo algunas ideas respecto de los órganos que considero competentes para sustituir o inaplicar un precedente.

---

tuvieron para establecer la jurisprudencia relativa.” [disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>].

<sup>33</sup> “Artículo 229. Interrumpida la jurisprudencia, para integrar la nueva se observarán las mismas reglas establecidas para su formación.” [disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>].

<sup>34</sup> “Artículo 230. La jurisprudencia que por reiteración o contradicción establezcan el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los Plenos de Circuito, podrá ser sustituida conforme a las siguientes reglas: I. Cualquier tribunal colegiado de circuito, previa petición de alguno de sus magistrados, con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al Pleno de Circuito al que pertenezcan que sustituya la jurisprudencia que por contradicción haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. Para que los Plenos de Circuito sustituyan la jurisprudencia se requerirá de las dos terceras partes de los magistrados que lo integran. II. Cualquiera de los Plenos de Circuito, previa petición de alguno de los magistrados de los tribunales colegiados de su circuito y con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, que sustituya la jurisprudencia que hayan establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviarían los Plenos de Circuito al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o a la sala correspondiente, debe ser aprobada por la mayoría de sus integrantes. III. Cualquiera de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, previa petición de alguno de los ministros que las integran, y sólo con motivo de un caso concreto una vez resuelto, podrán solicitar al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, para lo cual expresarán las razones por las cuales se estima debe hacerse. La solicitud que, en su caso, enviaría la sala correspondiente al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberá ser aprobada por la mayoría de sus integrantes. Para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustituya la jurisprudencia en términos de las fracciones II y III del presente artículo, se requerirá mayoría de cuando menos ocho votos en pleno y cuatro en sala. Cuando se resuelva sustituir la jurisprudencia, dicha resolución no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los que se hayan dictado las sentencias que la integraron, ni la que se resolvió en el caso concreto que haya motivado la solicitud. Esta resolución se publicará y distribuirá en los términos establecidos en esta Ley.” <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>

<sup>35</sup> Tesis I.15o. A. 67. A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, México, SCJN, t. XXIV, Septiembre 2006, p. 1399.

#### a) Inaplicación

Tratándose de jueces ordinarios, la vía idónea para reclamar la inaplicación será la apelación o el amparo directo y, en su caso, la revisión cuando un juez de Distrito o Tribunal Colegiado avale o revoque la inaplicación.

Con base en los artículos 1° y 133 constitucionales, la actividad protectora de los derechos humanos permite a las autoridades del Estado y a los particulares, no aplicar criterios judiciales en contra de la dignidad. Si la resolución emana de una condena, el afectado deberá instaurar el recurso pertinente para tratar el tema ya que no hay monopolio en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos.

#### b) Sustitución

Podrán sustituir la jurisprudencia conforme a las pautas enunciadas en este apartado, las autoridades que la hayan emitido o cualquiera otra competente para emitir jurisprudencia, ya sea de oficio o cuando se cuestiona su contenido, esto es, el Pleno de la Corte, sus Salas, los Colegiados de Circuito y sus Plenos de Circuito. Sin embargo, la Ley de Amparo no reconoce esa posibilidad a los Tribunales Colegiados, aspecto que limita la posibilidad de que las autoridades judiciales actúen conforme al artículo 1° de la Constitución; ése es el tipo de hipótesis donde se justifica la inaplicación de la Ley de Amparo<sup>36</sup>.

#### c) Sustitución o inaplicación implícita

Puede ocurrir que el juzgado o tribunal que emite la jurisprudencia sustente otra que, en esencia, sustituya o no aplique múltiples criterios pero no lo exprese; ese actuar también puede vulnerar derechos humanos y el afectado podrá impugnar conforme a lo siguiente.

#### D. Vía idónea y órganos revisores

Si la inaplicación la realiza cualquier autoridad o particular del Estado, será el amparo y, en su caso, la apelación o la revisión donde deba analizarse si dicha actividad es o no acorde al derecho nacional e internacional vinculante. Si quien inaplica es un juez de Distrito, entonces, la vía idónea para reclamar será la revisión. Ahora, cuando la inaplicación la realice un Tribunal Colegiado de Circuito respecto de un criterio de la Corte de Justicia, la impugnación deberá ser ante el citado Alto Tribunal; así lo dispuso la Suprema Corte en el criterio “*AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. ES PROCEDENTE CUANDO EL TRIBUNAL COLEGIADO INAPLICA UNA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*”<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Sobre la inaplicación de la jurisprudencia Cfr. CARPIZO, Enrique, “El control constitucional difuso: ¿competencia federal, estatal o abuso en su ejercicio?”, *Revista Contralínea*, México, año 12, núm. 378, marzo de 2014.

<sup>37</sup> Tesis 1a. CXXXIX/2014”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 789.

Tanto la sustitución o como la inaplicación podrá ser impugnada ante el Pleno de Circuito que corresponda en razón a la contradicción existente entre el criterio sustituido y el que lo sustituye o la inaplicación. La materia del recurso únicamente valorará si la nueva jurisprudencia afecta o no al principio de progresividad de derechos humanos.

Si la sustitución proviene de alguna de las Salas de la Corte, el afectado podrá reclamar ante el Pleno del Máximo Tribunal y si el criterio proviene de ese órgano colegiado, entonces el recurso deberá ser ante la Comisión Interamericana por la presunta violación al derecho de fuente nacional o internacional.

Ahora, si la inaplicación o sustitución realizada por autoridades de amparo perjudica a las partes, el juzgador deberá abstenerse de dictar sentencia y solicitar a la autoridad competente pronunciarse sobre su proyecto de inaplicación o sustitución de jurisprudencia.

Si se trata de jueces de Distrito o magistrados de Circuito, el pronunciamiento en cita deberá solicitarse al Pleno de Circuito respectivo, y si se trata de una de las Salas de la Corte, al Pleno del Alto Tribunal.

Lo interesante será aceptar que cuando la sustitución o inaplicación provenga del Pleno de la Corte y afecte derechos de las partes, éste pueda solicitar opinión consultiva a la Corte Interamericana de Justicia con el afán de facilitar el proceso de integración regional a favor de la dignidad humana.

#### 4. CONCLUSIONES

Si las autoridades y personas que se dicen estar en un Estado Constitucional de Derecho no hacen lo pertinente por comprender qué es y no identifican sus alcances, evidentemente estarán operando bajo el tamiz de un Estado Legal que dice ser Constitucional sin ejercer conforme a la esencia de un cúmulo de idearios y principios en pro de la dignidad humana, su entorno y aquello que optimiza sus alcances<sup>38</sup>.

Asumir nuevos retos sin antes alcanzar las bases de un sistema constitucional hasta ahora *cuasi* comprendido por algunos de los que brindan servicios en el Estado Legal encubierto de Constitucional, genera aparentes avances en la impartición y procuración de justicia. Considero básico romper el paradigma de interpretaciones judiciales cuya obligación de acatar se basa en la formalidad de la autoridad de donde emana. Cierto, hay que cumplir las sentencias —sobre todo las que están ejecutorias o firmes— más nunca cerrar la posibilidad de recurrir o solicitar la modificación —ante instancias competentes— de las interpretaciones que devienen contrarias a derechos y libertades de fuente nacional o internacional<sup>39</sup>.

Recordemos que es obligación de las autoridades del Estado y de las propias personas actuar en favor de su naturaleza y entorno, por lo que no sólo deben inaplicar normas sino también la jurisprudencia contraria a la Constitución o al derecho externo vinculante; con ello cumplen cabalmente su labor garante del sistema y evitan ser

<sup>38</sup> CARPIZO, Enrique, *El control constitucional y el convencional frente a la simple actividad protectora*, *ob. cit.*, p. 72.

<sup>39</sup> *Id.*, “Sentencia conforme a derechos humanos, un asunto pendiente”, *Revista Contralínea*, México, año 13, núm. 388, junio 2014.

cómplices de la condena internacional al país por no defender lo evidente: que en ningún territorio donde existan seres humanos puede violarse la dignidad en conjunto. Evitemos la responsabilidad internacional e individualizada en el interior del Estado, ya que puede ocurrir que el gobierno busque al responsable de la violación para efectos de hacerlo solidario en el pago de la indemnización condenada<sup>40</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- BIDART, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 1991.
- CARPISO, Enrique, “Algunas reflexiones sobre el control de convencionalidad y su relación con el control difuso en México”, *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionales*, dirigida por Paulo Bonavides, Brasil, en prensa.
- *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa, 2011.
  - “Destierro. Origen y consolidación de la primera sentencia de amparo”, *Realidad Jurídica*, México, año I, núm. II, abril-junio de 2004.
  - *Diccionario práctico de justicia constitucional*, México, Porrúa, 2012.
  - *El control constitucional y el convencional frente a la simple actividad protectora de los derechos humanos*, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, 2013.
  - “El control de las reformas constitucionales en México. Un análisis judicial pendiente”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LXI, núm. 255, enero-julio de 2011.
  - “El gobierno judicial en México, pasado, presente y futuro”, en Carpizo, Enrique (coord.), *Estudios sobre la administración de tribunales*, México, Porrúa, 2013.
  - *La defensa constitucional en México*, México, Porrúa, 2011.
  - “La condena internacional a México por violación a derechos humanos”, *Revista Contralínea*, México, año 12, núm. 369, enero de 2014.
  - El control constitucional difuso: ¿competencia federal, estatal o abuso en su ejercicio?”, *Revista Contralínea*, México, año 12, núm. 378, marzo de 2014.
  - “La Suprema Corte en la consulta popular: ¿utilidad o farándula?” *Revista Contralínea*, México, año 13, núm. 381, abril de 2014.
  - *Sentencia conforme a derechos humanos, un asunto pendiente* en *Revista Contralínea*, México, año 13, núm. 388, junio 2014.
  - *Derechos humanos absolutos o limitados* en *Revista El mundo del Abogado*, México, año 16, núm. 181, mayo 2014.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- DIARIO DE LOS DEBATES DEL CONGRESO CONSTITUYENTE, Querétaro, núm. 12, 1o, de diciembre de 1916, t. I.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Navarra, Civitas, 2005.
- DORADO PORRAS, Javier, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos. Una polémica sobre interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997.

---

<sup>40</sup> *Id.*, “La condena internacional a México por violación a derechos humanos”, *Revista Contralínea*, México, año 12, núm. 369, enero de 2014.

- EL SIGLO DE TORREÓN, “Pide AL eliminar reforma al artículo 1” [Disponible en <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/827569.pide-ai-eliminar-reforma-al-articulo-1.html>].
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011.
- FIORAVANTI, Maurizio, *De la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2007.
- FISHER, Louis, *Constitutional conflicts between congress and the president*, 4ª ed., Kansas, University Press of Kansas, 1997.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011.
- “La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en Bogdandy, Armin Von, *et al.* (coords.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Jus Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Plank-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, t. II.
  - “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en González Oropeza, Manuel, *et al.* (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I.
  - “Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”, en Pérez Royo, Javier, *et al.*, *Derecho constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, 2006, t. I.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 2010.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011.
- (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, vols. I y II.
  - (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, vols. IV y V.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y LONDOÑO, María (coords.), *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *et al.*, 2010, vol. VI.
- y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “Estado legal y Estado constitucional”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Venezuela, núm. 82, Año XXXVI, 1991.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho internacional público*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- HIGHTON, Elena I., “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en Bogdandy, Armin Von *et al.* (coords.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Jus Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Plank-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, t. I.
- IBARRA, Francisco, *Miguel Hidalgo, entre la libertad y la tradición*, México, Porrúa, 2003.

- INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Madrid, INAP, 1999.
- KRAMER, Larry, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- LAMBERT, Jacques, *Los orígenes del control judicial de la constitucionalidad de las leyes federales en los Estados Unidos. Marbury v. Madison*, El foro, 1996.
- LINARES, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- LIRA, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972.
- LÓPEZ DAZA, Germán, “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 24, enero-junio de 2011.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976.
- ORTIZ, Rigoberto, “Los juicios de Nuremberg: 60 años después”, *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 1, núm. 2, 2006.
- PACE, Alessandro, *Problemática delle libertà costituzionali. Lezioni*, 2a. ed., Italia, CEDAM, 1990.
- PECES-BARBA, Gregorio *et al.*, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Eudema y Universidad Complutense de Madrid, 1991.
- *Derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, México, UNAM-Secretariado Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004.
- *Más allá del diálogo entre tribunales*, trad. de Pedro J. Tenorio Sánchez, Navarra, Civitas, 2010.
- WALUCHOW, Wilfrid, *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el Common Law*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, 7a. ed., España, Trotta, 2007.

## JURISPRUDENCIA NACIONAL

- ALCOHOLÍMETRO. EL ARTÍCULO 102, PÁRRAFO PRIMERO, DEL REGLAMENTO DE TRÁNSITO PARA EL DISTRITO FEDERAL NO VIOLA EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL”. Tesis: 2a./J: 117/2007. *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 277.
- AVERIGUACIÓN PREVIA. LA OMISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CITAR O HACER COMPARECER AL PROBABLE O PROBABLES INDICIADOS PARA QUE DECLAREN, NO PUEDE COMBATIRSE A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO”. Tesis 1a./J.154/2005, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, Novena Época, t. XXIII, Mayo de 2006, p. 49.<
- AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. ES PROCEDENTE CUANDO EL TRIBUNAL COLEGIADO INAPLICA UNA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Tesis 1a. CXXXIX/2014”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 789.
- INFONAVIT. EL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA LA LEY RELATIVA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE ENERO DE 1997, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, tesis: 2a./J. 32/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN Novena Época t. XXIII, marzo de 2006, p. 252.

*POLICÍAS. PARA EL PAGO DE SU INDEMNIZACIÓN PROCEDE DESAPLICAR LAS REGLAS QUE, EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, HA ESTABLECIDO LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN". Cfr., Tesis: IV. 1o. A.1 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, SCJN, Décima época, Libro, XVIII, t. 3, Marzo de 2013, p. 2051.*

*SEGURIDAD PÚBLICA. PARA DETERMINAR LOS CONCEPTOS QUE DEBEN INTEGRAR LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, NO ES APLICABLE, NI AÚN SUPLETORIAMENTE, LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO." Tesis; 2ª/J. 119/2011, Cfr., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, SCJN, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 412.*



# EL DEBATE EN TORNO AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD O DE DERECHOS HUMANOS COMO PARÁMETRO DE VALIDEZ Y PREVALENCIA DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES\*

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez\*\*

## SUMARIO

1. NATURALEZA Y FINES DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD O DE DERECHOS HUMANOS. 2. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD O DE DERECHOS HUMANOS Y SU RECONOCIMIENTO. 3. CONSIDERACIONES SOBRE LA RESOLUCIÓN DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/11. 4. LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS. 5. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. NATURALEZA Y FINES DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD O DE DERECHOS HUMANOS

El concepto de “bloque de constitucionalidad” hace referencia al conjunto de dispositivos normativos y jurisprudenciales —en algunos casos principios y valores— que han sido elevados a un plano de supremacía, fungiendo como parámetro de validez para todo acto y norma existente en un sistema jurídico determinado<sup>1</sup>.

Fue en Francia durante la década de los setenta, cuando el Consejo Constitucional francés utilizó por primera vez este vocablo, haciendo alusión a los principios y valores

---

\* Conferencia dictada el 26 de junio de 2014 en el Aula Magna “Mgdo. Lic. Gustavo Barrera Graf” de la Escuela Judicial del Estado de México, en el marco del Ciclo de Conferencias “*Supremacía constitucional y jerarquía de los tratados internacionales*”, organizado por el Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial.

\*\* Secretario de Tesis de Sala Superior del TEPJF. Investigador Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores.

<sup>1</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 13.

que habían permanecido atemporalmente válidos en los diversos textos constitucionales que hasta entonces habían estado vigentes<sup>2</sup>.

En 1982, el Tribunal Constitucional español definió que bloque de constitucionalidad estaba conformado por la Constitución de 1978, los Estatutos de Autonomía y demás normas que definen las competencias entre el Estado y las Autonomías. En su interpretación, el Tribunal señaló que el bloque se despliega en dos fases. La primera, cuando las normas que conforman el bloque se aplican a un caso concreto, y la segunda, cuando el bloque de constitucionalidad se ubica en un plano supremo en relación con el resto de las normas, delimitando así las competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas<sup>3</sup>.

La definición francesa y española dista de la noción de bloque de constitucionalidad que ha permeado en el sistema interamericano, ya que ésta hace alusión a las normas que poseen un grado jerárquico supremo, por el hecho de reconocer derechos humanos en sus contenidos.

Bajo la noción interamericana, se puede decir que la existencia de un bloque de constitucionalidad favorece directamente a la persona, ya que amplía las alternativas para el ejercicio de los derechos humanos. Dicha ampliación se genera con la construcción de una nómina solvente de derechos humanos reconocidos no sólo en la Constitución federal, sino en los diversos instrumentos internacionales que han sido ratificados por el Estado, jurisprudencia interamericana e internacional, así como otras disposiciones jurídicas vigentes dentro la estructura normativa.

Por ende, el bloque de constitucionalidad no busca *per se* que determinadas normas estén en un mismo plano jerárquico, sino que sean los derechos humanos reconocidos en dichas normas, los factores supremos que determinen la validez de los actos dentro del sistema jurídico.

A través del bloque de constitucionalidad, las personas pueden disponer de un ámbito maximizado de reconocimiento y tutela para el ejercicio de sus derechos, situación que no sucede bajo un diseño constitucional unitario y decimonónico.

El contenido del bloque de constitucionalidad puede variar, y puede ser tan extensivo como el Poder constituyente o reformador de un país lo establezca, o en su defecto, como la interpretación vertida por el Tribunal Constitucional lo defina<sup>4</sup>.

Algunos bloques no sólo prevén las normas constitucionales e internacionales, sino también incluyen a la jurisprudencia vertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual se ha encargado en un sinnúmero de ocasiones de ampliar o de reconocer derechos no plasmados explícitamente en la Convención Americana de Derechos Humanos, o en cualquier otro instrumento internacional.

---

<sup>2</sup> OSPINA MEJÍA, Laura, “Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia”, Biblioteca Jurídica Virtual IJ-UNAM, pp. 188-190. Recuperado el 16 de junio de 2014, disponible en: <http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf>.

<sup>3</sup> Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 27, Madrid, 1989, pp. 10-38.

<sup>4</sup> La integración del bloque puede estar expresamente señalada en el marco constitucional, siendo el Poder Revisor en el marco de sus facultades quien decida cuantas y cuáles normas forman parte de dicho bloque; o bien, la existencia del bloque puede surgir —como ocurrió en Francia y España— por vía interpretativa.

En nuestro país, el bloque de constitucionalidad se estableció con la reforma a los artículos 1º y 103, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 10 de junio de 2011. Dichos artículos expresan la existencia del bloque en su redacción:

“Artículo 1º En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece (...).”

“Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:  
I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (...).”

Como se puede advertir, el Poder Revisor de la Constitución colocó a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano, como factores supremos del sistema jurídico, erigiéndose así en parámetros de validez para cualquier acto y norma jurídica vigente. Por tal motivo, la expresión “bloque de derechos humanos” es mucho más exacta que la de “bloque de constitucionalidad”, pues ésta refleja el verdadero componente del bloque. Los derechos dispersos a lo largo de una red normativa se constituyen como elementos de supremacía, condicionando con su estatus normativo la legitimidad y validez de cualquier actuación estatal.

En la actualidad, desde una perspectiva sustancial o axiológica, la supremacía constitucional se advierte como una cualidad adyacente de toda Constitución, teniendo como rasgo distintivo el hecho de ser depositaria de los derechos humanos, de los principios fundamentales y de los valores constitucionales<sup>5</sup>.

En tal sentido, se puede afirmar que la existencia de un bloque de derechos no es una condición *sine qua non* para el reconocimiento y defensa de los derechos humanos, pero con su establecimiento sí se garantiza de una mejor manera su vigencia.

## 2. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD O DE DERECHOS HUMANOS Y SU RECONOCIMIENTO

Desde la reforma del 10 de junio del 2011, se generó un debate en torno a la existencia o no del bloque de constitucionalidad. Muchos sectores adujeron que para afirmar la presencia de dicho bloque en el texto constitucional, no bastaba lo plasmado en los artículos 1º y 103 fracción I de la Constitución Política, ya que según su posición, al no haberse reformado el precepto que regula la supremacía y jerarquía constitucionales (artículo 133 de la Constitución federal)<sup>6</sup>, era improcedente argüir a favor de su presunta existencia.

<sup>5</sup> REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humano*, Porrúa, México, 2008, pp. 70-71.

<sup>6</sup> Cabe señalar que no sólo en el artículo 133 de la CPEUM se encuentra el principio de supremacía, ya que éste se desdobra a lo largo del texto constitucional, dotándole de fuerza y vigencia

Tal posición resulta equívoca, ya que el bloque de derechos se encuentra de forma explícita en los artículos 1º y 103 fracción I, en cuya redacción se proyecta a los derechos humanos como factores supremos en el orden constitucional mexicano, tal y como se señaló en párrafos anteriores.

Es un hecho que, por una cuestión de armonización del orden constitucional, lo idóneo hubiese sido una modificación constitucional al artículo 133, pero la existencia y vigencia del bloque de derechos no está sujeta a una reforma, pues los artículos 1º y 103 fracción I resaltan la primacía de los derechos humanos y del principio *pro persona* en el ámbito constitucional.

### 3. CONSIDERACIONES SOBRE LA RESOLUCIÓN DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/11

Era necesario que nuestro máximo tribunal confirmara la supremacía de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, y así, determinar sus alcances dentro del sistema jurídico mexicano.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró en la resolución de la Contradicción de Tesis 293/11, que los tratados internacionales que contienen derechos humanos y la Constitución, poseen un mismo nivel jerárquico. Con esta resolución, la Corte reconoció la primacía de los derechos humanos colocándolos como parámetros de validez para cualquier actuación estatal.

Si bien es cierto que este nuevo criterio armoniza el contenido de los artículos 1º y 133 constitucionales, definiendo con precisión que derivado de la reforma constitucional del 10 de junio del 2011, los derechos humanos son los verdaderos factores de supremacía constitucional, apoyándose en un bloque normativo que integran Constitución, tratados internacionales y las jurisprudencias interamericanas<sup>7</sup>, es un hecho que tal criterio pudo haber sido mucho más favorable y deferente con el principio *pro persona*.

Como se advirtió, la razón de ser del bloque de constitucionalidad son los derechos humanos de la persona, los cuales requieren estar positivados para garantizar su eficacia, pues de lo contrario se hace complejo exigir su judicialización.

Como consecuencia de que los derechos humanos se encuentran contemplados en disposiciones normativas, se genera la facultad para que cualquier individuo o colectividad, ante el caso de una violación de derechos, pueda exigir a la autoridad jurisdic-

---

primaria. Aun cuando no existiera explícitamente, el principio de supremacía es inherente a la condición de ser Constitución y no ser otra norma cualquiera.

<sup>7</sup> En el expediente Varios 912/2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se había decantado por conferir vinculatoriedad única y exclusivamente a las sentencias en las que el Estado Mexicano fuera parte, señalando que en el resto de los casos, las resoluciones serían criterios orientadores, lo cual contrariaba el criterio jurisprudencial vertido por la Corte Interamericana en el caso *Rosendo Radilla vs. México*. Es por ello que con la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se armoniza con los parámetros de convencionalidad, dándole el mismo valor a las sentencias interamericanas, siendo parte o no de la litis.

cional la aplicación de la norma o criterio interpretativo más favorable, expandiendo el ejercicio efectivo de éstos y protegiendo al máximo su esfera jurídica<sup>8</sup>.

Por ello, siendo la persona el eje rector del sistema jurídico, resulta un tanto contradictorio que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se haya decantado, por hacer prevalecer las restricciones que estén contempladas en el texto constitucional, lo cual, en algunos casos, puede constituir una merma o debilitamiento de la primacía de los derechos humanos.

En cambio, bajo un modelo en el que no se apliquen restricciones, sino que el principio *pro persona* prevalezca permanentemente, el juez está en mejores condiciones para buscar la solución normativa o jurisprudencial, que le permita tutelar de manera efectiva los derechos humanos. Con un margen amplio de aplicación normativa, los jueces pueden desdoblarse sin límites, el reconocimiento y protección de los derechos humanos desde un plano garantista y progresivo.

Para tener una perspectiva más clara de cómo se llegó a esta resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011, se debe recordar que el primer proyecto presentado por el Ministro ponente Arturo Zaldívar, no pudo alcanzar consenso en el Pleno. El rubro de dicho proyecto expresaba lo siguiente: *Los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional.*

Esta propuesta de jurisprudencia buscaba darle reconocimiento al conjunto de derechos contenidos en la Constitución e instrumentos internacionales, de los cuales el Estado Mexicano sea parte. Llevando a cabo una interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, las normas de derechos humanos no se relacionan jerárquicamente entre sí, sino que su armonización dimana del principio *pro persona*.

Por ello, en el texto del rubro propuesto en el primer proyecto por parte del Ministro Zaldívar, se resaltaba que los derechos humanos constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, más allá de la fuente normativa que los contenga.

Considerando el grado de progresividad del proyecto, resultaba complicado que existiera consenso en torno a éste, ya que las posturas existentes en la materia por parte de los Ministros parecían irreconciliables.

Dichas posturas devienen de la añeja confrontación entre la visión jerárquica de la supremacía constitucional, caracterizada por resalta el valor normativo de la Constitución como único parámetro de validación en el ordenamiento jurídico, y la visión de la supremacía de los derechos humanos, en la cual la norma suprema posee este carácter, no sólo por su aspecto jerárquico, sino por ser depositaria de los derechos humanos y los principios fundamentales.

---

<sup>8</sup> Cfr. BAZÁN, VÍCTOR, “Vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano”, México, Biblioteca Jurídica Virtual IJ-UNAM, pp. 82-129. Recuperado el 12 de junio de 2014, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/context/cont/2/cnt/cnt6.pdf>

Al decantarse por reconocer la supremacía de los derechos humanos y una vinculación irrestricta de la jurisprudencia interamericana, se presumía que el proyecto primigenio no lograría alcanzar la mayoría para su aprobación, por lo que el Ministro Zaldívar decidió modificarlo, buscando con esto una posición intermedia que pudiera conciliar las dos posturas prevalecientes.

El segundo proyecto también reconoce la existencia y alcance del bloque de derechos como parámetro de control y validez de los actos y normas jurídicas que forman parte del sistema jurídico mexicano, pero a diferencia del primer proyecto, los alcances del bloque fueron acotados, al establecerse que cuando existan restricciones al ejercicio de los derechos humanos de la personas, se tomará en cuenta lo previsto por la Constitución y no por los instrumentos internacionales. Con esto, se integró a dicho proyecto la visión de la supremacía normativa de la Constitución, generando una mayoría de 10 votos a favor y uno en contra, resolviéndose así la Contradicción de Tesis 293/11.

En relación con la jurisprudencia interamericana y su vinculatoriedad en el sistema jurídico mexicano, el proyecto elaborado por el Ministro Zaldívar fue aprobado por una mayoría de seis votos, estableciendo en su rubro lo siguiente: *La jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona.*

Con este criterio jurisprudencial, se asume la vinculatoriedad —con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte o no del caso— de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana, buscando en todo momento hacer prevalecer el principio *pro persona*.

Es interesante advertir que, con el reconocimiento de la vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana por parte de la Suprema Corte, se está configurando la concepción de un *ius commune* interamericano en materia de derechos humanos, sostenido por un *corpus iuris* interamericano, cuando en el texto del rubro se justifica que dicha jurisprudencia interamericana obliga a todos los jueces nacionales, puesto que todos los criterios jurisprudenciales vertidos en las sentencias dictadas por la Corte Interamericana constituyen una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>9</sup>.

En este criterio, se asientan los aspectos que todo juez debe advertir al momento de aplicar la jurisprudencia de la Corte Interamericana, los cuales son pertinentes citarlos, para tener una idea mucho más amplia del sentido altamente convencional de dicho criterio:

“En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.”.

---

<sup>9</sup> Esta afirmación se explica, en razón de que a través de los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana, se explicitan los alcances y contenidos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos interamericanos.

Haber señalado a los derechos humanos como factores primarios de validación, resaltando la obligación insoslayable de todo juez de buscar la aplicación del criterio interpretativo más favorable para la persona, es, sin duda, un paso determinante en el proceso de convencionalización del sistema constitucional mexicano.

Con independencia del gran avance que por vía interpretativa trajo consigo el reconocimiento del bloque de derechos y su primacía en el orden jurídico mexicano por parte del máximo Tribunal del país, la prevalencia de las restricciones previstas en la Constitución en lo que hace al ejercicio de los derechos humanos, demuestra una deferencia a la idea de concebir la supremacía constitucional desde una perspectiva jerárquica.

#### 4. LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ningún derecho humano en su ejercicio es absoluto. Existen límites que permiten contener cualquier actuar desproporcionado que conlleve a una colisión o afectación con otros derechos<sup>10</sup>. Dichos límites deben establecerse en disposiciones normativas (constitucionales o legales), o construirse por vía jurisprudencial. En ambos casos, en el diseño de cualquier restricción constitucional se deberá considerar la naturaleza del derecho, y su armonización con el principio *pro persona*.

Para lograr esta armonización, los límites deben estar contenidos expresamente, pues de lo contrario se violan los principios de certidumbre y seguridad jurídica. Además de estar contenidas formalmente en un dispositivo normativo, las restricciones deben estar sustentadas en razones legítimas, esto es, que con su instauración, no se produzcan efectos negativos en el ejercicio de otros derechos o en la esfera jurídica de las personas.

Para que las restricciones expresamente contenidas en el texto constitucional a los derechos humanos puedan considerarse como medidas compatibles, deben ser razonables y proporcionales en relación con la posible afectación o menoscabo que puedan ocasionar en la esfera jurídica de una persona o en el orden jurídico.

El Sistema Europeo de Derechos Humanos ha establecido varios criterios jurisprudenciales en este tema. Ha señalado que cuando los Estados decidan aplicar algún tipo de restricción de origen constitucional, esta deberá ser plenamente compatible con los parámetros constitucionales e internacionales, en lo que refiere a conservar la intangibilidad del respeto a la persona. En dichos criterios jurisprudenciales, se acentúa la necesidad de que las restricciones contengan una justificación racional, para que pueda permear de forma adecuada en los distintos ámbitos sociales<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. ALDUNATE, Eduardo, "La colisión de derechos fundamentales", *Revista Derecho y Humanidades*, No. 11, 2005, Universidad de Chile, Santiago, pp. 69-78.

<sup>11</sup> Cfr. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Legis, Caracas, 2010, pp. 188- 208.

Cuando en un sistema jurídico se prevén restricciones al ejercicio de derechos, su contenido y alcances deben dirigirse a un fin medible y concreto, toda vez que lo único que se pretende generar con su aplicación, es un beneficio tangible a la sociedad<sup>12</sup>.

La contradicción o falta de armonización con los principios constitucionales y derechos humanos reconocidos en la propia Constitución e instrumentos internacionales, puede ser un factor que conlleve la inconstitucionalidad e inconventionalidad de las restricciones.

En caso de que las restricciones constitucionales no sean razonables, proporcionales<sup>13</sup> y armónicas con el resto de los preceptos constitucionales, se puede afectar sensiblemente la vigencia del principio *pro persona*, ya que en el supuesto determinado de que un tratado internacional amplíe de mejor manera el ejercicio de un derecho humano, la autoridad tiene que anteponer —en caso de existir— los límites previstos en el texto constitucional, aunque con ello se generen reducciones en su vigencia.

El bloque de constitucionalidad busca privilegiar la primacía de los derechos humanos, en concreto, procura conservar la vigencia del principio *pro persona*; en ese sentido resulta inviable que se llegue a generar un conflicto entre la Constitución y los tratados internacionales, ya que la presunta jerarquía que pueda existir entre éstas no es algo que resulte trascendente en lo que hace al reconocimiento y tutela de los derechos, ya que con independencia de dónde se encuentre reconocido, la autoridad está obligada a aplicar el dispositivo normativo que mejor favorezca a la persona.

Esto implica que en materia de derechos humanos, la jerarquía normativa es irrelevante, pues siempre se antepone la eficacia y vigencia del principio *pro persona*, y no qué dispositivo normativo *per se* contiene una mayor primacía.

## 5. CONCLUSIÓN

La inclusión del principio *pro persona* como eje rector del sistema jurídico mexicano, garantiza que los derechos humanos estén en un régimen permanente de reconocimiento y tutela, ya que existe un deber imperativo para la actuación de toda autoridad, para que sus actos sean válidos y se supediten a los parámetros de constitucionalidad y convencionalidad.

Para que este nuevo diseño constitucional sea funcional y se optimice realmente la eficacia en el ejercicio de los derechos humanos de las personas, se hace indispensable la configuración de un bloque de constitucionalidad o de derechos humanos, integrado por la Constitución, instrumentos internacionales y jurisprudencia interamericana, cuya función principal es la armonización de todas las disposiciones normativas inferiores que se encuentren vigentes en el sistema jurídico.

Las restricciones contenidas en el texto constitucional, conforme lo vertido en la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011, poseen una prevalencia respecto a lo dispuesto en un instrumento internacional ratificado por el Estado Mexicano. Esto sin

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 213-270.

<sup>13</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 692-806.

duda, puede conllevar mermas al principio *pro persona*, si tales restricciones carecen de razonabilidad, proporcionalidad y congruencia constitucional.

Por ello resulta determinante la labor de la autoridad jurisdiccional cuando se apliquen tales restricciones en un caso concreto, pues aun cuando éstas deben prevalecer conforme a lo establecido por la Suprema Corte, el principio *pro persona* debe imperar en cualquier actuación judicial.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, Eduardo, “La colisión de derechos fundamentales”, *Revista Derecho y Humanidades*, No. 11, 2005, Universidad de Chile, pp. 69-78.
- BAZÁN, Víctor, “Vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano”, Biblioteca Jurídica Virtual IIJ- UNAM, pp. 82-129 [recuperado el 12 de junio de 2014, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/contex/cont/2/cnt/cnt6.pdf>].
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Legis, Caracas, 2010, pp. 188-208.
- OSPINA MEJÍA, Laura, “Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia”, Biblioteca Jurídica Virtual IIJ-UNAM, (s.a.) pp. 188-190 [recuperado el 16 de junio de 2014, disponible en: <http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf>].
- REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, México, 2008.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 27, Madrid, 1989, pp. 10-38.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, De Palma, Buenos Aires, 1998.



# **EL ENFOQUE RESTRICTIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS: COMENTARIOS A LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011**

**Ramón Ortega García\***

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011. 3. CRÍTICAS A LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011. 4. CONCLUSIÓN.

## **1. INTRODUCCIÓN**

El engrose de la Contradicción de Tesis 293/2011 me permite volver sobre ciertos temas que he tratado con anterioridad, principalmente la cuestión relativa a la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos frente a la Constitución. Más allá de la polémica generada en torno a este asunto, considero que la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) termina por sentar las bases de un nuevo modelo de juridicidad en nuestro país, dando paso a una concepción del derecho emergente cuyas consecuencias apenas comienzan a perfilarse. Y en cuanto al tema propiamente de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, mi impresión es que la sentencia encierra una contradicción lógica insuperable que termina por destruir los beneficios de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 al establecer un enfoque restrictivo de los derechos humanos en México. A lo largo de este ensayo voy a desarrollar algunos comentarios respecto de la sentencia de la SCJN, para lo cual voy a identificar en un primer momento las conclusiones más importantes de la misma.

## **2. LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011**

El engrose de este expediente arroja una idea clara y precisa de lo que el Pleno de la SCJN resolvió el pasado 3 de septiembre de 2013. La tesis central que fue aproba-

\* Director del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

da por la mayoría de ministros sostiene que los derechos humanos previstos en los tratados internacionales ratificados por México forman parte del bloque de derechos humanos reconocidos en la Constitución y tienen, por consiguiente, rango constitucional. Sin embargo, la tesis aclara que si la Constitución prevé una restricción al ejercicio de los derechos humanos deberá estarse a lo que disponga la propia Constitución. De manera que frente a un conflicto lógico entre una norma constitucional (restrictiva) y una norma de un tratado internacional (más protectora), deberá prevalecer invariablemente la primera. Sólo así se cumplirá lo dispuesto en la parte final del primer párrafo del artículo 1° de la Constitución, que dice que el ejercicio de los derechos no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la misma Constitución establece, preservando intacto el principio de supremacía constitucional.

He sostenido en otro lugar<sup>1</sup> que esta idea no sólo es auto-contradictoria sino contraria también a la Constitución y más grave aún, echa por tierra la principal aportación de la reforma del 10 de junio de 2011, esto es, la adopción del principio *pro persona* como criterio vertebrador del ordenamiento jurídico mexicano. En esta ocasión volveré sobre tales asuntos procurando ser más contundente en cuanto a las críticas que dicha sentencia merece.

Primeramente voy a exponer las conclusiones fundamentales de la Contradicción de Tesis 293/2011:

*1. El régimen constitucional de los tratados internacionales permanece inalterado*

La sentencia señala que la doctrina jurisprudencial vigente de la SCJN considera que el artículo 133 de la Constitución (el cual no fue reformado a la par del artículo 1°) contiene el principio de supremacía constitucional y sienta los parámetros bajo los cuales se ha construido la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico mexicano. Particularmente, de la lectura de ese precepto se desprende una noción de jerarquía formal que afirma que los tratados internacionales se encuentran por debajo de la Constitución. Esto es así porque el artículo señala que los tratados celebrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado, siempre que estén de acuerdo con la misma, serán parte de la Ley Suprema del Estado. De ahí que se considere que los tratados se encuentran a nivel subconstitucional, habiéndose generado un amplio consenso al respecto.

Sin embargo, un problema diferente es la relación que mantienen los tratados internacionales con el resto de las normas del ordenamiento jurídico mexicano, cuestión largamente debatida. Sobre el particular, la sentencia de la SCJN señala que la posición jerárquica de los tratados internacionales en el ámbito interno ha variado a lo largo de los años. Recientemente, con motivo de la resolución del amparo en revisión 120/2002, el Pleno de la SCJN determinó la supremacía de los tratados internacionales frente a las leyes generales, federales y locales, según quedó asentado en la tesis «TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDE-

---

<sup>1</sup> Cfr. ORTEGA GARCÍA, Ramón, “La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos (a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011)”, *Ex Legibus. Revista de Derecho*, Tirant Lo Blanch, núm. 0, abril de 2014, México, pp. 31-58.

RALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL»<sup>2</sup>. Este criterio es el que aún prevalece en el derecho jurisprudencial mexicano pues la reforma al artículo 1° del 10 de junio de 2011 no lo alteró.

*2. Se distingue entre los tratados internacionales sobre derechos humanos y las normas de derechos humanos previstas en los tratados*

Pero aunque el régimen de los tratados no sufrió alteraciones a raíz de las reformas constitucionales de junio de 2011, lo que sí se modificó fue la relación de las normas internacionales de derechos humanos con la Constitución. Porque derivado de la reforma al artículo 1° constitucional quedó establecida una distinción importante entre tratado internacional y normas de derechos humanos contenidas en ese tratado. Semejante distinción es esencial para efectos de saber qué es lo que se incorpora realmente a la Constitución por mandato del artículo 1°.

De acuerdo con la sentencia que se examina, lo que la Constitución incorpora no es el tratado internacional en su conjunto, sino las normas del tratado que reconocen derechos humanos. Esto ocurre respecto de todos los tratados que prevén derechos de este tipo, aunque no sean propiamente de “derechos humanos”. Es decir, lo que se incorpora a la Constitución es el conjunto de normas de derechos humanos de fuente internacional. No importa que los tratados internacionales estén por debajo de la Constitución en términos del artículo 133, ya que los derechos humanos previstos en un tratado se desvinculan de él y pasan a formar parte del catálogo constitucional de derechos fundamentales. ¿Cómo sucede esto?

*3. Integración de las normas internacionales de derechos humanos a la Constitución*

Dicha integración se produce en dos momentos diferentes: primero tiene que incorporarse el tratado internacional al ordenamiento jurídico mexicano siempre que cumpla con todos los requisitos formales de validez estatuidos en la Constitución; segundo, una vez que el tratado ha sido incorporado, éste tiene que ser compatible con los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en otros tratados internacionales ratificados por México, es decir, tiene que satisfacer los criterios de validez material. De manera que el tratado tiene que cumplir con dos tipos de requisitos o condiciones: los que determinan su vigencia o existencia formal y los que determinan su validez.

Los requisitos de vigencia están previstos en los artículos 89, 76 y 133 constitucionales, en tanto que los de validez se encuentran estatuidos en los artículos 15 y 133. Sólo si se cumplen los dos tipos de requisitos se habrá producido la integración de las normas internacionales de derechos humanos a la Constitución. Porque del artículo 133 constitucional se deduce que los tratados están por debajo de ella, pero del artículo 15 se desprende que, independientemente de la jerarquía normativa del tratado, las normas internacionales de derechos humanos y no el tratado en su conjunto, quedan integradas a la Constitución para formar un solo parámetro de control de validez o

---

<sup>2</sup> Novena Época. Registro: 172650. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XXV. Abril de 2007. Materia constitucional. Tesis P. IX/2007. Pág. 6.

de regularidad. De aquí se deriva otra conclusión importante: la creación de un único catálogo de derechos humanos de rango constitucional.

#### *4. Existe un solo conjunto normativo de derechos humanos de fuente constitucional e internacional*

La reforma al artículo 1° creó un cuerpo de normas sobre derechos humanos cuya fuente puede ser la propia Constitución o los tratados internacionales ratificados por México. Ese conjunto de derechos humanos tiene rango constitucional e integra el nuevo parámetro de control de validez o de regularidad de todas las normas del derecho mexicano.

Para llegar a esta tesis, la SCJN se basa en una interpretación literal del artículo 1°, sistemática de los artículos 1°, 15 y 105 de la Constitución, subjetiva y teleológica de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011. Se trata de una interpretación reforzada por los principios objetivos rectores de los derechos humanos: interdependencia e indivisibilidad, que apuntan a la idea de que el catálogo de derechos humanos es uno solo. El principio de interdependencia significa que existen relaciones recíprocas entre los derechos, de tal suerte que en la mayoría de los casos la satisfacción de uno es lo que hace posible el disfrute de los otros. A su vez, el principio de indivisibilidad parte de la integralidad de la persona y de la necesidad de satisfacer todos sus derechos, lo que excluye la posibilidad de establecer jerarquías *in abstracto* entre ellos. También juega un papel importante en la justificación de esta tesis el principio *pro persona*, entendido como una herramienta armonizadora y dinámica que permite la funcionalidad del catálogo único de derechos humanos de rango constitucional.

De las diversas interpretaciones que hace el Pleno de la SCJN, destaca aquella enfocada a la intención subjetiva del Constituyente Permanente, pues de ahí se desprende que las reformas del 6 y 10 de junio de 2011 tuvieron el propósito explícito de reconocer el carácter constitucional de todas las normas de derechos humanos sin importar la fuente de la que provengan. Para el órgano reformador de la Constitución, los derechos humanos en su conjunto constituyen un único parámetro de control de regularidad.

“Así, de un análisis del procedimiento legislativo se desprenden las siguientes conclusiones en relación con la intención y finalidad del Constituyente al aprobar las reformas en comento: (i) se buscaba que los derechos humanos, independientemente de que su fuente sea la Constitución o los tratados internacionales, conformaran un solo catálogo de rango constitucional; (ii) se pretendió que el conjunto de los derechos humanos vincule a los órganos jurisdiccionales a interpretar no sólo las propias normas sobre la materia, sino toda norma o acto de autoridad dentro del ordenamiento jurídico mexicano, erigiéndose como parámetro de control de regularidad constitucional, y (iii) se sostuvo que no sólo las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos constituyen ese parámetro de regularidad constitucional, sino toda norma de derechos humanos, independientemente de que su fuente sea la Constitución, un tratado internacional de derechos humanos o un tratado internacional que aunque no se repute de derechos humanos proteja algún derecho de esta clase.”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Contradicción de Tesis 293/2011, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>, pp. 63-64.

### *5. No existen relaciones jerárquicas entre los derechos humanos de la Constitución y los que derivan de tratados internacionales*

Aunque del artículo 133 constitucional se desprende una noción de jerarquía formal que dice que los tratados internacionales se encuentran por debajo de la Constitución, este criterio jerárquico es inaplicable en el caso de las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales ratificados por México. Porque de la lectura del artículo 1° se desprende que la Constitución incluye dentro de su catálogo de derechos humanos a los previstos en tratados internacionales sin importar la materia sobre la que versen. Es decir, la reforma al artículo 1° del 10 de junio incorporó al catálogo constitucional de derechos humanos todos aquellos reconocidos en los tratados internacionales de los que México es parte. Y dado que los tratados internacionales ratificados por nuestro país forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, dice la SCJN que “resulta irrelevante la fuente u origen de un derecho humano, ya sea la Constitución o un instrumento internacional, toda vez que el artículo 1° constitucional pone énfasis exclusivamente en su integración al catálogo constitucional”<sup>4</sup>.

Este razonamiento le permite a la SCJN concluir que el nuevo catálogo de derechos humanos no puede ser estudiado con base en el principio de jerarquía formal, pues la reforma al artículo 1° integró un solo cuerpo de derechos que tiene el mismo valor jerárquico. Para decirlo de otra manera, el artículo 1° reconoce un único cuerpo normativo formado por derechos humanos que escapa a la regulación del artículo 133 sobre la jerarquía de fuentes. De tal manera que los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por México no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, sino en base a un principio de armonización:

“...es importante reiterar que las relaciones entre los derechos humanos que integran el nuevo parámetro de control de regularidad deben desarrollarse en forma armónica, sin introducir criterios de jerarquía entre las mismas. Este criterio se refuerza con la interpretación literal, sistemática y originalista de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, las cuales fueron contundentes en cuanto a la necesidad de comprender a las normas que integran el catálogo de derechos humanos como un conjunto homogéneo que opera como un parámetro de regularidad del resto de las normas y actos jurídicos”<sup>5</sup>.

### *6. Hay un solo parámetro de control de regularidad formado por todos los derechos humanos*

De lo que antecede se deduce que ese catálogo de derechos humanos de fuente constitucional e internacional constituye un solo parámetro de control de validez. Anteriormente se hablaba de dos parámetros de regularidad: uno constitucional y otro convencional, dependiendo de si las normas de derechos humanos estaban contenidas en la Constitución o en los tratados internacionales ratificados por México. Pero la incorporación de los derechos humanos de fuente internacional a la Constitución hace innecesaria la distinción señalada: lo que hay es un único bloque o parámetro de regularidad *constitucional*.

“...ambos parámetros de control forman parte del mismo conjunto normativo y, por tanto, integran el aludido parámetro de control de regularidad, de modo que hablar de constitucio-

<sup>4</sup> *Ibíd.*, pp. 41-42.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, pp. 74-75.

alidad o de convencionalidad implica hacer referencia al mismo parámetro de regularidad o validez, aunque para efectos meramente didácticos pueda diferenciarse entre el origen de la norma empleada para desarrollar el estudio de validez respectivo”<sup>6</sup>.

### *7. El principio de supremacía constitucional debe replantearse*

De acuerdo con lo anterior, también es necesario replantear el principio de supremacía constitucional para dar cuenta de su funcionalidad a la luz de las reformas constitucionales, precisamente porque ellas representan un cambio de paradigma. Tradicionalmente se ha entendido que el principio de supremacía constitucional comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico mexicano, lo que significa que las demás normas deben ser acordes a ella, en sentido formal y material. Semejante concepción no se ha modificado. Lo que sí ha cambiado a raíz de las reformas de junio de 2011 es la configuración del conjunto de normas respecto del cual se puede predicar dicha supremacía. Ahora es el catálogo de derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales, el que goza de supremacía constitucional. Es decir, la supremacía constitucional se predica de todos los derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico, en tanto forman parte de un mismo cuerpo normativo. Entonces, el principio de supremacía constitucional se extiende para abarcar no sólo a la Constitución, sino a todos los derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico vía tratados internacionales.

Aquí surge la pregunta de cómo pueden los tratados que dependen de la Constitución, establecer el máximo parámetro de control de la validez de todas las normas jurídicas. La respuesta es la misma que ya se había anunciado con anterioridad: hay que separar al tratado internacional de las normas de derechos humanos contenidas en él a través de dos operaciones fundamentales. La primera es la incorporación del tratado internacional al ordenamiento jurídico mexicano, siempre y cuando cumpla con los requisitos formales de validez (es decir, aquellos que determinan su vigencia o existencia formal); y la segunda, una vez incorporado el tratado internacional, es que éste debe satisfacer los requisitos de validez material (es decir, los que determinan su coherencia con las normas superiores relativas al contenido del tratado) estipulados en los artículos 133 y 15 constitucionales. Si ambas condiciones se cumplen, entonces se produce la integración de las normas internacionales de derechos humanos al parámetro de regularidad contenido en el artículo 1°. Dicho con otras palabras, una vez incorporado un tratado internacional al ordenamiento jurídico mexicano, las normas que reconocen derechos humanos (siempre que satisfagan los criterios de validez de los artículos 133 y 15), se desvinculan del propio tratado y se elevan a rango constitucional en tanto quedan integradas a la Constitución.

“Así, las normas internacionales de derechos humanos que cumplan con el requisito material previsto en el artículo 15, pasarán a formar parte del catálogo constitucional de derechos humanos, desvinculándose del tratado internacional que es su fuente y, por tanto, de su jerarquía normativa, para gozar, en consecuencia, de supremacía constitucional en los términos previamente definidos. [...]

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 76.

En efecto, una vez que un tratado es incorporado al orden jurídico, las normas de derechos humanos que éste contenga se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional, de suerte que dichas normas no pueden contravenir el principio de supremacía constitucional precisamente porque forman parte del conjunto normativo respecto del cual se predica la supremacía.”<sup>7</sup>

En definitiva, el principio de supremacía constitucional ha sufrido una ampliación importante pues ahora no sólo es aplicable a la Constitución sino también a todas las normas de derechos humanos de fuente internacional.

#### *8. Las restricciones a los derechos humanos prevalecen*

Sin embargo, si bien la SCJN llega a la conclusión referida de que las normas de derechos humanos previstas en la Constitución y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales tienen el mismo valor jerárquico, integrando incluso un mismo cuerpo normativo, sostiene que en caso de un conflicto entre una norma constitucional que restringe el ejercicio de algún derecho humano en particular, y una norma de un tratado internacional más favorable para la protección de la persona, deberá prevalecer la primera.

“Como expresamente se estableció en el artículo 1° constitucional, en México todas las personas son titulares tanto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como de los previstos en los tratados internacionales que sean ratificados por el Estado mexicano, lo que significa que, con motivo de la reforma constitucional, los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se han integrado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, para *ampliar el catálogo constitucional* de derechos humanos, en el entendido de que, derivado de la parte final del primer párrafo del propio artículo 1° constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”<sup>8</sup>.

Más adelante, esta idea es confirmada en los siguientes términos:

“Recapitulando lo dicho hasta ahora, es importante reiterar que las relaciones entre los derechos humanos que integran el nuevo parámetro de control de regularidad deben desarrollarse en forma armónica, sin introducir criterios de jerarquía entre las mismas. Este criterio se refuerza con la interpretación literal, sistemática y originalista de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, las cuales fueron contundentes en cuanto a la necesidad de comprender a las normas que integran el catálogo de derechos humanos como un conjunto homogéneo que opera como un parámetro de regularidad del resto de las normas y actos jurídicos.

Ahora bien, como ya se señaló, derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1° constitucional, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.”<sup>9</sup>

Como resultado de lo que antecede, la SCJN dictó la siguiente jurisprudencia obligatoria:

---

<sup>7</sup> *Ibíd.*, pp. 72-73.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, pp. 52-53.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, pp. 74-75.

“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1° constitucional reconoce un conjunto de derechos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1°, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”<sup>10</sup>.

Este criterio que fue aprobado por una mayoría de diez votos significa que “las normas contenidas en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte que reconocen derechos humanos tienen la misma fuerza normativa que las normas contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reconocen esas prerrogativas fundamentales y que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional”<sup>11</sup>.

#### *9. La jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para todos los operadores jurídicos mexicanos*

A pesar de lo resuelto en el expediente Varios 912/2010 y de la tesis aislada P.LXV/2011 (9ª) “SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO”<sup>12</sup>, la SCJN decidió en la Contradicción de Tesis 293/2011 que esa vinculatoriedad debía extenderse a los criterios interpretativos contenidos en las sentencias de la Corte Interamericana aún en los casos en que México no hubiera sido parte en el conflicto.

“Ahora bien, como resultado de nuevas reflexiones y con motivo de la nueva integración de este Tribunal Pleno, debe considerarse que esta fuerza vinculante de los criterios interpreta-

<sup>10</sup> *Ibíd.*, pp. 91-92.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 96.

<sup>12</sup> Décima Época. Registro: 160482. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro III. Diciembre de 2011. Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. LXV/2011 (9a.) Página: 556.

tivos contenidos en las sentencias interamericanas debe extenderse a aquéllas dictadas en casos en los que el Estado mexicano no haya sido parte...”<sup>13</sup>

Para sostener este punto se afirma que la jurisprudencia de la Corte Interamericana no es más que una extensión de la Convención Americana de Derechos Humanos. Y dado que las normas sobre derechos humanos contenidas en la Convención Americana se integran al catálogo constitucional de derechos humanos por disposición expresa del artículo 1º, la jurisprudencia de la Corte se incorpora a ese catálogo, también por extensión. De ahí que tenga la misma fuerza vinculante.

#### *10. La jurisprudencia internacional no sustituye a la jurisprudencia nacional*

Pero si bien la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana es obligatoria para los jueces y demás operadores jurídicos mexicanos, ella no sustituye de ningún modo a la jurisprudencia nacional. Porque la aplicación de la jurisprudencia de la Corte debe realizarse en términos de colaboración y no de contradicción con la jurisprudencia de los tribunales domésticos. Y es que en todo momento deberá buscarse la armonización entre ambas jurisprudencias. Sin embargo, cuando el conflicto resulte inevitable, el intérprete deberá guiarse por el principio *pro persona* en términos del artículo 1º de la Constitución y aplicar aquel criterio —nacional o internacional— que ofrezca una protección más amplia. De ahí que la jurisprudencia de la Corte Interamericana sólo sea vinculante en un sentido débil. Y es en este sentido que los operadores jurídicos mexicanos estarán obligados a observar en sus resoluciones un estándar mínimo que puede ser el criterio interpretativo nacional o el internacional, dependiendo de cuál sea más favorable.

Por lo demás, la SCJN señala que la vinculación a los precedentes internacionales de la Corte Interamericana cuando México haya sido parte en el litigio no puede ser la misma que la que se da en aquellos casos en que no lo fue. Porque en estos últimos supuestos los jueces mexicanos deberán determinar si el precedente en cuestión es aplicable al caso que tienen que resolver mediante un argumento por analogía, siempre que en él exista la misma *ratio*.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Pleno de la SCJN aprobó por seis votos el criterio siguiente:

“JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los jueces nacional a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que

<sup>13</sup> Contradicción de Tesis, *cit.*, *supra* nota 3, p. 80.

sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio más favorecedor para la protección de los derechos humanos”<sup>14</sup>.

### 3. CRÍTICAS A LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

Habiendo resumido los puntos medulares de la Contradicción de Tesis 293/2011, es momento de referirme a las críticas que a mi juicio merece.

#### 1. *La sentencia es auto-contradictoria*

La sentencia de la SCJN es auto-contradictoria porque sostiene, primero, que la Constitución y las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de los que México es parte tienen el mismo valor normativo, señalando incluso que entre los derechos humanos de fuente constitucional y los de fuente internacional no existen relaciones jerárquicas, lo cual significa que se encuentran en un plano de igualdad. Pero agrega, después, que las normas constitucionales deben prevalecer en caso de conflicto, lo que implica que dicha igualdad es realmente inexistente. Porque si entre los derechos humanos de la Constitución y los derechos humanos de los tratados internacionales no hay relaciones jerárquicas, entonces ¿por qué deberían prevalecer las normas constitucionales? La respuesta de la SCJN apunta al principio de supremacía constitucional, es decir, a un criterio jerárquico que afirma que debe prevalecer la norma formalmente superior. Por lo tanto, a pesar de lo que se diga, en los hechos sí hay una relación de subordinación de las normas internacionales sobre derechos humanos.

Para colmo, la SCJN sostiene que deben prevalecer las restricciones al ejercicio de los derechos que la Constitución expresamente establece. Esto es lo que llamo el *enfoque restrictivo de los derechos humanos*, es decir, la concepción que pone por delante las restricciones constitucionales a los derechos en perjuicio de una visión más garantista. El enfoque restrictivo conlleva a que en un conflicto entre una norma constitucional de naturaleza restrictiva y una de un tratado internacional más favorable, deba prevalecer la primera. Considero que esta decisión es violatoria de la propia Constitución porque atenta contra el mandato contenido en el artículo 1° que dice que las normas sobre derechos humanos se interpretarán favoreciendo en todo tiempo a la persona la protección más amplia. Sobre este punto volveré más adelante (vid. *infra* §3.2). Por ahora voy a insistir en los conflictos normativos entre las normas constitucionales y las normas internacionales sobre derechos humanos pues creo que en este tema en particular queda de manifiesto la contradicción lógica de la sentencia de la SCJN.

Para ello hay que pensar que si las normas constitucionales y las normas internacionales sobre derechos humanos tuvieran el mismo valor normativo —como afirma la SCJN— entonces los conflictos entre ellas se resolverían de un modo distinto al que comporta el criterio jerárquico de *lex superior*. Pero un vistazo superficial a los casos en que se origina el conflicto revela que eso no es así. Habría al menos cuatro

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 92-93.

supuestos de colisión entre una norma constitucional y una norma internacional sobre derechos humanos. Todos arrojan el mismo resultado: la norma aplicable es la Constitución. Véase el siguiente cuadro:

Caso	Constitución	Tratado Internacional	¿Cuál norma se aplica?
1	P	R	Constitución
2	R	P	Constitución
3	P <sup>+</sup>	P <sup>-</sup>	Constitución
4	P <sup>-</sup>	P <sup>+</sup>	Constitución

Donde P = protectora; R = restrictiva; P<sup>+</sup> = más protectora y P<sup>-</sup> = menos protectora. En el caso 1, la norma de la Constitución es protectora y la del tratado internacional es restrictiva. En ese supuesto debería aplicarse la norma constitucional por ser la más favorable. En cambio, en el caso 2, la norma de la Constitución es restrictiva y la del tratado internacional es protectora. Aquí también debería aplicarse la norma constitucional por disponerlo así la última parte del párrafo primero del artículo 1° de la propia Constitución y ahora, la jurisprudencia obligatoria de la SCJN. En el caso 3, la Constitución es más protectora que el tratado, por lo que resulta obvio que debería aplicarse la norma constitucional. Y en el cuarto y último supuesto, la Constitución es menos protectora que el tratado, lo que es tanto como decir que es más restrictiva, por lo que también resultaría aplicable la norma constitucional.

Lo que antecede revela que la Constitución siempre derrota al tratado por tratarse de la Constitución. La SCJN ha sentado una interpretación excesivamente rígida del principio de supremacía constitucional que “*comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano*”, con lo cual queda demostrado que en realidad no existe esa pretendida igualdad entre derechos humanos de fuente constitucional e internacional, resultando evidente la contradicción lógica en que incurre la SCJN. En este sentido, el ministro José Ramón Cossío Díaz formuló un voto particular para denunciar esa falta de congruencia. He aquí la parte sustancial de su argumento:

“Si el párrafo segundo del artículo 1° dispone que a las personas se les dará en todo momento la protección más amplia en términos de lo que dispongan los derechos humanos de fuente constitucional o convencional, no puede establecerse la prevalencia de las normas constitucionales en los casos en que establezcan restricciones, sin admitir que con ello se incorpora expresamente un criterio de jerarquía constitucional”<sup>15</sup>.

“La posición mayoritaria genera una regla universal de interpretación por virtud de la cual el derecho convencional cede frente al derecho constitucional desplazando la posibilidad de resolver los problemas caso por caso aplicando efectivamente el principio pro persona. No es verdad, como sostiene la resolución votada por la mayoría, que la interpretación generada por ella permita la ponderación caso por caso de todos los derechos humanos. Para que ello

<sup>15</sup> Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en la Contradicción de Tesis 293/2011, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>, p. 3.

fuera así, debía darse la plena igualdad entre los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente convencional. Pero como se introdujo una diferenciación entre uno y otro tipo de derechos al darle preeminencia jerárquica a las restricciones constitucionales, tal igualdad se rompió. Lo más que puede hacerse en este tipo de operación es determinar si en la situación concreta que se enfrente existe tal restricción para, a partir de ahí, desplazar al derecho humano establecido en un tratado”<sup>16</sup>.

“Es cierto que siempre que nos encontramos frente a una “colisión” de derechos debe generarse una interpretación como forma de resolución de estos conflictos. Ésta ha sido una de las funciones históricas del constitucionalismo. Sin embargo, lo que se generó con la adopción de este criterio es una regla hermenéutica de carácter general para decidir siempre a favor de la norma constitucional frente a la norma convencional; esa no es una regla de ponderación, sino una regla de preferencia de una fuente sobre otra. Consecuentemente, al mantenerse una regla de jerarquía, se eliminó la posibilidad de aplicar el principio *pro persona* para eliminar los conflictos entre normas de distinta fuente”<sup>17</sup>.

El argumento del ministro Cossío Díaz deja claro que la sentencia de la SCJN viola el principio *pro persona* al introducir un criterio jerárquico para la solución de los conflictos entre normas constitucionales y normas internacionales sobre derechos humanos. En tal sentido no puede ser cierto que entre esas normas exista igualdad. Porque si hay un conflicto entre una norma constitucional y una internacional sobre derechos humanos, lisa y llanamente prevalece la Constitución (en cuanto norma jerárquicamente suprema). Aquí está patente la contradicción lógica de la sentencia.

## 2. La decisión de la SCJN es contraria a la Constitución

Pero la sentencia no sólo es auto-contradictoria, sino que también infringe lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional que a la letra dice:

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

Este precepto impone la obligación a todas las autoridades del Estado mexicano de interpretar las normas del derecho a la luz del *principio pro persona*. La aplicación del mismo supone que el intérprete constitucional tiene que ponderar los derechos en conflicto a la luz del caso concreto y debe hacerlo buscando la protección más amplia a favor de la persona. Pero el criterio de la SCJN viola este mandato constitucional cuando determina que las restricciones expresas establecidas en la Constitución deberán prevalecer en caso de conflicto. Ello significa que las restricciones a los derechos humanos son de aplicación rígida y ello quiere decir, a su vez, que el órgano aplicador queda impedido para realizar una ponderación de derechos en busca de la protección más amplia como lo exige el artículo 1º. La sentencia de la SCJN es inconstitucional porque viola precisamente esta obligación. El Pleno pudo haber sostenido que la aplicación de las restricciones expresas a los derechos humanos se realizaría a condición de que la medida fuera proporcional en el caso sometido a examen de acuerdo al principio de proporcionalidad en sentido amplio y a sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Más específicamente, pudo dejar en ma-

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>17</sup> *Ídem*.

nos del juez la facultad de resolver, en el caso concreto, sobre la proporcionalidad de la medida de acuerdo a la ley de ponderación<sup>18</sup>. Pero el Pleno fue muy claro al ordenar la aplicación vinculante de las restricciones a los derechos humanos. El resultado es que las normas constitucionales que establecen restricciones son reglas de aplicación taxativa. Ahora bien, en la medida en que las restricciones que impone la Constitución son aplicables de esta manera rígida, por así decirlo, el Pleno de la SCJN promueve el enfoque restrictivo de los derechos humanos en detrimento de una visión más garantista, lo cual representa un retroceso, como dijo el ministro COSSÍO DÍAZ, con respecto a lo que ese mismo órgano resolvió unos años antes en el expediente Varios 912/2010, en donde acordó que:

“... todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona”<sup>19</sup>.

Por otro lado, la decisión de la SCJN también es criticable si se toma en cuenta que permite la interpretación más favorable en el caso de los criterios jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales. ¿Por qué en estos casos sí se debería aplicar la norma que ofrece la protección más amplia? Imaginemos qué pasaría si en un caso dado, la jurisprudencia de la Corte Interamericana fuese más favorable para la protección de la persona que el criterio nacional que establece una interpretación directa de la Constitución. ¿No sería esto último tanto como desplazar a la norma constitucional en favor del tratado? Porque así como la SCJN ha señalado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una extensión de la Convención Americana de Derechos Humanos, uno podría sostener por igual que la jurisprudencia nacional es una extensión de la Constitución mexicana. De suerte que lo que estaría confrontándose indirectamente, a través de los criterios jurisprudenciales, es la propia norma convencional *vis à vis* la norma constitucional. Ésta parece ser otra contradicción de la sentencia que se examina.

### 3. ¿Cuánta deferencia para el Constituyente?

En su voto concurrente, el ministro Alfredo GUTIÉRREZ ORTIZ MENA propone que las normas de la Constitución que establecen restricciones a los derechos humanos de-

---

<sup>18</sup> La ley de ponderación, según la representación de Alexy, reza: “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”. Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1ª reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 161. Sobre las distintas teorías de la ponderación cfr. MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, prólogo de José Juan Moreso, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, pp. 155 y ss. Para entender la importancia de la ponderación en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en nuestro país, vid. ORTEGA GARCÍA, Ramón, “El artículo primero constitucional y la constitucionalización del derecho en México”, en *id.* (coord.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica: ensayos contemporáneos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 61-120.

<sup>19</sup> Expediente Varios 912/2010, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121589>, párrafo 27, p. 44.

ben ser consideradas como principios susceptibles de ponderación con deferencia al Constituyente por tratarse de decisiones con dignidad democrática.

“Al final, desde mi perspectiva, la cuestión de la aplicabilidad de las restricciones constitucionales expresas a los derechos humanos desembocará en un ejercicio de ponderación en el cual se habrá de otorgar deferencia al Poder Constituyente Permanente. Las restricciones no habrán de aplicarse como reglas sujetas a subsunción, sino como elementos normativos que deberán interpretarse de manera conforme con los derechos humanos y, en su caso, se sujetarán al estándar de su compatibilidad con el sistema general de derechos humanos, ya que una abierta incompatibilidad de la restricción podría generar su inaplicación al trascender en el ámbito de lo indecible (de ahí que sea una ponderación deferencial solamente)”<sup>20</sup>.

“Esta posición implica que las restricciones constitucionales no se aplican en automático en cuanto se actualicen sus condiciones de aplicación, como cualquier regla —bajo la lógica de una aplicación “todo o nada”— sino que se actualizan bajo el tamiz de decisiones que encierran la opción de un balance de distintos bienes constitucionales, por lo que han de someterse a una metodología de ponderación: es decir, determinando su finalidad, necesidad y proporcionalidad y entendiendo que ha de darse deferencia al legislador democrático para resolver los temas centrales de acomodo de bienes constitucionales”<sup>21</sup>.

Aquí, la idea fundamental es la de “deferencia al Constituyente” que el ministro GUTIÉRREZ ORTIZ MENA describe como “*la consecución en un paso ulterior en la realización del principio de presunción de legitimidad democrática de las leyes, utilizada por esta Suprema Corte como método interpretativo, ahora utilizable para otorgar deferencia al Poder Constituyente Permanente como depositario de la mayor legitimidad democrática en el sistema*”<sup>22</sup>. Según la opinión del ministro, la deferencia al Constituyente implica que no debe sustituirse “*la interpretación del constituyente por aquella del tribunal en el momento de balancear los bienes constitucionalmente protegidos en la forma de la restricción de un derecho, a menos que ésta sea abiertamente incompatible, bajo cualquier luz, con el sistema general de derechos humanos*”<sup>23</sup>. Lo que ocurre es que las restricciones a los derechos merecen deferencia por haber sido establecidas por el órgano democrático, siendo “*sólo derrotables en casos límites cuando los resultados de esas ponderaciones democráticas sean abiertamente incoherentes con el sistema general de derechos humanos*”<sup>24</sup>, de suerte que el ejercicio de ponderación de los tribunales queda supeditado al que realiza el Constituyente: es un ejercicio meramente residual.

Me parece que la idea de la deferencia al Constituyente entendida de este modo, como la tesis de que en el tema de las restricciones constitucionales hay que tener especial consideración a dicho órgano por ser el de mayor representación democrática en el sistema, viene siendo en realidad un argumento retórico y artificioso para maquillar el enfoque restrictivo de los derechos humanos, puesto que lo que realmente sostiene es que deben prevalecer las restricciones expresas a los derechos *por regla*

<sup>20</sup> Voto concurrente del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>, p. 13.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 15.

<sup>22</sup> *Ídem.*

<sup>23</sup> *Ibíd.*, pp. 15-16.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, p. 16.

*general*, a no ser que el caso sea uno de extrema injusticia, es decir, un caso límite, como señala el ministro, en donde el resultado de la ponderación del Constituyente sea abiertamente incompatible con el sistema general de derechos humanos. Sin embargo, está claro que eso es algo que sólo el órgano judicial puede determinar después de haber valorado en el caso sometido a examen si la medida es o no proporcional. Por desgracia, este ejercicio es precisamente lo que la SCJN excluyó al resolver que las restricciones constitucionales serían aplicables taxativamente.

Además, llegados a este punto considero pertinente formular la siguiente pregunta: ¿qué tanta deferencia debe concederse al Constituyente? ¿Debería ser absoluta e incondicional? Creo que la respuesta no puede ser sino negativa. ¿Por qué? Por principio de cuentas, porque no puede descartarse el hecho de que el Constituyente Permanente dicte normas con un contenido contrario a la Constitución. En este sentido pienso que los actos de dicho órgano —al igual que los de otras autoridades— deberían ser controlados por el conjunto de derechos humanos como supremo parámetro de validez jurídica. De ahí que toda norma del Constituyente que vulnerara los derechos humanos reconocidos en la Carta Magna o en los tratados internacionales de los que México es parte, debería reputarse como inválida. De igual manera, las reformas a la Constitución —principalmente aquéllas que establecieran alguna restricción expresa a los derechos humanos— deberían ser susceptibles de impugnación ante la SCJN, que deberá determinar entonces si esa restricción se encuentra justificada en términos del propio texto constitucional y de aquellas normas internacionales adoptadas por México protectoras de esta clase de derechos —como la Convención Americana de Derechos Humanos—.

En segundo lugar, la deferencia al Constituyente debería no ser absoluta so pena de anular o debilitar el papel del tribunal constitucional como guardián de los derechos humanos contenidos en la Constitución. Ya Rodolfo VÁZQUEZ ha ofrecido una respuesta a la pregunta de qué tanta deferencia habría que conceder al legislador democrático en un Estado Constitucional de Derecho, que cito aquí *in extenso*:

“A la pregunta: ¿cuál es el grado de deferencia hacia el legislador por parte del órgano encargado del control, si tomamos en serio el argumento contramayoritario? Respondemos: si partimos de la defensa de una democracia sustantiva “débil” y entendemos que el puro y simple mayoritarismo, que niega toda precondition de la democracia, resulta totalmente implausible; si distinguimos entre el ámbito de lo privado y lo público y situamos en un coto vedado los derechos derivados de la autonomía personal; si entendemos que los derechos de participación política suponen una precondition fundamental que es el derecho a no ser discriminado; y entendemos que tales derechos debemos atrincherarlos constitucionalmente para hacer posible el proceso democrático, entonces la custodia de los mismos supone un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces que con base en ella, favorezca, ahora sí, el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones”<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> VÁZQUEZ, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y democracia”, *Ex Legibus. Revista de Derecho*, núm. 5, abril de 2013, México, pp. 23-40, p. 37.

Para decirlo brevemente, VÁZQUEZ cree que la deferencia al órgano legislativo no debería ser total, pues ello equivaldría a renunciar a la protección judicial de los derechos humanos civiles y políticos como prerequisites mínimos de la democracia. Esos derechos deben estar atrincherados en la Constitución y protegidos por la justicia constitucional para salvaguardar el propio proceso democrático. Si esto así, entonces lo mismo debería concluirse en el caso del Constituyente: la deferencia a este órgano tampoco debería aceptarse incondicionalmente en aras de la protección de los derechos humanos y con el fin de garantizar la interpretación más favorable para la persona. Por eso, toda restricción expresa establecida por la Constitución debería ser valorada en el caso concreto para determinar si es proporcional o no en base a la ley de ponderación. Esta es una cuestión compleja que tendría que ser analizada por los tribunales a la luz del caso que les toque resolver. No debería ser decidida *ex ante* por el Constituyente Permanente, que sólo podría hacerlo mediante reglas generales, pero sin conocer las circunstancias que rodean al caso específico. En otras palabras, lo que se requiere en esta materia es que prive una concepción ponderativa de tipo particularista relativa a la aplicación de las normas constitucionales sobre derechos humanos y sus restricciones, en lugar de una concepción fundamentalmente subsuntiva<sup>26</sup>.

#### 4. La sentencia no establece una teoría de las restricciones legítimas

Según dije, el principio de supremacía constitucional del modo en que lo entiende la SCJN, comporta la aplicación taxativa de las normas constitucionales que establecen restricciones a los derechos humanos. En este sentido, el ministro GUTIÉRREZ ORTIZ MENA señala que la sentencia de la SCJN no define las condiciones en que deberán ser aplicadas las restricciones establecidas por la Constitución, sino que se limita a declarar que son de aplicación vinculante. En esto tiene razón el ministro. De hecho, creo que uno de los puntos más débiles de la sentencia es que omite sentar las bases de una teoría de las restricciones legítimas. De ahí que me parezca oportuno compartir algunas ideas que podrían ser de utilidad a los efectos de ir construyendo esa teoría.

Para empezar, habría que distinguir el *ámbito* del derecho determinado por sus límites y el *alcance* de ese derecho determinado por las restricciones a su ejercicio. Es

---

<sup>26</sup> Sobre las diferencias entre subsunción y ponderación cfr. ALEXY, Robert, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 4, diciembre de 2003, pp. 433-449. Digamos que la teoría de Alexy constituye el mejor ejemplo de la concepción particularista pura de la ponderación, mientras que la teoría de Ferrajoli representa el esfuerzo más notable por llevar el modelo subsuntivo al campo de las normas sobre derechos fundamentales. Ahora bien, la concepción particularista de la ponderación de Alexy ha sido criticada por algunos autores debido a su aparente arbitrariedad y falta de control racional; de ahí que propongan una vía intermedia entre esa concepción y la subsuntiva. Es el caso de José Juan Moreso en "Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales", en Jerónimo Betegón, Juan Ramón de Páramo, Francisco J. Laporta y Luis Prieto Sanchís (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 473-489. Con todo, el propio Moreso reconoce que su modelo es una forma de concebir a la ponderación "*que la hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad*", de manera que más que un rechazo de la ponderación, su propuesta parte de ella y termina incorporándola. Del propio José Juan Moreso vid. "Alexy y la aritmética de la ponderación", en Ricardo García Manrique (ed.), *Derechos sociales y protección*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 223-248.

decir, una cosa es el ámbito del derecho y otra su alcance o extensión. El ámbito abarca las conductas protegidas por el derecho dentro de los límites fijados por el Constituyente a nivel constitucional. Tómese como ejemplo la libertad de expresión reconocida en el artículo 6° de la Constitución mexicana:

“La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público...”

De acuerdo con esto, los límites constitucionales a la libertad de expresión están dados por los derechos de terceros, la vida privada de las personas y la moral. A este nivel juega un papel muy importante la interpretación que se realice del precepto invocado ya que de ella va a depender la amplitud del ámbito del derecho. En efecto, éste podrá ser más o menos amplio (o más o menos reducido), dependiendo de cómo se interpreten los términos de la disposición. Para continuar con el ejemplo del derecho a la libre expresión de ideas, el ámbito del mismo —el espectro de las conductas cubiertas por el derecho— dependerá de lo que se entienda por *derechos de terceros, vida privada de las personas y moral*.

En cambio, el alcance del derecho es una variable dependiente de las restricciones a su ejercicio impuestas mediante una ley o decreto a nivel subconstitucional. Sin embargo, está claro que toda restricción tiene que cumplir con las condiciones establecidas en la Constitución. Por ejemplo, el artículo 29 de la Carta Magna menciona ciertas condiciones que deberán cumplir las restricciones de alcance general, esto es, aquellas que no se aplican a una persona o personas determinadas, sino a un sector importante de la población. De conformidad con esta cláusula, sólo podrá imponerse una restricción con efectos generales en los supuestos de “invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro”. Deberá tener una duración definida; deberá estar prevista en un decreto emitido por el Presidente de la República con acuerdo de los titulares de las Secretarías de Estado y del Procurador General, y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente, según el caso. Además, la medida deberá respetar los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Por otra parte, la Constitución también contempla restricciones aplicables en situaciones concretas y/o a personas determinadas. Es lo que ocurre con el arraigo, el cateo, la intervención de comunicaciones privadas, las visitas domiciliarias y la prisión preventiva. En todos estos supuestos, la medida deberá cumplir con los requisitos establecidos en las normas constitucionales respectivas.

Ahora bien, por regla general, toda restricción a un derecho humano tenderá a proteger otro derecho o interés público constitucionalmente reconocido. De ahí que la medida restrictiva tienda a generar un conflicto entre derechos o bienes constitucionales. Cuando eso sucede, corresponderá a los tribunales decidir cuál es el derecho que debe prevalecer, debiendo practicar para ello un ejercicio ponderativo en el que se sopesa la importancia (qué tan fuertes o débiles son las razones) de satisfacer al derecho X (el que la medida favorece), frente al grado (leve, moderado o alto) de no satisfacción o de afectación del derecho Y (el que la medida restringe). Y sólo si el resultado del balance fuera positivo (digamos, que la importancia de satisfacer al primer

derecho fuera igual o mayor al grado de afectación del segundo), se podría decir que la medida es proporcional<sup>27</sup>.

Por cierto que la proporcionalidad de la restricción en el caso mexicano deberá analizarse en el marco del control de constitucionalidad difuso. Suponiendo que la medida esté contenida en una ley del Congreso, el control podría desarrollarse de la siguiente manera: un primer paso sería interpretar la ley de modo que su contenido se ajuste al de las normas sobre derechos humanos que integran el parámetro de regularidad del artículo 1°. Si no fuera posible llegar a una interpretación conforme de la ley, entonces se procedería a un segundo paso del control en el que se examinaría si la medida es proporcional o no. Suponiendo que se concluya que la medida afecta a uno de los derechos humanos de manera injustificada a la luz de la ley de ponderación, entonces se llegaría a la tercera y última etapa del procedimiento en la que se aplicaría el remedio previsto por el ordenamiento jurídico. Éste podría ser la anulación de la ley con efectos generales o su inaplicación en el caso concreto, dependiendo de la competencia del tribunal que conoce del asunto.

#### 4. CONCLUSIÓN

Pues bien, el engrose de la Contradicción de Tesis 293/2011 pone al descubierto una sentencia del máximo tribunal del país auto-contradictoria, que también contradice a la Constitución pues la tesis de que las restricciones a los derechos humanos deben aplicarse de manera taxativa viola el mandato del artículo 1° que prescribe interpretar las normas en esta materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. La sentencia establece un enfoque restrictivo de los derechos humanos que significa un retroceso respecto de lo que el Pleno resolvió en el expediente Varios 912/2010 y en distintas tesis y jurisprudencias dictadas con motivo de ese histórico fallo. En las páginas que anteceden he tratado de mostrar algunas de las principales deficiencias de la sentencia de la SCJN en espera de que algún día se corrijan y logre reivindicarse una concepción más protectora de los derechos que sea congruente con el espíritu de la reforma del 10 de junio de 2011.

---

<sup>27</sup> Este modelo se basa en la teoría de Alexy. Sabido es que para medir el grado o intensidad de la afectación de uno de los derechos en pugna, así como la importancia de la satisfacción del otro, Alexy utiliza la famosa escala trídica: leve, moderado y grave; estos valores son representados con números que luego se materializan en la célebre “*Weight Formula*”. El resultado hace que la ponderación se presente como un esquema que funciona de acuerdo a las reglas de la aritmética. Así pareciera que se dota a la ponderación de cierto control racional. Vid. ALEXY, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *ob cit.*, nota anterior. También cfr. *id.*, “Sobre los derechos sociales a protección”, en Ricardo García Manrique (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, *ob. cit.*, nota anterior, pp. 45-84; *id.*, “La teoría del discurso y los derechos fundamentales”, en Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 29-48.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1ª reim-  
presión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, Vol. 16, No. 4,  
diciembre de 2003, pp. 433-449.
  - “Sobre los derechos sociales a protección”, en Ricardo García Manrique (ed.), *Dere-  
chos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007,  
pp. 45-84.
  - “La teoría del discurso y los derechos fundamentales”, en Agustín José Menéndez  
y Erik Oddvar Eriksen (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, trad.  
de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid,  
2010, pp. 29-48.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*,  
prólogo de José Juan Moreso, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007.
- MORESO, José Juan, “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamen-  
tales”, en Jerónimo Betegón, Juan Ramón de Páramo, Francisco J. Laporta y Luis Prieto  
Sanchís (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y  
Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 473-489.
- “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en Ricardo García Manrique (ed.), *Derechos  
sociales y protección*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 223-  
248.
- ORTEGA GARCÍA, Ramón, “El artículo primero constitucional y la constitucionalización del derecho  
en México”, en *id.* (coord.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica: ensayos contem-  
poráneos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 61-120.
- “La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos (a la luz de la  
reforma constitucional del 10 de junio de 2011)”, *Ex Legibus. Revista de Derecho*, Tirant  
Lo Blanch, núm. 0, abril de 2014, México, pp. 31-58.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y democracia”, *Ex Legibus. Re-  
vista de Derecho*, núm. 5, abril de 2013, México, pp. 23-40.

## FUENTES ELECTRÓNICAS

- <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>
- <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121589>

## JURISPRUDENCIA

- TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN  
Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES  
Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. Novena Época. Re-  
gistro: 172650. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
y su Gaceta. Localización: Tomo XXV. Abril de 2007. Materia constitucional. Tesis P. IX/2007.  
Pág. 6.
- SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON  
VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL

LITIGIO. Décima Época. Registro: 160482. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Libro III. Diciembre de 2011. Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. LXV/2011 (9a.) Página: 556.

# DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO DE LOS MIGRANTES MENORES NO ACOMPAÑADOS DETENIDOS EN ESTACIONES MIGRATORIAS Y ESTANCIAS PROVISIONALES EN MÉXICO

Laura G. Zaragoza Contreras\*  
Antonio Cuenca Montoya\*\*

## SUMARIO

1. DERECHOS HUMANOS. 2. DEBIDO PROCESO. 3. UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO MIGRATORIO EN MÉXICO. 4. MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN MÉXICO. 5. ESTACIONES MIGRATORIAS Y ESTANCIAS PROVISIONALES EN MÉXICO. 6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO MIGRATORIO. 7. PROCEDIMIENTO PARA LA VALORACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS. 8. REFLEXIONES FINALES.

## 1. DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, económico, social y cultural, incluidos los mecanismos de garantías de todos ellos, que reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente<sup>1</sup>. Es el reconocimiento que se hace a todo ser humano por el simple hecho de serlo.

Los derechos humanos tienen la característica de ser inherentes por ser innatos a todos los seres humanos sin distinción alguna y no dependen de un reconocimiento del Estado, son absolutos pues su respeto se puede reclamar a cualquier persona o autoridad, resultan inalienables ya que son irrenunciables por ser esencia del ser humano

---

\* Profesor-Investigador, Escuela Judicial del Estado de México.

\*\* Técnico Judicial adscrito a la Segunda Sala Civil Regional de Toluca del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México.

<sup>1</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los Derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 31.

e imprescriptibles porque no se pierden por el transcurso del tiempo, independientemente de si se hace o no uso de ellos<sup>2</sup>.

En la Declaración y Programa de Acción de Viena, se señala que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí, por lo que todos los Estados deben tratar los derechos humanos como una unidad, en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.

En este sentido, el ejercicio de los derechos humanos debe ser atendido por todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias<sup>3</sup>, mediante diversos propósitos y tareas como lo es el respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

En este contexto, debe entenderse que los derechos humanos son subjetivos<sup>4</sup>; es decir, expectativas formadas en todas las personas en relación con la acción u omisión de los Estados, por lo que deben ser protegidos a través del aparato jurídico.

Partiendo de esta premisa, la reforma al artículo 1º constitucional en materia de derechos humanos<sup>5</sup>, no sólo establece la protección de los derechos emanados de los tratados internacionales, sino también incorpora a su texto los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los cuales refieren que los derechos y obligaciones establecidas en la norma, no sólo están dirigidos a aquellas autoridades encargadas de impartir justicia —Poder Judicial—, sino a todos los integrantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo a nivel federal, local y municipal;

---

<sup>2</sup> PÉREZ LOZANO, Andrés, *El Control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano*, Novum, México, 2011, p. 205.

<sup>3</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José) (1969) Art. 1.1

<sup>4</sup> Ferrajoli señala que el derecho subjetivo “*es toda expectativa jurídica positiva o negativa*”. Cfr. *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 2006.

<sup>5</sup> “Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

es decir, los principios referidos permiten regular el sistema de derechos humanos instruyendo a las autoridades a respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos.

En este contexto, de un análisis de los principios rectores de los derechos humanos se puede advertir que el principio de universalidad es una característica que ha acompañado a los derechos fundamentales desde su nacimiento<sup>6</sup>. El principio de universalidad conlleva un “proceso de contaminación, nutrición y renovación de los derechos humanos producto de su propia expansión a diferentes culturas, ideas y manifestaciones de la opresión”<sup>7</sup>; reconoce al sujeto de derecho en tanto persona que debe ser valorada como fin en sí mismo, como ente capaz de autodeterminarse; es el principio fundamental por el que se reconoce igual dignidad a todas las personas.

Los derechos humanos se interrelacionan y dependen recíprocamente unos de otros y tienen como origen común la dignidad humana, por lo cual no es procedente relegar algunos para conceder prioridad a otros, ni puede existir jerarquía entre ellos, lo que significa que todos los derechos humanos deben ser objeto de protección sin distinción alguna<sup>8</sup>. Esto es, se amplió el ámbito de protección en cuanto a los derechos sujetos a tutela.

La interdependencia consiste en que cada uno de los derechos está ligado con otros, del tal manera que el reconocimiento de uno implica que necesariamente se respetan y protegen multiplicidad de derechos que se encuentran interconectados<sup>9</sup>; es decir, dependen unos de otros por existir relaciones recíprocas entre ellos.

Son indivisibles en consideración a que son infragmentables, sean éstos los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y la libertad de expresión; los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación; o los derechos colectivos, como los derechos al desarrollo y la libre determinación, todos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás<sup>10</sup>; son inherentes al ser humano y derivan de su dignidad, no deben ser acogidos como elementos separados, sino como un conjunto.

El principio de progresividad alude a la prohibición de aplicaciones regresivas del derecho, por lo que los Estados están obligados a procurar todos los medios posibles para su satisfacción en cada momento histórico y la prohibición de cualquier retroceso o involución en esta tarea.

Todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos con base en estos prin-

---

<sup>6</sup> CARBONELL Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2010, p. 11.

<sup>7</sup> VÁZQUEZ, Luis Daniel y Sandra Serrano, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad apuntes para su aplicación práctica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 143.

<sup>8</sup> SCJN, Décima Época-Registro: 2001511.

<sup>9</sup> Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, Porrúa, México, 2012, p. 99.

<sup>10</sup> ONU. Organización de las Naciones Unidas. Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>, consultado el 20 de agosto de 2014.

cipios. Al señalarse que el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley, se hace referencia a lo preceptuado en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, mediante un juicio justo seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, denominado comúnmente como el “debido proceso”.

## 2. DEBIDO PROCESO

Por “debido proceso” se entiende el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados<sup>11</sup>, por lo que las autoridades deben respetar las garantías judiciales en los procesos en los cuales la libertad de una persona esté en juego para así asegurar en la mayor medida posible una solución justa a la controversia.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que las garantías mínimas propias del derecho fundamental al debido proceso son aplicables en forma exclusiva, no sólo a los procedimientos jurisdiccionales, sino también a los procedimientos administrativos<sup>12</sup>, y deben ser aseguradas durante su desarrollo con el fin de garantizar el equilibrio entre los sujetos que resultan involucrados en una decisión administrativa.

En este sentido, las autoridades en el ámbito de sus competencias deben garantizar el derecho humano al debido proceso, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto, respetando a todas las personas, independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etc., el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; además, garantizar el derecho a la igualdad ante la ley, y a proteger a todas aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico por pertenecer a algún grupo vulnerable: por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular; el derecho a contar con un traductor o intérprete; el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, sólo por mencionar algunos, entre otros, de igual naturaleza.

En esta tesitura, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en su artículo 14<sup>13</sup>, hace referencia a la igualdad de las personas en el derecho a ser oídas

---

<sup>11</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Voz: Debido proceso legal”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 1987, pp. 820-822.

<sup>12</sup> Registro: 2005716. Décima Época. Primera Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tesis: 1ª./J11/2014 (10ª). Libro 3. Febrero de 2014. Tomo I, página 396. Jurisprudencia.

<sup>13</sup> “...Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria

públicamente por un tribunal competente. Señala que dicha norma se aplica tanto a tribunales ordinarios como especiales —procedimientos administrativos— y establece que en cuanto a los menores, éstos deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se les concede a los adultos, por lo que, cuando un menor se encuentre frente a un proceso judicial o administrativo, las autoridades competentes deben considerar las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste según corresponda en cuanto a la determinación de sus derechos.

Para poder asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior del menor, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el niño<sup>14</sup>, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal.

Respecto de los menores, la Convención establece que todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deben ser en consideración primordial al “interés superior del niño”<sup>15</sup>. El propio artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que los niños y las niñas tienen el derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Con base en la normativa nacional e internacional, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección por lo que, en los casos en que un niño sea privado de su libertad debe prevalecer el principio del *interés superior del menor* para así lograr que un debido proceso sea aplicado atendiendo a las reglas y medidas específicas en relación con los menores al requerir un trato diferenciado en virtud de sus condiciones especiales.

Es por ello que las autoridades migratorias encargadas de los procedimientos administrativos para determinar la calidad de los menores deben tomar todas las medidas necesarias para garantizar un debido proceso en el caso de los migrantes menores de edad.

---

en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

<sup>14</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño indica que el niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad.

<sup>15</sup> “Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Los Estados parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado y la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

### 3. UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO MIGRATORIO EN MÉXICO

El fenómeno de la migración internacional<sup>16</sup> es un tema añejo ya que a lo largo del tiempo el ser humano ha tenido la necesidad de desplazarse de un lugar a otro debido a diversos factores, entre los cuales se encuentran la inseguridad, la delincuencia, la pobreza, la falta de oportunidades laborales, los conflictos armados, la persecución, entre otros; esto, con la finalidad de buscar una mejor forma de vida, pero no siempre la migración tiene estos fines, también las personas emprenden este sueño en busca de sus familias, lo que de suyo es comprensible y más todavía tratándose de menores de edad.

El 11 de septiembre de 2013, la Organización de las Naciones Unidas señaló que a nivel mundial ha aumentado el número de personas viviendo fuera de sus países de origen<sup>17</sup>, por lo que los Estados deben atender los retos y desafíos que plantea esta problemática, ya que entre el 10% y el 15% de los actuales 232 millones de migrantes internacionales están sin permiso legal en el lugar donde se encuentran; a estas personas se les designa como *migrantes irregulares*<sup>18</sup>.

En los últimos catorce años, el flujo de migración en América Latina ha sufrido un aumento considerable, pues de 47 millones de migrantes reportados por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas en el año 2000, para el 2010 alcanzó la cifra de 57.5 millones, de los cuales 400.000 anualmente transitan por la Ciudad de México<sup>19</sup>.

Cierto es que México se caracteriza por el flujo de migrantes irregulares provenientes de Centro y Sudamérica cuyo destino son los Estados Unidos de América y Canadá<sup>20</sup>, por lo que el nuestro no sólo es un Estado que recibe migrantes, sino que también es un país de tránsito, situación que genera riesgos para las personas que recorren las rutas clandestinas poniendo en peligro su integridad física, lo que los coloca en condición de vulnerabilidad al ser sujetos de abusos y violaciones a su derechos humanos.

Cada Estado está obligado a crear los mecanismos necesarios que permitan llevar el control de ingreso y salida de extranjeros de sus respectivos territorios; México creó los centros de detención para personas migrantes conocidas como “Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales”, las cuales tienen como objeto controlar el flujo

---

<sup>16</sup> “Migrante internacional” es la persona que reside en un país extranjero por un período de un año, por lo menos; los migrantes internacionales se dividen en tres categorías: migrantes trabajadores, familiares de migrantes y estudiantes extranjeros: *World Migration*, 2003, IOM.

<sup>17</sup> En 2013, 232 millones de personas, o sea 3.2% de la población mundial, eran migrantes internacionales, a diferencia de los 175 millones registrados en 2000 y 154 millones en 1990.

<sup>18</sup> Comunicado de la Organización de las Naciones Unidas, (2013) consultado el 17 de agosto de 2014, disponible en: [http://www.un.org/es/ga/68/meetings/migration/pdf/press\\_el\\_sept%202013\\_spa.pdf](http://www.un.org/es/ga/68/meetings/migration/pdf/press_el_sept%202013_spa.pdf).

<sup>19</sup> Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, 24 de marzo de 2009.

<sup>20</sup> El Primer Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI), señala que a finales de 2009 estos dos países en conjunto recibieron alrededor de 3.184.600 inmigrantes. Organización de las Naciones Unidas, 2011, disponible en [http://www.migracionoea.org/sicremi/documentos/sicremi\\_2011](http://www.migracionoea.org/sicremi/documentos/sicremi_2011)., consultado el 10 de agosto de 2014.

migratorio, resguardar y albergar a los migrantes irregulares y someterlos a un procedimiento administrativo.

El Instituto Nacional de Migración registró que de enero a diciembre de 2013, se detuvieron en las estaciones migratorias alrededor de 86,394 personas de las cuales, 72,856 eran hombres, 14,073 mujeres y 9,893 menores de dieciocho años, quienes manifestaron diversas razones por las que decidieron migrar: una de ellas es la pobreza y la consecuente búsqueda de mejores oportunidades de vida, la posibilidad de obtener educación y ejercer una profesión que les permita mejorar su calidad de vida; otra razón es el deseo de unir a sus familias, es decir, reconstruir la unión familiar en los casos de niñas, niños y adolescentes, así como también la violencia que se vive día a día en sus países de origen<sup>21</sup>.

#### 4. MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN MÉXICO

Tradicionalmente, los varones, quienes eran los proveedores financieros de la familia, emigraban a otro país en busca de un trabajo que les permitiera brindar mejores condiciones de vida a sus familias; no obstante, el patrón migratorio cambió y las mujeres también comenzaron a emigrar dejando a los niños en su país de origen; ello con la intención de reencontrarse con ellos en algún momento.

El patrón ha cambiado, ya que no sólo los hombres y mujeres adultos han tenido la necesidad de emigrar, sino también los menores de edad<sup>22</sup>, con la agravante de que la migración se ha convertido en un problema porque los menores viajan sin la compañía de un adulto, sólo con el deseo —en la mayoría de los casos— de la reunificación familiar, mejorar su nivel de vida a través del trabajo, o bien, por escapar de la violencia que existe en sus lugares de origen. Es así como se ha generado la denominada “crisis humanitaria”<sup>23</sup>. Según datos de las Aduanas y Protección Fronteriza de Estados Unidos de América, de octubre de 2013 a mayo de 2014, fueron puestos bajo custodia alrededor de 46,932 niños no acompañados, cifra que aumentó en los últimos meses ya que para junio de 2014, la cifra ascendía a 57,252 menores; asimismo, las autoridades de ese país reportan que en 2014 hubo un incremento de 117% de migrantes menores de 12 años detenidos en la frontera entre México y Estados Unidos con respecto al mismo periodo del año anterior, en comparación con el número de aprehensiones de adolescentes no acompañados (13 a 17 años) que sólo ha aumentado 12% durante

---

<sup>21</sup> Sin Fronteras, *La ruta del encierro*, situación de las personas detenidas en estaciones migratorias y estancias provisionales, México, Mayo 2014, disponible en <http://sinfronteras.org.mx/attachments/informe-2014.pdf>, consultado el 17 de agosto de 2014.

<sup>22</sup> El artículo 3, fracción XVII, de la ley migratoria en México define como niña, niño o adolescente migrante no acompañado: a todo migrante nacional o extranjero menor de 18 años de edad que se encuentre en territorio nacional y que no esté acompañado de un familiar consanguíneo o persona que tenga su representación legal.

<sup>23</sup> La crisis humanitaria se entiende como la *situación de emergencia que amenaza la salud, la seguridad o el bienestar de una comunidad o grupo de personas de un país o una región*.

el mismo periodo<sup>24</sup>, lo cual resulta significativo porque cada vez son más jóvenes los migrantes menores de edad.

Por lo que respecta a México, las autoridades migratorias reportaron que de enero a mayo de 2014, el Instituto Nacional de Migración aseguró a poco más de 8 mil niños migrantes, de los cuales 4 mil 230 viajaban solos; esto representa el 53% de los migrantes asegurados y significa que 53 niños fueron presentados diariamente, cifra alarmante porque se aumentó en más de un cien por ciento en comparación con el año pasado; en efecto, en los doce meses del año 2013 sólo se aseguraron 9 mil 727 menores migrantes, es decir 26 niños diarios<sup>25</sup>.

Así mismo, el Instituto Nacional de Migración señala que de los 4 mil 230 menores asegurados en lo que va del presente año, en 3 mil 525 su edad oscila entre los 12 y los 17 años, y 705 son menores de 11 años.

Ahora bien, la Ley de Migración en su artículo 3, fracción XVIII, define como menor migrante no acompañado a todo nacional o extranjero, niño, niña y adolescente menor de 18 años de edad, que se encuentre en territorio nacional y que no esté acompañado de un familiar consanguíneo o persona que tenga su representación legal; es por ello que todo menor que se encuentre en la situación referida será puesto a disposición del Instituto Nacional de Migración quedando bajo la responsabilidad institucional, por lo que a partir del momento de la detención, el Instituto deberá garantizar el respeto a sus derechos humanos.

Una vez puestos a disposición del Instituto y habiendo confirmado que los menores migrantes no se encuentran acompañados, esta instancia los canalizará de manera inmediata al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), con el objeto de privilegiar su estancia en lugares donde se les proporcione la atención adecuada mientras se resuelva su situación migratoria. Para el caso de que dicha institución no tenga la capacidad de albergar a los menores, entonces serán remitidos a las Estaciones Migratorias o Estancias Provisionales.

## 5. ESTACIONES MIGRATORIAS Y ESTANCIAS PROVISIONALES EN MÉXICO

Las Estaciones Migratorias son las instalaciones físicas que dependen del Instituto Nacional de Migración y que cumplen con los requisitos previstos en el artículo 107 de la Ley<sup>26</sup> para alojar temporalmente a las personas extranjeras que no acrediten

---

<sup>24</sup> Análisis del Centro de Investigación *Pew Research Center*, 2014, disponible en: <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/07/22/children-12-and-under-are-fastest-growing-group-of-unaccompanied-minors-at-u-s-border/>, consultado el 5 de agosto 2014.

<sup>25</sup> Instituto Nacional de Migración y Consulados de Guatemala, Honduras y El Salvador en Tapachula, información consultable en: <http://www.eluniversal.com.mx/primer-plana/2014/impreso/viaja-solo-53-de-los-menores-migrantes-45942.html>

<sup>26</sup> "Artículo 107. Las estaciones migratorias, deberán cumplir al menos los siguientes requisitos: I. Prestar servicios de asistencia médica, psicológica y jurídica; II. Atender los requerimientos alimentarios del extranjero presentado, ofreciéndole tres alimentos al día. El Instituto deberá supervisar que la calidad de los alimentos sea adecuada. Las personas con necesidades especiales de nutrición como niñas, niños y adolescentes, personas de la tercera edad y mujeres embarazadas o lactando, recibirán una dieta adecuada, con el fin de que su salud no se vea afectada en tanto

su situación migratoria regular. En dichas instalaciones permanecerán las personas extranjeras que en virtud de sus condiciones y circunstancias, podrán estar alojadas hasta quince días hábiles, salvo los casos de excepción que prevé el artículo 111 de la propia Ley<sup>27</sup>.

De acuerdo con sus características físicas, las Estancias se clasifican en:

- a. Estancias provisionales A, que permiten una estancia máxima de cuarenta y ocho horas, y
- b. Estancias provisionales B, que permiten una estancia máxima de siete días.

En México existen 32 estaciones migratorias<sup>28</sup> distribuidas en 22 Estados; asimismo, existen 14 estancias provisionales tipo A previstas para una estancia migratoria de 48 horas y 12 estancias provisionales tipo B, para una estadía máxima de 7 días.

---

se define su situación migratoria. Asimismo, cuando así lo requiera el tratamiento médico que se haya; prescrito al alojado, se autorizarán dietas especiales de alimentación. De igual manera se procederá con las personas que por cuestiones religiosas así lo soliciten; III. Mantener en lugares separados y con medidas que aseguran la integridad física del extranjero, a hombres y mujeres, manteniendo a los niños preferentemente junto con su madre, padre o acompañante, excepto en los casos en que así convenga al interés superior del niño, niña o adolescente; IV. Promover el derecho a la preservación de la unidad familiar; V. Garantizar el respeto de los derechos humanos del extranjero presentado; VI. Mantener instalaciones adecuadas que eviten el hacinamiento; VII. Contar con espacios de recreación deportiva y cultural; VIII. Permitir el acceso de representantes legales, o persona de su confianza y la asistencia consular; IX. Permitir la visita de las personas que cumplan con los requisitos establecidos en las disposiciones jurídicas aplicables. En caso de negativa de acceso, ésta deberá entregarse por escrito debidamente fundado y motivado, y X. Las demás que establezca el Reglamento. El Instituto facilitará la verificación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos del cumplimiento de los requisitos señalados en este artículo, y el acceso de organizaciones de la sociedad civil, conforme a lo dispuesto en las disposiciones jurídicas aplicables.”.

<sup>27</sup> “Artículo 111. El Instituto resolverá la situación regular de los extranjeros presentados en un plazo no mayor de 15 días hábiles, contados a partir de su presentación. El alojamiento en las estaciones migratorias únicamente podrá exceder de los 15 días hábiles a que se refiere el párrafo anterior cuando se actualicen cualquiera de los siguientes supuestos: I. Que no exista información fehaciente sobre su identidad y/o nacionalidad, o exista dificultad para la obtención de los documentos de identidad y viaje; II. Que los consulados o secciones consulares del país de origen o residencia requieran mayor tiempo para la expedición de los documentos de identidad y viaje; III. Que exista impedimento para su tránsito por terceros países u obstáculo para establecer el itinerario de viaje al destino final; IV. Que exista enfermedad o discapacidad física o mental médicamente acreditada que imposibilite viajar al migrante presentado, y V. Que se haya interpuesto un recurso administrativo o judicial en que se reclamen cuestiones inherentes a su situación migratoria en territorio nacional; o se haya interpuesto un juicio de amparo y exista una prohibición expresa de la autoridad competente para que el extranjero pueda ser trasladado o para que pueda abandonar el país. En los supuestos de las fracciones I, II, III y IV de este artículo el alojamiento de los extranjeros en las estaciones migratorias no podrá exceder de 60 días hábiles. Transcurrido dicho plazo, el Instituto les otorgará la condición de estancia de visitante con permiso para recibir una remuneración en el país, mientras subsista el supuesto por el que se les otorgó dicha condición de estancia. Agotado el mismo, el Instituto deberá determinar la situación migratoria del extranjero.”.

<sup>28</sup> Unidad de Enlace y Acceso a la Información Pública Gubernamental del Instituto Nacional de Migración, Folio Infomex No. 0411100001914, 4 de febrero de 2014.

Uno de los problemas permanentes que enfrenta el Instituto Nacional de Migración es la carencia de espacios adecuados para atender a los menores migrantes no acompañados, en los términos que la propia legislación señala, ya que en la mayoría de las Estaciones Migratorias o Estancias Provisionales se carece de la infraestructura que permita atender en forma debida a las personas recluidas, pues muy pocos de ellos fueron construidos con ese fin y en otros casos son edificios improvisados, por lo que sus condiciones materiales son precarias y deficientes; es el caso de la estación migratoria de Iztapalapa, que fue construida a principios de los años noventa y no ha tenido otro uso que ése; sin embargo, a diferencia de ella, la estación de Hermosillo está instalada en una antigua bodega; la de Saltillo, es un gimnasio ocupado como albergue contra desastres naturales, y la de Janos, está situada en un lugar elevado donde se impide el abastecimiento de agua<sup>29</sup>.

Las estaciones migratorias de Ciudad Juárez, Tenosique, Oaxaca, Tapachula, Iztapalapa y Nuevo León, se caracterizan por tener barrotes, puertas cerradas y estrechos dormitorios; no cuentan con áreas especiales para aquellos migrantes menores que no fue posible canalizar al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia o Sistema Estatal del DIF<sup>30</sup>.

Aunado a lo anterior, de un diagnóstico elaborado por Instituto Nacional de Migración a las Estaciones Migratorias, se deriva que estas instituciones no cumplen con las medidas sanitarias adecuadas, lo que trae como consecuencia altos índices de enfermedades gastrointestinales, propiciadas por la carencia de higiene y de servicios sanitarios<sup>31</sup>.

Otro factor que impide al personal de las estaciones migratorias ofrecer un trato con dignidad es la sobrepoblación que existe en algunas estaciones migratorias como las de Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche Coahuila, Chihuahua, Guerrero, Hidalgo, Oaxaca, Puebla, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Quintana Roo, Querétaro, Yucatán y Zacatecas; dado que, como se mencionó, en los últimos años han aumentado las detenciones, por lo que esas estancias se encuentran en un aumento considerable en su población<sup>32</sup>.

Por lo que toca al derecho humano a la salud, la legislación establece que a toda persona que ingresa a una Estación Migratoria se le debe proporcionar la atención médica necesaria, y en caso de requerir un tratamiento especial, será canalizado a las

---

<sup>29</sup> *Diagnóstico del Instituto Nacional de Migración. Hacia un Sistema de Rendición Cuentas en pro de los Derechos de las Personas Migrantes en México*, Instituto para la Seguridad y la Democracia, A. C., (INSYDE) México, 2013. pp. 286 y ss.

<sup>30</sup> *Diagnóstico del Instituto Nacional de Migración: Hacia un Sistema de rendición de Cuentas en pro de los Derechos de las Personas Migrantes en México*, elaborado por Instituto para la Seguridad y la Democracia. A.C., 2013, disponible en [http://insyde.org.mx/wp-content/uploads/2014/03/Diagnostico\\_INM\\_Insyde\\_2013\\_Completo](http://insyde.org.mx/wp-content/uploads/2014/03/Diagnostico_INM_Insyde_2013_Completo), consultado el 20 de agosto de 2014.

<sup>31</sup> Entrevista a Jesús Alberto Hernández Valdez, Subdirector de la Estación Migratoria de Hermosillo, Instituto Nacional de Migración (INM), Hermosillo, 29 de octubre de 2012.

<sup>32</sup> Informe de Rendición de Cuentas de la Administración Pública Federal 2006-2012, "Modernización de Estaciones Migratorias", México, 2012, disponible en: [http://www.inm.gob.mx/static/transparencia/rendicion\\_de\\_cuentas/Modernizacion\\_estaciones\\_migratorias.pdf](http://www.inm.gob.mx/static/transparencia/rendicion_de_cuentas/Modernizacion_estaciones_migratorias.pdf), consultado el 10 de agosto de 2014.

instituciones correspondientes<sup>33</sup>; pero el Instituto Nacional de Migración, en su *Informe de Rendición de Cuentas de la Administración Pública Federal 2006-2012*, señaló que en la mayoría de los casos, a los migrantes<sup>34</sup> no se les revisa y sólo se les aplica un cuestionario y para el caso de que se les tengan que proporcionar atención médica especializada se ordena su traslado a una institución de salud; la mayoría de veces no se les recibe por falta de espacios y en ocasiones no tienen derecho al servicio por no estar afiliados<sup>35</sup>.

## 6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO MIGRATORIO

El Reglamento de la Ley de Migración señala que en los casos en que una persona extranjera sea puesta a disposición de la autoridad migratoria, deberá iniciarse el procedimiento administrativo migratorio regulado por el *Acuerdo por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración*<sup>36</sup>, que establece que toda persona extranjera presentada ante una Estación Migratoria o Estancia Provisional tiene derecho a un procedimiento administrativo, el cual inicia con la apertura de un expediente que deberá contener primeramente todas aquellas constancias u oficios que se hayan generado con motivo de la revisión migratoria practicada a la persona extranjera. En segundo término deberá contener el certificado médico que deberá emitirse al momento de su ingreso, y en el cual se describirá el estado físico de la persona migrante, así como su nombre y nacionalidad.

También se le expedirá una comparecencia que habrá de contener los datos personales del extranjero y la narración de los hechos ocurridos desde el momento que emprendió su viaje, así como una constancia firmada en la que se le haga saber sus derechos y obligaciones. El migrante tendrá derecho a comunicarse con su representante consular o representante legal, y al momento de su detención se le deberá informar sobre su situación migratoria y sobre el procedimiento que se le sigue; se le dará a conocer la ubicación de la Estancia o Estación Migratoria donde se encuentra, ser informado acerca de las instancias en donde puede presentar una queja, etc.

No obstante lo anterior, este procedimiento aplica para los migrantes mayores de edad, por lo que en cuanto a los menores acompañados y no acompañados se debe decidir su calidad migratoria mediante un procedimiento especial.

---

<sup>33</sup> Art. 14, fracción IV, del Acuerdo por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración.

<sup>34</sup> Consultado en la página web del Instituto Nacional de Migración el 16 de agosto de 2014.

<sup>35</sup> Vid. “La ruta del encierro, situación de las personas detenidas en estaciones migratorias y estancias provisionales”, *Sin Fronteras*, México, Mayo 2014, página 67, disponible en <http://sinfronteras.org.mx/attachments/informe-2014.pdf>, consultado el 17 de agosto de 2014.

<sup>36</sup> “Artículo 14.- De todas las personas extranjeras presentadas en una Estación Migratoria o en una Estancia Provisional se abrirá un expediente administrativo”.

## 7. PROCEDIMIENTO PARA LA VALORACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

Los Estados tienen la obligación de reconocer, respetar y garantizar los derechos fundamentales entre los cuales se encuentran los de menores, tanto por su condición de seres humanos como por la situación especial que los distingue; esto en razón de su inmadurez y vulnerabilidad, por lo que requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos con respecto del Estado.

En este sentido, se deben cumplir a cabalidad los procedimientos administrativos en los que se resuelva acerca de menores migrantes que no se encuentren acompañados, toda vez que así lo señala la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>37</sup>.

Debe observarse que un menor migrante no acompañado no enfrenta las mismas condiciones que un adulto en un procedimiento, lo que conlleva a que las autoridades adopten medidas que contribuyan a eliminar las deficiencias que impidan un debido proceso.

Dentro de los procedimientos administrativos relativos a los menores migrantes que no se encuentra acompañados deberá prevalecer el interés superior de la niña, niño o adolescente para todas las decisiones relativas a su tratamiento por parte de la autoridad migratoria<sup>38</sup>, cuando se den los supuestos siguientes:

- Procedimiento de reunificación familiar;
- Regularización de estancia;
- Procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado, y
- Retorno asistido.

Ahora bien, a los efectos de que la autoridad migratoria determine si un menor migrante se encuentra o no acompañado, debe tomar en cuenta que si un adulto va con él o ella, debe acreditar con algún documento el vínculo familiar, la tutela, custodia en su caso, o su representación legal; debe considerar las manifestaciones que realice el menor, así como las de las personas que lo acompañan y la que aporte el consulado de su país de origen o de su residencia.

Una vez comprobado que el menor no se encuentra acompañado quedará bajo custodia del Instituto Nacional de Migración para que se inicie el procedimiento administrativo que resuelva su situación migratoria; personal del Instituto Nacional de Migración debe realizar una valoración con base en el interés superior del menor a través de personal especializado y procurará identificar posibles situaciones de riesgo o de violación a sus derechos humanos como falta de educación, violencia e inseguridad que pudieran presentarse o que se hayan presentado en el país de origen, o simplemente cuando sea testigo o haya sido víctima de algún delito. En todas y cada una de

---

<sup>37</sup> Artículos 19 y 25.

<sup>38</sup> Éste se llevara a cabo a través de personal especializado y capacitado en la protección y derechos de la infancia, quienes les practicarán una entrevista con el objeto de allegarse de elementos sobre su identidad, país de nacionalidad o residencia, situación migratoria, la localización de sus padres o de otros miembros de la familia y sus necesidades particulares de protección, de atención médica y psicológica.

las entrevistas, el menor podrá ser asistido por un representante de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos debidamente acreditado, así como por su representante legal o persona de confianza.

De los resultados que arroje esta valoración, la autoridad migratoria establecerá las medidas de protección que mejor favorezcan la situación de la niña, niño o adolescente migrante no acompañado.

Si derivado de la valoración con base en el interés superior del menor, el personal del Instituto identifica que requiere protección internacional, estará obligado a notificar de inmediato a la Coordinación General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, que se encargará de determinar lo que más convenga al menor; de igual forma, si el menor pide el reconocimiento de la condición de refugiado, la misma Coordinación se pronunciará y decidirá si su pedimento es aceptado.

Pero, para el caso de que el menor no solicite el reconocimiento de refugiado, se notificará de inmediato al Consulado de su país de origen o de residencia para que éste lo represente legalmente durante el procedimiento administrativo migratorio<sup>39</sup>.

El Instituto canalizará de inmediato a los menores al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, donde se les deben otorgar las facilidades de estancia y los servicios de asistencia social que sean necesarios para su protección. Cuando no puedan ser canalizados al DIF, el Instituto podrá alojar a los menores migrantes extranjeros no acompañados en otras instituciones públicas o privadas, y para el caso de que ninguna de éstas pueda alojarlos se quedarán en la Estación Migratoria en la cual fue puesto a disposición al momento de ser detenido, designándoles un espacio distinto al de los adultos, procurando que su estancia sea lo menor posible.

En este contexto, las autoridades migratorias están obligadas a cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas en la materia, sin perder de vista que deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en pro de un debido proceso.

El artículo 70 de la Ley de Migración establece que durante el procedimiento administrativo migratorio, los migrantes tienen derecho al debido proceso que consiste en que dicho procedimiento sea substanciado por la autoridad competente; el derecho a ofrecer pruebas y a alegar lo que a su derecho convenga, a tener acceso al expediente administrativo; a contar con un traductor o intérprete y a que las resoluciones estén debidamente fundadas y motivadas.

---

<sup>39</sup> Art. 70 Ley de Migración que dispone: “Todo migrante tiene derecho a ser asistido o representado legalmente por la persona que designe durante el procedimiento administrativo migratorio. El Instituto podrá celebrar los convenios de colaboración que se requieran y establecerá facilidades para que las organizaciones de la sociedad civil ofrezcan servicios de asesoría y representación legal a los migrantes en situación migratoria irregular a quienes se les haya iniciado un procedimiento administrativo migratorio. Durante el procedimiento administrativo migratorio los migrantes tendrán derecho al debido proceso que consiste en que el procedimiento sea sustanciado por autoridad competente; el derecho a ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga, a tener acceso a las constancias del expediente administrativo migratorio; a contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, en caso de que no hable o no entienda el español y a que las resoluciones de la autoridad estén debidamente fundadas y motivadas”.

El procedimiento administrativo migratorio para los menores migrantes no acompañados es especial, pero ello no es impedimento para que las autoridades competentes respeten su derecho humano a un debido proceso.

En este sentido, la legislación migratoria<sup>40</sup> prevé que aquellos niños, niñas y adolescentes migrantes que no se encuentren acompañados deben ser canalizados de manera inmediata a los albergues del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, con el fin de que se les proporcione la atención adecuada mientras se resuelve su situación migratoria, pero contrario a ello, la primera respuesta por parte del DIF es que no existe espacio suficiente para recibir a los menores, o bien sólo recibe a aquellos niños menores de 12 años<sup>41</sup>. Y entonces surge la pregunta, ¿qué sucede con los menores de 13 a 17 años? Ante la negativa, la mayoría de menores migrantes no acompañados son recluidos en las Estaciones Migratorias, las cuales no cuentan con las condiciones y espacios necesarios para ser albergados, lo que trae como consecuencia que éstos tengan la idea de que se encuentran recluidos en una cárcel, esto a causa de la falta de información de las autoridades migratorias<sup>42</sup>.

Sin Fronteras en el monitoreo realizado en año 2013, señaló que en algunos Estados de la República Mexicana, como Aguascalientes, Michoacán, San Luis Potosí, Nuevo León y Tabasco, las autoridades migratorias, ante la negativa del DIF de recibir a los menores migrantes no acompañados, han intentado trasladar a los menores a otros Estados. En Hidalgo, el DIF no acepta a los menores migrantes mayores de 13 años, en Chiapas sólo se aceptan a los menores de 12 años, por lo que los menores de entre 13 y 17 años de edad deben permanecer en la estación migratoria<sup>43</sup>.

Cabe mencionar que el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) no cuenta con un reglamento que permita establecer de qué forma van a ser atendidos los menores que el Instituto Nacional de Migración les canalice, lo que hace más difícil que tengan derecho a un debido proceso.

Aunado a lo anterior, esta garantía se viola porque el Instituto no le proporciona al menor un representante, sin observar que debido a su calidad es indispensable que cuente con asistencia jurídica. Sin embargo, la realidad en nuestro país es que no existen tutores o abogados que brinden este servicio por parte del Instituto Nacional de Migración, y si bien el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia ofrece la asesoría legal, sólo es para aquellos casos en los que los menores hayan sufrido violación o sean víctimas de trata; por lo tanto, los menores migrantes no acompañados enfrentan solos su procedimiento, sin importar que a nivel normativo se señala que debe prevalecer el interés superior del menor.

---

<sup>40</sup> Art. 12 Ley de Migración.

<sup>41</sup> Entrevista a Mónica Orhler, Abogada de Sin Fronteras, Distrito Federal, julio de 2014, disponible en <https://readymag.com/animalpolitico/35262/>, consultada el 10 de agosto 2014.

<sup>42</sup> Entrevista realizada a Araceli Ávila, investigadora del Instituto para la Seguridad y Democracia (INSYDE), disponible en <https://readymag.com/animalpolitico/35262/>, julio 2014, consultado el 10 de agosto 2014.

<sup>43</sup> Cfr. "La ruta del encierro, situación de las personas detenidas en estaciones migratorias y estancias provisionales", *Sin Fronteras*, México, Mayo 2014, página 51, disponible en <http://sinfronteras.org.mx/attachments/informe-2014.pdf>, consultado el 17 de agosto de 2014.

La información derivada del monitoreo realizado a Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales por parte de *Sin Fronteras* denominado “La Ruta del Encierro”, evidencia que las violaciones más concurrentes a un debido proceso dentro de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales, con respecto a los menores que son sujetos a un procedimiento administrativo, son: el derecho a la información, a la representación legal, a contar con traductores e intérpretes y a la asistencia de todo tipo.

La ley en la materia señala que todo menor migrante no acompañado tiene derecho a la información a efecto de que tenga conocimiento de cuál es el procedimiento que se sigue en estos casos; los derechos con que cuenta, así como la forma de regular su estancia en el país; a estar representados por la persona que designe durante el procedimiento, etc. Además, cuando el caso así lo requiera, es fundamental que se le asista de un traductor que le permita saber y comunicarse con las autoridades migratorias. Lo anterior es necesario para que no sea violado su derecho a un debido proceso, pues al saber por qué se le está deteniendo, al poderse comunicar con la autoridad migratoria y al tener a un representante legal que lo asista, podrá tener la seguridad de que el procedimiento que se siga se substanciará conforme a derecho.

## 8. REFLEXIONES FINALES

La reforma constitucional de junio de 2011 modificó el sistema jurídico mexicano, el cual aún se encuentra en proceso de armonización.

Al abordar el tema de los derechos humanos, debe precisarse si se abordará en abstracto o en acción, ya que se trata de dos niveles diametralmente diferentes; a nivel normativo se perciben cambios significativos, todos orientados a la protección de los derechos humanos de todos y cada uno de los gobernados, en lo individual y en lo colectivo. Pero en la práctica las violaciones son recurrentes.

El interés superior del menor es un constructo realizado por adultos, interpretado por adultos y aplicado por adultos, lo cual se evidencia en casos como el de los migrantes menores no acompañados, cuando éstos son remitidos a las estaciones migratorias.

Todos los menores tienen el inalienable derecho a tener una familia y a desarrollarse al interior de la misma, pero lo cierto es que este derecho no aplica en los mismos términos para el caso de los migrantes menores no acompañados que viajan con el propósito de incorporarse al seno familiar, cuando sus padres se encuentran en un país distinto al que ellos habitan.

Las variables económicas inciden en las decisiones de los migrantes de abandonar sus países y buscar alternativas para mejorar sus condiciones de vida, lo cual lleva a la fragmentación de las familias.

El fenómeno de la migración de menores no acompañados es consecuencia, no causa de la problemática que se vive en las fronteras de países como México y Estados Unidos.

El derecho humano al debido proceso —con frecuencia— es vulnerado en la práctica al existir una ausencia de información y representación legal para el menor, además de que no se vela por el interés superior del niño al momento de ser canalizado a las Estancias Migratorias y Estancias Provisionales, y en atención al principio de interdependencia, al vulnerarse un derecho humano de los menores, también resultan vulnerados otros derechos humanos.



# LA PROTECCIÓN DEL MENOR NO ACOMPAÑADO Y LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO. ¿UNA RELACIÓN COMPATIBLE? REFLEXIÓN DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO ESPAÑOL \*

Francisco Manuel BARRERA LÓPEZ<sup>1</sup>

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA DIRECTIVA 2008/115/CE. UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD. 2.1. El alejamiento una expresión de orden público. 2.2. El interés del menor en la encrucijada del control, de las personas. 3. SOMBRAS DE LA PROTECCIÓN EN LA PRÁCTICA DEL DERECHO ESPAÑOL. 4. A MODO DE REFLEXIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

La inmigración, un fenómeno social que acompaña a la naturaleza humana desde sus orígenes, se ha convertido en los inicios del tercer milenio en el signo de los tiempos. Por mucho que se perciba mayoritariamente como “el gran problema del siglo XXI”, ante todo es una “situación de hecho estructural” que debe ser abordada con sentido de justicia<sup>2</sup>. Quizá estemos ante la realidad social que más decididamente

---

\* Este artículo apareció originalmente publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (13-14), 2010-2011, tercera época. Se reproduce con permiso del editor y del autor.

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Granada y Máster en Derecho de la Unión Europea.

<sup>2</sup> Sus implicaciones son significativas en todos los órdenes (social, económico, ético-político, cultural, jurídico, etc.). En la inmigración como cuestión social, no como problema político, insisten, por todos, J. GOYTISOLO y S. NAÏR, *El peaje de la vida: integración o rechazo de la emigración en España*, Madrid, Aguilar, 2001, p. 137; F. J. BLÁZQUEZ RUIZ, “Derechos humanos, inmigración, integración: propuestas y reflexiones desde el ámbito de la filosofía política y jurídica”, J. A. ZAMORA (coord.), *Ciudadanía, multiculturalidad e inmigración. Primeras Jornadas sobre ciudadanía, multiculturalidad e inmigración* organizadas por el Foro “Ignacio Ellacuría” Solidaridad y Cristianismo, Estella, 2003, p. 93; S. NAÏR, *Y vendrán... las migraciones en tiempos hostiles*, Barcelona, Bronce, 2006, p. 27.

transformará los elementos definitorios de las sociedades europeas a medio y largo plazo. En las sociedades del bienestar, el fenómeno de la inmigración adopta una fisonomía compleja y diferenciada con referencia a anteriores estadios históricos<sup>3</sup>. Indudablemente, en todo proceso de movilidad humana, la motivación que un ser humano tiene para emprender el difícil y desalentador camino del desarraigo de su comunidad de origen no resulta tan evidente como pueda parecer en un principio, entremezclándose circunstancias que trascienden las puras razones materiales<sup>4</sup>.

Como indica S. Castles, “la migración no es un simple acto de cruce de fronteras, es un proceso largo que afecta a aspectos de la existencia del inmigrante [...] y esa noción debería ser considerada como un principio epistemológico básico, punto de partida para cualquier estudio de la migración [...]”<sup>5</sup>. Junto a las causas económicas estructurales, que siguen siendo determinantes, hay otras para emprender una ruta que tiene fecha de salida pero que no tiene término de caducidad<sup>6</sup>.

Sin entrar a valorar, por exceder el ámbito material de este artículo, las diversas y complejas causas que incentiva a un ser humano a emprender la huida legítima hacia una vida mejor, queremos plantear como hipótesis de partida que el extranjero inmigrante es prisionero del poder de admisión de los Estados de destino<sup>7</sup>. F. C. Nieto Gar-

---

<sup>3</sup> Un análisis del modo en que los procesos de integración global y transformación social están cambiando las condiciones y la política de la inmigración en estos inicios de siglo en S. CASTLES, “Globalización e inmigración”, en G. AUBARELL y R. ZAPATA BARRERO (edit.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, Icaria, 2004, p. 33 y ss.; vid. también E. SANTAMARÍA LORENZO, “Imaginación sociológica y migraciones transnacionales”, F. J. GARCÍA CASTAÑO y C. MURIEL LÓPEZ, (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, Laboratorio de Estudios Interculturales, 2002, p. 378.

<sup>4</sup> Un estudio detallado de las distintas teorías sociológicas explicativas de las migraciones en A. M. LÓPEZ SALA, *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Barcelona, Anthropos, 2005; J. F. HOLLIFIELD, “The politics of international migration. How can we ‘bring the State back in’?” C. B. Bretell y J. F. Hollifield (edit.), *Migration Theory, Talking across disciplines*, Nueva York, Londres, Routledge, 2000, pp. 165-173; P. A. FISCHER, R. MARTIN y T. STRAUBHAAR, “Should I stay or should I go?”, T. Hammar, ...[et al.] (edit.), *International migration, immobility and development. Multidisciplinary perspectives*, Oxford-Nueva York, Berg, 1997, pp. 49-90. En el plano empírico, la encuesta nacional de inmigrantes de 2007 (la más reciente publicada) elaborada por el INE recoge un muestreo interesante de porcentajes, entre ellos el sector de actividad en el país de partida; recurso electrónico disponible en <http://www.ine.es/prodyser/pubweb/eni07/eni07.pdf>.

<sup>5</sup> *Ethnicity and globalization. From migrant worker to transnational citizen*, Londres-Nueva Delhi-Thousand Oaks, SAGE, 2000, p. 16.

<sup>6</sup> Entre ellas, A. MIQUEL NOVAJRA, incluye la interiorización de valores generados en los sistemas de los países centrales, con especial impacto de la imagen que lanzan los *mass media* en destino. En un ejercicio de autoafirmación, el inmigrante también piensa que tiene derecho a disfrutar de las ventajas, el derecho a recuperar lo que le quitaron, a conseguir lo que le niegan. “La negación de la ciudadanía: movimientos migratorios y extranjería”, B. Riutort, (coord.), *Indagaciones sobre la ciudadanía. Transformaciones en la era global*, Barcelona, Icaria, 2007, p. 273.

<sup>7</sup> A efectos de nuestro estudio, la denominación de extranjero inmigrante es trasunto de la calificación jurídica de “nacional de tercer país” que contiene el Derecho comunitario. Es decir, según dispone el art. 2.5 del Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de per-

cía lo expresa con una precisa afirmación: “hemos de evitar que la cultura de la frontera domine sobre la cultura de los derechos humanos”<sup>8</sup>. La calificación como extranjero inmigrante, más allá de su naturaleza jurídica, es una admonición que acompañará a toda persona “admitida” en el Estado de destino.

Más incisiva es aún la calificación de los extranjeros inmigrantes en situación irregular denominados eufemísticamente “sin papeles”, personas que permanecen en territorio de la Unión sin ningún tipo de autorización y que constituyen más que una situación jurídica, una cuestión de orden ético-moral en los inicios del tercer milenio<sup>9</sup>. Lo que está en entredicho, siguiendo a M.C. Nussbaum, son los tres hechos básicos que comprenden la inteligencia moral: la dignidad del ser humano como ser ético, la sociabilidad humana y las múltiples necesidades humanas<sup>10</sup>. Como subraya G. Bello Reguera, “la ilegalidad migratoria es una construcción política”<sup>11</sup>. En este sentido, la figura del inmigrante irregular se contrapone tanto al nacional como al extranjero inmigrante en situación legal, lo que determina un punto de partida conceptual deficiente siguiendo a A. del Valle Gálvez<sup>12</sup>.

---

sonas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DOUE L 105, de 13 de abril de 2006), los nacionales que no sean ciudadanos de la Unión, nacionales de terceros países miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que ejerzan su derecho a circular libremente y a los que se aplique la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOUE L 158, de 30 de abril) y los nacionales de terceros países y los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad que, en virtud de acuerdos celebrados entre la Comunidad y sus Estados miembros, por una parte, y dichos terceros países, por otra, gocen de derechos en materia de libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la Unión (nacionales de los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo y de Suiza y sus familiares). En todo caso, los familiares nacionales de terceros países que tengan alguna de las vinculaciones indicadas anteriormente son titulares del derecho a la libre circulación y residencia de forma derivada. Más específicamente, con la expresión “extranjero en situación irregular” se hará referencia a los nacionales de terceros países no beneficiarios del derecho comunitario de libre circulación y residencia que permanecen en alguno de los Estados miembros de la Unión sin cumplir los requisitos establecidos en la legislación interna de extranjería, con independencia de que la irregularidad administrativa sea originaria o sobrevenida.

<sup>8</sup> “Menores y extranjeros: un solo marco jurídico”, en F. PANTOJA GARCÍA y L. C. NIETO GARCÍA (dir.), *Los derechos de los menores extranjeros*, Estudios de Derecho Judicial, 104, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 13.

<sup>9</sup> En esta expresión se destaca y condensa el espíritu presente de las políticas de extranjería en el contexto de la Unión. La carencia de la autorización administrativa de entrada y permanencia es el núcleo de la división del ejercicio de los derechos de los extranjeros inmigrantes. El intérprete constitucional español ha censurado esta división, aunque no respecto a todos los derechos (STC 236/2007, de 7 de noviembre). ¿Dónde queda el referente moral de la persona, la dignidad? Considerando la dirección seguida por la política oficial de inmigración, se pregunta F.J. BLÁZQUEZ RUIZ si habrá que comenzar a llamarlos *sin estatus*. “Derechos humanos, inmigración, integración: propuestas y reflexiones desde el ámbito de la filosofía política y jurídica”, *op. cit.*, p. 125.

<sup>10</sup> En *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, Paidós, 2006, pp. 273-274.

<sup>11</sup> La emigración y la periferia moral europea”, *Claves de Razón Práctica*, 185, 2008, p. 20.

<sup>12</sup> El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular” en A., del VALLE GÁLVEZ, y M., Á., ACOSTA SÁNCHEZ (edit.), *Inmigración irregular y Derecho. VIII jornadas autonómicas de*

En materia de extranjería, con carácter general, convergen dos cuestiones que expresan de modo nítido la complejidad y tensión dialéctica que le da a este sector jurídico su naturaleza singular: la admisión y los derechos. El extranjero inmigrante, en líneas generales, es víctima de un sistema jurídico que como mínimo debe calificarse de especial. Esta singularidad aparece legitimada por el derecho de admisión de los Estados, la potestad soberana para decidir el quién, el cómo y el cuándo del acceso legal a su espacio jurisdiccional. En puridad, en palabras de P. García Álvarez, la nación es un factor determinante de discriminación, en cuanto la diferencia de trato se deba simplemente a que la persona afectada sea un extranjero<sup>13</sup>. En el plano jurídico, el derecho de admisión se expresa mediante el control de ejercicio de la libertad de circulación y residencia. Los textos constitucionales, entre ellos el español, y el ordenamiento comunitario no es una excepción a pesar de la carencia de una norma constitucional, dan buena cuenta de los distintos efectos legales derivados del grado de atribución jurídica de la libertad de circulación y residencia. La cesura entre titularidad y ejercicio del derecho de libre circulación es ese punto de no retorno donde el derecho de admisión encuentra su justificación y donde los derechos encuentran un límite que atiende a razones de nacionalidad<sup>14</sup>.

En este contexto, el extranjero menor de edad que accede al territorio de la Unión no deja de ser, por sus especiales circunstancias, un extranjero y, para el legislador comunitario, una persona en situación irregular<sup>15</sup>. La relación entre la minoridad de edad

---

*Derecho internacional humanitario*, Cádiz, 2005, Serie de estudios internacionales y europeos de Cádiz. Servicio de Publicaciones de la Universidad, pp. 140-141.

<sup>13</sup> En *El Derecho Penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Valencia, Tirant monografías, 2004, p. 66.

<sup>14</sup> El Tribunal Constitucional español certifica la titularidad de los derechos fundamentales establecidos en el art. 19 CE por los extranjeros, siempre que sean reconocidos en los tratados o en la ley [por todas, STC 116/1993, de 29 de marzo (FJ2); STC 86/1996, de 21 de marzo (FJ2); STC 24/2000, de 31 de enero (FJ4); STC 161/2001, de 16 de julio (FJ4)]. El problema no son sólo los términos de reconocimiento de la titularidad sino, lo más importante, las condiciones de su disfrute que corresponden al legislador. Véase STC 53/2002, de 27 de febrero (FJ4). En la doctrina científica, por todos, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, "Artículo 5. Derecho a la libertad de circulación", C. Esplugues Mota (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 127; J. J. GONZÁLEZ RIVAS, *Extranjería y circulación de personas*, Granada, Comares, 1995, pp. 2-3.

<sup>15</sup> Los menores extranjeros que acceden al territorio español son en puridad inicialmente extranjeros en situación administrativa de irregularidad, si bien la determinación de la minoridad de edad y la verificación del no acompañamiento por parte de la persona o personas que ostenten la representación legal sobre los mismos activa el mecanismo de la tutela en amparo y revierte *ope legis* su inicial situación de irregularidad. Esta regla interna diferencia a los menores extranjeros según estén o no "desamparados" jurídicamente. La norma comunitaria, como pondremos de relieve, no hace distinciones considerándolos a todos como nacionales de tercer país en situación irregular. Por razones de índole material, aún siendo objeto de interés para futuras investigaciones, dejamos fuera de nuestro comentario a los menores no acompañados que solicitan el asilo en alguno de los Estados miembros de la Unión, a los refugiados, desplazados y a los que son objeto de protección humanitaria, dadas sus especialidades jurídicas. Su escaso número no obsta que sea un campo de investigación por explorar. Tampoco abordaremos, de forma singular, las especialidades que la legislación penal de menores introduce en los casos en que el menor no acompañado incurra en la comisión de hechos delictivos

y la política de extranjería es compleja<sup>16</sup>. La calificación jurídica de “no acompañado” del menor extranjero, lejos de minimizar esa intrincada relación la complica<sup>17</sup>. Cuando se habla de los menores extranjeros no acompañados, en palabras de S. Monteros Obelar, más bien “hablamos de un fenómeno que cuestiona los sistemas de protección del menor, y sus capacidades para hacer prevalecer el derecho superior del niño y para flexibilizarse y adaptarse a nuevas cuestiones sociales”, en definitiva como concluye la autora, “un fenómeno no por su número (irrelevante en comparación con otras migraciones), sino por el hecho de que con su sola presencia pone en entredicho los límites del derecho”<sup>18</sup>.

Los Estados de destino, acogiéndose a la pura lógica del pragmatismo, se resisten a limitar la condición de extranjero del menor. En materia de extranjería, el orden del soberano, la “ley del más fuerte”, mediatiza principios declarados de forma universal y, el principio de protección del interés del menor, aun siendo respetado, no permanece

---

<sup>16</sup> El interés del menor y la política de extranjería responden a intereses contrapuestos. *Cfr.*, por todos, a A. LÓPEZ AZCONA, “El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 17, 2008, p. 134; M. D. ADAM MUÑOZ, “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 20, 2009, p. 18.

<sup>17</sup> En el ámbito del Derecho de la Unión, resulta de obligada referencia la definición del término “menor extranjero no acompañado” contenida en la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países (97/C221/03 DO C 221 de 19 de julio de 1997), que incide en: a) el desplazamiento físico al territorio de cualquiera de los Estados miembros; b) la determinación del requisito de edad (menores de dieciocho años); c) la aplicación subjetiva a los nacionales de terceros países (excluyendo a los nacionales de Estados miembros o asimilados) y d) la situación material de desamparo o desprotección, producida con independencia de que la separación de sus cuidadores legales sea originaria o sobrevenida en destino. Esta definición ha sido reproducida en Directivas posteriores. La Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de 16 de diciembre de 2008 (DOUE L 348, de 24 de diciembre), adopta el término en varias disposiciones de su articulado, aunque es cierto que sin mayor especificación. El Derecho español, ajeno también a asumir una definición al respecto (ni la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, operada mediante la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, publicada en BOE núm. 299, de 12 de diciembre, ni el anterior Reglamento la contienen), ha dado un giro radical tras la aprobación del RD 557/2011, de 20 de abril (BOE núm. 103, de 30 de abril). En concreto, considera “menor extranjero no acompañado” al “extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación” (art. 189).

<sup>18</sup> “De menores a sujetos: los menores no acompañados como agentes de su proceso migratorio”, en *Buenas prácticas en la inclusión social. Catálogo de buenas prácticas para la inclusión* (2006), Cruz Roja Española, p. 51; recurso electrónico disponible en [http://practicasinclusion.org/media/0504\\_Men\\_Agent\\_Proc\\_Mig.pdf](http://practicasinclusion.org/media/0504_Men_Agent_Proc_Mig.pdf). Un completo informe sociológico comparativo relativo a la situación del menor inmigrante no acompañado en la Unión, elaborado por la Fundación Pere Tarrés, de marzo de 2005, puede consultarse en <http://www.peretarres.org/daphneconred/estudi/informe/pdf/informe.pdf>.

inmune al poder de regulación de los flujos migratorios de los Estados<sup>19</sup>. Partiendo de esta premisa, puede empezar a comprenderse que la política de alejamiento de los extranjeros menores no acompañados no sea del todo ajena a la pretensión de limitar la inmigración no deseada, y todo ello a pesar de la condición de especial vulnerabilidad de estas personas<sup>20</sup>.

Los mecanismos jurídicos que se despliegan en la gestión de esta política requieren preguntarnos por una serie de cuestiones que, sin perjuicio de su naturaleza jurídica, tienen efectos en la dignidad del menor. ¿Qué grado de compatibilidad existe entre la defensa del interés del menor y la legítima facultad de los Estados de regular los flujos migratorios? ¿Qué justifica que el legislador comunitario permita a los Estados miembros la aplicación al menor no acompañado de medidas preventivas como la reclusión cautelar en centros de internamiento? Si el principio de salvaguarda del menor es universal ¿Por qué se discrimina entre menores en función de su condición o no de beneficiarios del derecho comunitario a la libre circulación? ¿Qué tipo de garantías jurídicas se adoptan para realizar un seguimiento efectivo de las condiciones de readmisión en origen? Estas y otras muchas cuestiones inciden, en último término en el núcleo de los derechos humanos: el derecho a una vida digna.

La política normativa comunitaria de alejamiento de los extranjeros menores no acompañados puede facilitarnos algunas respuestas a los interrogantes que planteamos. El ordenamiento comunitario ha establecido unas reglas de mínimos relativas al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular<sup>21</sup>. Sus disposiciones resultan, de forma incomprensible, aplicables a los menores extranjeros no acompañados sin incluir especialidad alguna apreciable por su singular condición<sup>22</sup>.

El interés superior del menor es el valor fundamental a proteger, intervenga o no el elemento personal de la condición de extranjero, precisamente porque la primacía del interés del menor impide un régimen tuitivo condicionado en razón de la nacionalidad. Sin embargo, resulta complejo discernir en muchas ocasiones dónde empieza y acaba el sempiterno orden público presente en la política migratoria y, por ende, el alcance de la relación entre los dos intereses en juego. ¿Por qué entonces las normas de la Unión no contemplan un régimen de alejamiento de los menores extranjeros no acompañados a los que resulta de aplicación el régimen comunitario de libre circulación?<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Las garantías de los derechos, por un lado, y la coerción que informa a la política normativa de extranjería, por otro, no son precisamente fieles aliados.

<sup>20</sup> La organización no gubernamental Save the Children, en su “Posicionamiento” relativo a los menores extranjeros no acompañados subraya que el fenómeno de los menores extranjeros no acompañados en sí se enmarca dentro del contexto europeo de inmigración y de la idea de rechazo que preside muchas de las medidas o iniciativas surgidas en Europa; recurso electrónico disponible en [http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/246/Posicionamiento\\_Menas.pdf](http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/246/Posicionamiento_Menas.pdf).

<sup>21</sup> Reglas jurídicas contenidas en la mencionada Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>22</sup> No obstante, al tratarse de una norma de mínimos, permite una legislación más favorable por parte de los Estados, por lo que nos encontramos con diferentes regulaciones jurídicas nacionales que son de aplicación a estas personas en distinto grado de intensidad.

<sup>23</sup> La Directiva 2004/38/CE no distingue entre menores. De las escasas ocasiones en que los menciona es para disponer que no se adopte contra el menor una medida de expulsión, salvo si

Desde nuestro punto de vista, la condición de “extranjero” del menor, y más concretamente de “no beneficiario del derecho comunitario de libre circulación”, refrenda la lógica del control de personas, imprimiendo una connotación securitaria en el régimen de alejamiento de estas personas que difícilmente es compatible con la protección del interés del menor<sup>24</sup>. La compatibilidad entre ser menor y extranjero, no cuestionada por los Derechos comunitario y español, es una “hipoteca” que impide hablar del imperativo jurídico y ético que es la igual protección de los menores<sup>25</sup>.

En este contexto, en las páginas que siguen aportaremos algunas claves explicativas de la compleja relación entre el interés del menor extranjero no acompañado y la lógica del orden público que informa la legislación de extranjería, especialmente en materia de alejamiento, en los niveles comunitario y español. Se pondrá de relieve cómo el condicionante de la lógica de extranjería está más presente en el Derecho de la Unión que en el Derecho español, hasta el punto de que deja de hecho sin efecto la primacía de la protección del menor en determinados aspectos. A nivel interno, incidiremos en algunas de las prácticas administrativas de los últimos años que introducen elementos sombríos en una legislación correcta técnicamente en la defensa de los derechos del menor y que, desde nuestro punto de vista, son actos reflejos del condicionamiento de la protección del menor por la política de control de las personas extranjeras. Subrayaremos las sugerencias de mejora de estas prácticas formuladas por instituciones, nada sospechosas, como los Defensores del Pueblo, y nuestras propuestas al respecto.

Somos conscientes de que en este proceso de reflexión, como en cualquier otra indagación científica, proponer respuestas o soluciones definitivas y categóricas a una cuestión tan compleja como ésta sería un ejercicio irresponsable pero, al menos, nuestro modesto objetivo puede darse por satisfecho si logramos que la conciencia crítica no se aletargue ante el riesgo de asimilación entre interés del menor y política de extranjería, en un mundo en el que asistimos a la restauración *sui generis* de la ciudadanía como privilegio.

---

ésta es necesaria en interés del niño (art. 28.3.b). En todo caso, en la parte preliminar de la Directiva se especifica que la adopción excepcional de una medida de expulsión del menor tendrá como objeto la salvaguarda de sus relaciones familiares (considerando 24), lo que de por sí ya representa un motivo de diferenciación de trato en función de la nacionalidad, comparado con preceptos como el art. 10.2 *in fine* Directiva 2008/115/CE que permite la entrega del menor no acompañado a un servicio de menores en origen.

<sup>24</sup> Más gravosa es aún la situación del menor extranjero que no puede ser declarado en desamparo jurídico. Y es que la frontera entre la lógica de la protección de los menores sin discriminaciones por razón de la nacionalidad, sancionada a nivel internacional no olvidemos, y la lógica de orden público del control de flujos de personas inmigrantes es fácil de traspasar.

<sup>25</sup> No olvidemos que los menores no acompañados se encuentran en una situación especial de desprotección por la no asistencia de las personas que tienen atribuida legalmente su tutela.

## 2. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA DIRECTIVA 2008/115/CE. UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD

### 2.1. *El alejamiento, una expresión de orden público*

La relación entre la “reserva” de admisión de los Estados, como potestad de orden público, y el derecho que asiste a toda persona a elegir la sociedad en la que quiere desarrollar su proyecto vital, es una de las tensiones constitutivas de la realidad social contemporánea. Las reflexiones en torno al derecho de entrada, como apunta A. López Sala, aluden, en última instancia, a la existencia de un litigio entre el concepto de libertad y el de comunidad<sup>26</sup>. O, como advierte S. Sassen, la tensión entre protección de derechos humanos y protección de la soberanía se origina en el conflicto entre la autoridad para controlar la entrada en el país y la obligación de proteger a aquellos que se encuentran en su territorio<sup>27</sup>. Desde nuestro punto de vista, estamos en presencia de uno de los dilemas fundamentales del inicio del milenio, sobre todo porque sus repercusiones trascienden el simple marco jurídico.

El tratamiento normativo de un fenómeno tan complejo como la inmigración no puede ser más preciso. En líneas generales, la inmigración es, ante todo, una cuestión de orden público. Los derechos de los extranjeros importan pero en su justo término, es decir son circunstanciales en la medida en que no pueden afectar la naturaleza securitaria de la política normativa de gestión de los flujos de personas foráneas. La presencia de esta lógica, aunque sea latente en muchas ocasiones, dificulta la “mayoría de edad” de los derechos de toda persona que entra dentro del ámbito subjetivo de aplicación de unas normas jurídicas dictadas en razón de su origen nacional.

El sueño europeo de la libre circulación de personas y el anhelado objetivo de la eliminación de fronteras físicas y simbólicas se ha construido sobre la diferenciación jurídica y la exclusión social<sup>28</sup>. El orden comunitario gira en torno a la *exclusividad* de la libertad de circulación, un privilegio al que son llamados pocos de los nacionales de terceros países (en concreto, sólo los que acrediten determinados lazos familiares con algunos de los nacionales comunitarios o asimilados a éstos). Como pone de relieve E. Pérez Vera, “la interpretación extensiva de los derechos de los nacionales comunitarios ha conducido al reconocimiento de ciertos derechos a nacionales de terceros países, vinculados con aquellos por una relación de parentesco [...], un reconocimiento que se produce como complemento del derecho de un nacional comunitario”<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> “Los retos políticos de la inmigración”, F. J. GARCÍA CASTAÑO y C. MURIEL LÓPEZ (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, Laboratorio de Estudios Interculturales, 2002, p. 519.

<sup>27</sup> *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Barcelona, Bellaterra, p. 73.

<sup>28</sup> La exclusión traspasa cualquier frontera física y moral. Como apunta J. ARANGO VILLA-BELDA, el hecho de que los inmigrantes nutran las filas de la exclusión social no es privativo de la sociedad española. “Europa, ¿una sociedad multicultural en el siglo XXI?: el caso de España”, *Papeles de economía española*, 98, 2003 (Ejemplar dedicado a: Inmigración en España), p. 13.

<sup>29</sup> “El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”, *Revista de instituciones europeas*, 2, 1993, pp. 479-480.

El espacio privilegiado denominado Unión Europea se ha realizado transponiendo en el nivel supranacional los mismos ideales que pergeñan el poder de reserva interno. La institucionalización de la cultura del control como ideal regulador de la política comunitaria de inmigración en general, y de alejamiento de los nacionales de terceros países en situación irregular en particular, es una transposición, con sus posibles matices, del derecho de admisión de los Estados miembros. A. Chueca Sancho lo expresa rotundamente al afirmar que “la UE y sus Estados miembros continúan enfocando la inmigración no como una cuestión centrada en los Derechos Humanos sino como una inmigración económica, cuyo eje son las decisiones de interior”<sup>30</sup>. La gran paradoja de la construcción de la Unión es que el desarrollo de la libertad de circulación se ha detenido en ella misma sin hacer partícipes de la misma a todos cuantos habitan en el espacio europeo común.

En este contexto, desde nuestro punto de vista, el instrumento reactivo del alejamiento se configura como un mecanismo de protección de una Europa que distinga entre ciudadanos y no ciudadanos bajo la excusa perfecta de la preservación de la seguridad<sup>31</sup>. El alejamiento, como mecanismo de cierre de la política migratoria, actúa en la práctica como recurso de salvaguarda de la Europa fortaleza, esa Europa que blinda su frontera exterior pero que paradójicamente necesita de los inmigrantes. En este paradigma, ¿cuál es la relación entre un bien jurídico como la protección del menor y una acción compulsiva como el alejamiento?

## 2.2. *El interés del menor en la encrucijada del control de las personas*

La situación de partida no admite lugar a dudas. La primacía del interés del menor, bien jurídico de naturaleza universal, está por encima de cualquier consideración de orden público<sup>32</sup>. Por ello, la salida del territorio de la Unión de un menor extranjero no

---

<sup>30</sup> “Ius migrandi y el derecho humano al desarrollo”, *Eikasía. Revista de Filosofía*, 8, 2007, p. 206, recurso electrónico disponible en <http://www.revistadefilosofia.com/11angelchueca.pdf>.

<sup>31</sup> La necesidad de desarrollar un compromiso y establecer una política europea común de inmigración que aparece como el gran objetivo de la UE. [véase, por todas, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, una política común de inmigración, COM (2007) 780 final, de 5 de diciembre (apartado 3)], tiene que acompañarse, desde nuestro punto de vista, por un ejercicio reflexivo del significado decisivo de la nacionalidad en el ejercicio de derechos en la Unión.

<sup>32</sup> Ateniéndonos sólo a las normas internacionales en razón de la materia, sin perjuicio de los instrumentos generales de protección de los derechos humanos, hay que hacer mención de la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencias de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, ratificado por el Estado español mediante Instrumento de 29 de abril de 1987 (BOE núm. 199, de 20 de agosto de 1987), la Convención de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), ratificada por el Estado español mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 diciembre 1990), el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño aprobado por el Consejo de Europa el 25 de enero de 1996 (no ratificado por España; *vid.* recurso electrónico disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=160&CM=8&DF=&CL=ENG>). Un breve comentario de las normas de Derecho

acompañado sólo puede realizarse si ese interés se halla suficientemente garantizado en origen. Es más, la situación de desamparo legal del menor no acompañado añade un plus al ser radicalmente incompatible con cualquier acción de índole coercitiva<sup>33</sup>. Partiendo de estas premisas, ¿por qué sigue regulándose, por ejemplo, la política de repatriación de menores no acompañados como una componente, por muy especial que sea, de la legislación de extranjería? La compatibilidad de la condición de “menor no acompañado” y “extranjero” nos resulta difícilmente comprensible si la proyección compulsiva presente en la política de extranjería “neutraliza” en cierto modo el superior interés del menor. Como subraya M. Jiménez Álvarez, la especificidad del colectivo de menores no acompañados provoca un choque jurídico por su doble condición de emigrantes y menores de edad, dos lógicas que se contradicen, una que los protege y otra que los excluye<sup>34</sup>.

La extranjería y el interés superior del menor son difíciles aliados. La política de alejamiento del menor no acompañado, en cualquier caso, ha de ser un instrumento al servicio del interés del menor y no a la inversa<sup>35</sup>. La repatriación no puede ser un fin en sí mismo<sup>36</sup>. En el plano jurídico comunitario, la legislación de alejamiento de los inmigrantes en situación irregular, y los menores no acompañados así son calificados, ha optado por tasar el mínimo regulador en un nivel tan bajo que cuanto menos con-

---

internacional público y la protección de menores, por todos, en C. GORTÁZAR ROTAECHE, M. I. ÁLVAREZ VÉLEZ y F. ALCÓN YUSTAS, C. MARTÍNEZ GARCÍA, “El Derecho internacional público y la protección de los menores”, I. Lázaro González (coord.), *Los menores en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 66-80.

<sup>33</sup> Si el interés del menor es un principio jurídico que protege la especial situación de vulnerabilidad de la persona que no ha alcanzado la mayoría de edad, el desamparo añade un plus de exigencias jurídicas en orden a garantizar que su desarrollo socio-emocional no se vea interferido por la circunstancia específica derivada de la separación del círculo familiar, sea voluntario u obligado, y que se le asegure la asistencia moral y material adecuada a sus necesidades.

<sup>34</sup> Los menores no acompañados de origen marroquí”, B. LÓPEZ GARCÍA y M. BERRIANE (dir.), *Atlas de la Inmigración marroquí en España*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2004; recurso electrónico disponible en <http://www.uam.es/otroscentros/TEIM/Observainmigra/Atlas%202004/08%20Multiculturalismo/menores%20no%20acompanados.pdf>., p. 422.

<sup>35</sup> La tutela y asistencia jurídica, la integración, la reagrupación familiar, etc. son cuestiones que exigen que se priorice “la consideración de menor sobre la consideración de extranjero”. Recordemos que la Convención sobre los Derechos del Niño no contempla esa asimilación. Al respecto, puede consultarse el informe del CGAE y UNICEF España “Ni ilegales ni invisibles. Realidad social y jurídica de los menores extranjeros en España” (2009); recurso electrónico disponible en [http://www.unicef.es/contenidos/1002/informe\\_infancia\\_inmigrante\\_UNICEF\\_CGAE\\_2009.pdf](http://www.unicef.es/contenidos/1002/informe_infancia_inmigrante_UNICEF_CGAE_2009.pdf).

<sup>36</sup> Estamos afirmando que la política de extranjería debe interferir lo menos posible en materia de repatriación de menores no acompañados por muy extranjeros que sean, dada la especialísima vulnerabilidad de este colectivo de personas en las que concurre la triple condición de extranjero, menor y no acompañado. En sentido análogo, puede consultarse el documento “Interés superior del menor y retorno de los menores no acompañados a su país de origen”, contenido en las // *Jornadas sobre políticas migratorias, justicia y ciudadanía*, organizadas por el Instituto de Filosofía del CSIC, p. 4.

vierte en dubitativa la proyección práctica del régimen que contiene<sup>37</sup> excesivo para el interés del menor<sup>38</sup>.

La aprobación de la Directiva 2008/115/CE, comúnmente denominada de “retorno”, pero también calificada con el apelativo despectivo de la “vergüenza”, representa el punto y seguido en la inflexión de la política de lucha contra la inmigración de carácter irregular. Dejando a salvo sus ventajas, como el establecimiento de una política de alejamiento común de mínimos ante las diversas respuestas ofrecidas por los Estados miembros hasta ahora, nos interesa valorar su escueta regulación sobre la protección de los menores<sup>39</sup>. Hay claroscuros en la norma, circunstancia que resulta más reprochable cuando de menores se trata<sup>40</sup>. Desde nuestro punto de vista, las sombras que

---

<sup>37</sup> El Dictamen del Comité de las Regiones “Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia” (2007/C 146/08), DOUE C 146, de 30 de junio de 2007, es expresivo al lamentar que no se preste una mayor atención a la situación de los menores no acompañados (observación 1.1.1). Como afirma Simone Troller, investigadora de la División de Derechos del Niño de Human Rights Watch, en su artículo titulado “In the Migration Trap: Unaccompanied Migrant Children in Europe” (2010) “la UE debe proceder con cautela y asegurarse de que, antes de adoptar un plan de acción, dedique un tiempo a entender las complejidades de la migración infantil e informarse partiendo de las investigaciones imparciales existentes y, si fuera necesario, adicionales”; recurso electrónico disponible en <http://www.hrw.org/es/world-report-2010/>. ¿Serán suficientes las previsiones contenidas en el plan de acción sobre menores no acompañados aprobado en 2010? ¿Estamos ante el punto de partida de un proceso a largo plazo, que depende del apoyo y el trabajo de todos (las instituciones y los organismos de la UE, los Estados miembros, los terceros países y la sociedad civil)?

<sup>38</sup> En este artículo haremos referencia a algunas de las “malas prácticas” que ratifican esta afirmación.

<sup>39</sup> El plazo para la transposición de la Directiva finalizó el 24 de diciembre de 2010. La relación de medidas nacionales de transposición puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu>. En última instancia, como recuerda D. MOYA MALAPEIRA, van a ser las disposiciones nacionales de transposición de la Directiva las que acabarán de perfilar el puzzle actual en materia de alejamiento de extranjeros y habrá que esperar a la finalización de ese puzzle para comprobar si, efectivamente, la Directiva va a incidir realmente en una reestructuración y racionalización del sistema de control migratorio, en aras de un mecanismo de retorno más integrado, más selectivo, más garantista, y en definitiva, más eficiente. “La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, 10, 2008, pp. 162-163. De todas formas la regulación común favorecerá la homologación entre los Estados miembros de las medidas de alejamiento nacionales favoreciendo su directa aplicación por otros Estados miembros, sin necesidad de procedimiento alguno de mutuo reconocimiento. También es cierto que el equilibrio de mínimos que se ha logrado puede suponer la disminución de los estándares de protección que en la materia habían alcanzado algunos Estados miembros (no es el caso del Derecho español).

<sup>40</sup> Amnistía Internacional se hace eco de la insuficiencia de las garantías que contiene respecto a los menores no acompañados, “Unión Europea: Directiva del retorno... o de la vergüenza”, *Revista sobre derechos humanos*, 92, 2008, p. 27. En la doctrina, en sentido análogo, por todos, M.D. ADAM MUÑOZ, “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, *op. cit.* pp. 44-45. El Consejo de Ministros de Justicia e Interior, de 3 de junio de 2010, invitaba a la Comisión a evaluar si la legislación de la UE sobre los menores no acompañados les ofrece protección suficiente a fin de garantizar unos niveles adecuados de recepción y de garantías procedimentales (apartado 11).

presenta la regulación comunitaria no son del todo ajenas a la lógica del pragmatismo que informa la política de extranjería<sup>41</sup>.

En primer lugar, consideramos que la ubicación sistemática del régimen jurídico de alejamiento de los menores no acompañados en una norma prevista expresamente para el alejamiento de los nacionales de terceros países en situación irregular en territorio de alguno de los Estados miembros de la Unión ha implicado un retroceso, una oportunidad perdida en la defensa de la primacía del interés del menor sobre las consideraciones de orden público presentes en las reglas de extranjería<sup>42</sup>. La Unión parece olvidar que los menores no acompañados, antes que extranjeros, son menores en circunstancias muy difíciles, que han abandonado, por los motivos que sean, su realidad familiar y que no pueden ser tratados en el marco común de la política comunitaria de inmigración<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> No resulta extraño, en este contexto, que se produzcan sucesivas reformas de la legislación, como es el caso de la española, pues la eficacia de toda idea pragmática radica en su capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias. Y claro está, el utilitarismo impulsa medidas como la propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, de 23 de octubre de 2007, COM (2007) 637 final, disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/legislacion/LexUriServALTA.pdf>. El Pacto Europeo de inmigración y asilo acoge esta idea de incrementar la atracción hacia la Unión de los trabajadores altamente cualificados (punto 5); disponible en <http://www.statewatch.org/news/2008/oct/eu-european-pact-imm-asyl-13440-08.pdf>.

<sup>42</sup> *Cfr.* la preocupación contenida en la carta, de fecha 11 de junio de 2008, elevada por “Save the Children” al Parlamento Europeo en relación con la hipotética aplicación al menor de la disposición contenida en el actual art. 2.a) Directiva 2008/115/CE; recurso electrónico disponible en [http://www.separated-children-europeprogramme.org/separated\\_children/publications/reports/index.html](http://www.separated-children-europeprogramme.org/separated_children/publications/reports/index.html). Un resumen de las recomendaciones relativas a la acción de la Unión en materia de menores no acompañados y separados de terceros países, de fecha 15 de septiembre de 2009, en la que han participado diversas organizaciones como “Unicef”, “Human Rights Watch”, “Save the Children”, etc. está disponible en [http://www.savethechildren.net/sepgrated\\_children/publications/reports/General\\_Recommendations\\_on\\_Separated\\_Children\\_in\\_EU\\_policy.pdf](http://www.savethechildren.net/sepgrated_children/publications/reports/General_Recommendations_on_Separated_Children_in_EU_policy.pdf).

<sup>43</sup> ¿Qué nivel de voluntad de abordar conjuntamente el tratamiento específico del fenómeno de los menores de extranjeros no acompañados existe entre los Estados miembros? El Gobierno español indicaba, en enero de 2010, que una de sus prioridades en la Presidencia semestral era “reforzar e impulsar la política integral de inmigración de la UE, respecto de la inmigración legal, con atención especial a la integración de los inmigrantes y especialmente a los menores no acompañados”; noticia disponible en <http://www.tt.mtin.es/eu2010/es/noticias/inmigracion/200912/INM20091229-001.html>. En concreto, daría especial prioridad a la aprobación de un Plan de Acción en materia de menores extranjeros no acompañados, basado en el principio del interés superior del menor y en un enfoque integral que comprenda la prevención en el país de origen, la adecuada protección, tanto en el país de origen como en territorio europeo, y el retorno asistido del menor. El plan de acción de la Comisión Europea en materia de justicia, libertad y seguridad (2010-2014), que pretende implantar las propuestas programáticas del programa de Estocolmo (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Europeo Económico y Social y al Comité de las Regiones COM (2010) 171 final, de 20 de abril de 2010, disponible en [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/intro/doc/com\\_2010\\_171\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/intro/doc/com_2010_171_en.pdf)), incluye la programación de la adopción de un plan de acción sobre menores no acompañados, finalmente aprobado, como hemos subrayado *supra*, en mayo de 2010. Habrá que estar atentos a los próximos pasos legales.

La calificación del menor no acompañado como nacional de tercer país en situación irregular, a diferencia de otros cuerpos normativos como el español, es una prueba inicial de las carencias de una política que no ha discernido suficientemente la singular situación del menor, y especialmente del no acompañado. La subsunción del menor no acompañado en la categoría jurídica de nacional de tercer país en situación irregular lo convierte en sujeto pasivo, potencial o real, de todos los instrumentos coercitivos orientados al alejamiento, circunstancia que resulta contraproducente con la salvaguarda del interés del menor<sup>44</sup>. como inmigrante en situación irregular se comete, en nuestra opinión, un error de partida<sup>45</sup>. El apelativo “irregular” está vinculado, en su construcción jurídica, con la coerción. Un extranjero en situación irregular es un sujeto, al menos potencial, de medidas como la expulsión que tienden a restituir la vulneración del derecho de admisión que se ha producido con la entrada o permanencia no ajustada al ordenamiento legal. Los derechos de los menores extranjeros en general, y de los menores no acompañados en particular, difícilmente casan con la calificación de persona en situación irregular, porque en este caso no está en juego la contravención de una norma como fin a proteger sino la salvaguarda del superior interés de éstos<sup>46</sup>. El desarrollo personal y social del menor no puede verse mediatizado por la posesión forzada de una adscripción administrativa<sup>47</sup>. Por todo ello, entendemos que la Unión debería implicarse de forma decidida y con la misma diligencia en una política *específica* de protección del menor extranjero no acompañado<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> El distanciamiento entre la posición del legislador comunitario y las recomendaciones de la Comisión, en ésta como en otras materias, perjudica al sujeto al que resulta de aplicación la norma. En este sentido la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, de 10 de junio de 2009, COM (2009) 262 final, en su punto 2.2 insiste en que el principio de la primacía del interés del menor afecta potencialmente a todas las políticas de la Unión, prestándose una atención específica a los niños en situación de particular vulnerabilidad, singularmente en lo que se refiere a la política de inmigración (menores no acompañados y víctimas de la trata); recurso electrónico disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0262:FIN:ES:PDF>.

<sup>45</sup> La Comisión incide en la vía del retorno y los instrumentos para hacerlo posible y, lo que resulta más expresivo, dentro del apartado dedicado al “mejor control de la inmigración ilegal”, indica que “los menores no acompañados que entran ilegalmente en el territorio de la Unión plantean un reto específico que deberá ser objeto de un examen detenido seguido de un plan de acción destinado a consolidar y completar los instrumentos legislativos y financieros aplicables y a reforzar las formas de cooperación con los países de origen, incluso por lo que se refiere a la simplificación del retorno de los menores a su país de origen”. COM (2009) 262 final, punto 5.1.4.

<sup>46</sup> Organizaciones nada sospechosas como la Red Europea de Defensores para la Infancia (ENOC) así lo certifican. *Cfr.* la declaración sobre la Directiva de retorno; recurso electrónico disponible en <http://www.crin.org/enoc/resources/infodetail.asp?id=18146>. *Vid.* asimismo la carta dirigida por expertos en derechos humanos de Naciones Unidas a la presidencia del Consejo Europeo, en julio de 2008, en relación con la Directiva; recurso electrónico disponible en <http://www.crin.org/resources/infoDetail.asp?ID=17910&flag=news>.

<sup>47</sup> La asistencia y tutela del menor sólo obtiene una escueta mención a la “consideración hacia las necesidades especiales de las personas vulnerables” y “el acceso para los menores, en función de la duración de su estancia, al sistema de enseñanza básica”, principios establecidos en garantía de la espera del retorno (art. 14.1, apartados d y c, respectivamente, Directiva).

<sup>48</sup> En un artículo titulado “¿Le está fallando Europa a los niños desarraigados?” D. Sutton y F. Smith, oficial europea de Save The Children en Bruselas y asesora para el Pro-

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, no existen reparos en hacer del menor no acompañado objeto de la medida de expulsión e incluso, dada la vaguedad de la norma, de la prohibición de entrada (art. 11 *in fine* Directiva) ya que está sometido, con algunas matizaciones, al cuerpo jurídico general de extranjería en el nivel comunitario. La facultad de imponerle la prohibición de entrada, por la simple circunstancia de su situación irregular, es una nueva concesión al poder de admisión de los Estados que contraviene el principio de proporcionalidad de la sanción y más cuando la regla comunitaria hace objeto de esa medida al menor no acompañado al no explicitar que no pueda serle de aplicación<sup>49</sup>. El legislador comunitario, a diferencia del español, no introduce elementos que preserven la mínima intervención coercitiva cuando lo que está en juego es la protección de los menores. La aplicación de los mecanismos coercitivos de alejamiento contraviene de forma manifiesta los mandatos internacionales de protección del menor<sup>50</sup>. Esta circunstancia dice mucho de un Derecho que se denomine garantista. Desde nuestro punto de vista, sería más adecuado en orden a la tutela del interés superior del menor que la norma comunitaria relativa al alejamiento de los menores no acompañados no se contuviese en la misma Directiva que regula el régimen general del alejamiento<sup>51</sup>. Sin embargo, mucho más trascendental, en nuestra opinión, sería que la protección específica del menor ante las medidas de alejamiento de carácter general contenidas por el legislador comunitario alcancen un nivel de salvaguarda del interés del menor muy por encima del establecido.

En tercer lugar, no resulta conforme con la Convención sobre los Derechos del Niño que la adopción de la decisión de retorno esté precedida, como acto de trámite, de la facultad de asistencia de los servicios pertinentes en la materia (art. 10.1), y no se contemple como un imperativo para el Estado la asistencia obligatoria de servicios distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, previa a la adopción de la decisión de retorno respecto de un menor no acompañado<sup>52</sup>. La expresión

---

grama de niños desarraigados, respectivamente, ponen de relieve que “un sistema común no debe arraigar simplemente el mínimo común denominador de las políticas y leyes de los Estados miembros, sino que debe considerar la práctica óptima y la forma más efectiva de proteger a los niños”; recurso electrónico disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4007.pdf>.

<sup>49</sup> Sin perjuicio de que no les resulte de aplicación la prohibición de entrada a los menores no acompañados víctimas de la trata de seres humanos a quienes se haya concedido un permiso de residencia de conformidad con la Directiva 2004/81/CE (art. 11.3, párrafo segundo Directiva 2008/115/CE). Desde nuestro punto de vista, podría ser de aplicación a los menores no acompañados la facultad de revocación o suspensión prevista en el art. 11.3, párrafo cuarto.

<sup>50</sup> Las conclusiones del Consejo de Ministros de Justicia e Interior, de 3 de junio de 2010, subrayan el intercambio de buenas prácticas de protección del menor entre los Estados miembros (apartado 13), pero guardan silencio ante la aplicación, aunque sea excepcional, al menor de instituciones como el internamiento en centros no especializados.

<sup>51</sup> En nuestra opinión, el contenido del art. 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) no impediría un tratamiento legal de la situación del menor extranjero no acompañado fuera de la sede jurídica de la lucha reforzada contra la inmigración ilegal.

<sup>52</sup> ¿Dónde queda el derecho del menor a ser oído si tiene madurez y edad para ello tal y como establece el art. 12.1 CDN? Por su parte, el art. 20 CDN es explícito al establecer el derecho del menor temporal o permanentemente privado de su entorno familiar a la protección y asis-

“se concederá” es fiel expresión de la predeterminación del legislador comunitario por la preferencia del alejamiento sin discernir de forma reflexiva entre derechos del menor y potestades administrativas<sup>53</sup>. El futuro del menor no acompañado no puede “despa-  
charse” con la simple asistencia de los órganos competentes en materia de menores<sup>54</sup>. Se debe postular la intervención consultiva preceptiva de las autoridades y órganos de protección del menor y de la audiencia de éste si tiene suficiente juicio de razón como derecho reconocido internacionalmente<sup>55</sup>.

En cuarto lugar, la entrega a un miembro de la familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno, sin la constatación previa de que el regreso es la opción más favorable para la preservación del *favor minoris* (art. 10.2), no parece ser acorde tampoco con la citada Convención. Se echa de menos en la regulación comunitaria, como se apuntó con anterioridad, una falta de interés por la integración y la situación de desamparo real del menor, una ausencia que no se suple de forma necesaria con el retorno del menor al país de origen<sup>56</sup>.

¿Dónde quedan las condiciones de protección de los derechos del menor en origen? ¿Por qué resulta suficiente, para el legislador comunitario, el hecho formal del reagrupamiento familiar del menor en origen, por ejemplo, y rehúsa pronunciarse sobre la verificación previa de la protección del interés del menor en el seno de su familia?<sup>57</sup> *De lege ferenda* habría que insistir en la acreditación fehaciente de las condiciones que

---

tencia especiales del Estado. La Observación General 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño incide en estos aspectos y recuerda que las opiniones del menor deben tenerse en cuenta en la tutela, custodia, alojamiento y representación legal del menor (punto 25). No es una facultad graciable sino un derecho y esta circunstancia hay que valorarla en su justa medida.

<sup>53</sup> La UE debería proponer normas para asegurar que los menores cuenten con mejores garantías, puedan defender sus derechos y recurrir las decisiones del Gobierno con ayuda de tutores y abogados cuando se enfrenten a la detención, la deportación o el procedimiento para obtener asilo. *Vid.* artículo de Simone Troller, *cit. supra*.

<sup>54</sup> El principio 10 de ENOC (Obligaciones de los Estados en el tratamiento de los menores no acompañados) define el retorno de menores como la reintegración en su ambiente social de origen (familia, centro residencial o de acogida, u otros), al que se debería recurrir sólo mediante la repatriación asistida voluntaria, y sólo en el supuesto de que se considere que es en el interés superior del niño, después de una evaluación exhaustiva que incluya los puntos de vista del menor; recurso electrónico disponible en <http://www.crin.org/enoc/resources/infodetail.asp?id=11850>.

<sup>55</sup> El plan de acción de la Unión sobre menores no acompañados, aprobado en mayo de 2010, apunta que los menores no acompañados “deberían ser informados de sus derechos y tener acceso a los mecanismos de reclamación y supervisión vigentes” y recomienda a los Estados miembros que “consideren la posibilidad de introducir mecanismos de control del ejercicio de la tutela para asegurarse de que el interés superior del menor esté presente en todo el proceso de toma de decisiones y, en especial, para prevenir los abusos” (apartado 4.1).

<sup>56</sup> El mencionado plan de acción de la Unión sobre los menores no acompañados matiza que “la decisión sobre el futuro de cada uno de los menores no acompañados deberían adoptarla las autoridades competentes en el plazo más breve posible (si fuera posible, un plazo máximo de seis meses), teniendo en cuenta la obligación de intentar rastrear a la familia, explorar otras posibilidades de reintegración en la sociedad de origen y determinar cuál es la solución que respeta el interés superior del menor” (apartado 5).

<sup>57</sup> Una posible respuesta no podría preterir que la Directiva en cuestión es, ante todo, una norma de naturaleza coercitiva

garanticen que el interés superior del menor está mejor protegido en origen que en el país de acogida<sup>58</sup>.

En quinto lugar, no podríamos dejar de hacer referencia a la previsión de la medida de internamiento para los menores no acompañados. La previsión de internamiento contenida en el art. 17.1 Directiva, aunque sea como “último recurso y por el menor tiempo posible”, no debería ni siquiera contemplarse en beneficio de los derechos de los menores<sup>59</sup>. El ingreso de un menor en un centro no especializado con el objeto de asegurar el proceso de retorno y expulsión es incompatible radicalmente con la pro-

---

<sup>58</sup> De la redacción actual del art. 10.2 Directiva no se desprende que se garanticen las condiciones adecuadas en el país de origen. La entrega a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno, ¿protege *per se* de forma suficiente el interés del menor? En este sentido, al menos la propuesta de Directiva (COM 2005 391 final) condicionaba la entrega a una “evaluación de las condiciones a las que se retornaría al menor” (art. 8.2.15). Y el momento procesal tenido en cuenta para la constatación, anterior a la ejecución de la expulsión, tampoco resulta el más acorde con la defensa del interés del menor. ¿Por qué no se realizan las averiguaciones antes de adoptar la decisión de iniciación del proceso de retorno?

<sup>59</sup> El informe relativo al proyecto de resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (COM(2005)0391 – C6-0266/2005 – 2005/0167(COD), de 13 de junio de 2006, proponía que el art. 15, apartado 3 *in fine* se redactase indicando que “en caso de separación, los menores no acompañados se mantendrán en un hogar infantil”; recurso electrónico disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-374.321+02+DOC+PDF+V0//ES&language=ES>. El posterior informe, de 20 de septiembre de 2007, introduce una enmienda que supone un giro radical en relación a la redacción inicial. Se recupera el inciso contenido en la propuesta —COM (2005)0391— referido a que “los Estados miembros garantizarán que no se mantenga a menores sujetos a internamiento temporal en centros penitenciarios comunes”, se suprime la mención expresa “los menores no acompañados se mantendrán en un hogar infantil” y se añade un inciso final disponiendo que “la detención se aplicará exclusivamente como último recurso y por el menor lapso de tiempo posible”; recurso electrónico disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007--0339+0+DOC+XML+V0//ES>. Si el objetivo de esta última enmienda es como advierte el Parlamento Europeo “hacer hincapié en un importante principio jurídico. De conformidad con el reconocimiento del interés superior del niño, debería subrayarse el principio de que los niños no deberían ser detenidos excepto en aquellos casos en que haya razones apremiantes que así lo aconsejen”, ¿por qué no se ha respetado la enmienda inicial, que desde nuestro punto de vista era más explícita con el interés del menor? Finalmente, la redacción del art. 17.1 Directiva, como era de prever, ha establecido que “los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible”, tal y como quedó redactada en primera lectura por el Parlamento Europeo en su Resolución legislativa, de 18 junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva; recurso electrónico disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6399.pdf>. Esta disposición no elimina de raíz la posibilidad de que los menores puedan estar sujetos a internamiento temporal en centros penitenciarios comunes como prevenía la propuesta de Directiva. Ni siquiera se ha contemplado la enmienda introducida en el considerando 18 (actual considerando 22) por el informe del Parlamento Europeo, de 20 de septiembre de 2007, y que hacía mención expresa a que “en ningún caso se podrá internar a menores en centros de detención o limitar su libertad en la Unión Europea o en sitios financiados por la Unión Europea o por los Estados miembros. El propio Parlamento Europeo, en primera lectura, la suprimió (*vid. Resolución de 18 de junio de 2008 cit. supra*).

tección del interés del menor, aunque sea una opción residual cuando no sea posible el alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad (art. 17.4)<sup>60</sup>.

En nuestra opinión, habría que abogar *de lege ferenda* por eliminar la expresión “en la medida de lo posible” contenida en el art. 17.4, porque la protección del menor debe estar por encima de las posibilidades logísticas y financieras del país de destino<sup>61</sup>. La asistencia de los menores no acompañados en centros de atención infantil o juvenil, cuando no puedan ser acogidos por familias, debe ser la única regla posible. Y desde luego el hipotético ingreso del menor no acompañado, aunque sea como solución de cierre, en centros de naturaleza penitenciaria debería ser abrogado por su incompatibilidad con la cultura jurídica de los derechos.

La restricción de la libertad personal por la calificación de la situación de una persona como irregular en un país, causa recordemos de naturaleza administrativa, con serlo, no es lo más grave<sup>62</sup>. Teniendo en cuenta que el legislador comunitario no excluye la posibilidad, los menores no acompañados podrían ser ingresados en prisiones aunque se encuentren en módulos separados ante la falta de centros de internamiento especializados (art. 16.1). Esta previsión resulta manifiestamente contraria al interés superior del niño<sup>63</sup>.

Aquí no queda todo. Un plus de gravedad final lo añade la previsión contemplada en el art. 18.1. La disposición en cuestión establece que, en situaciones en que un

---

<sup>60</sup> En el art. 17.5 Directiva se subraya que “el interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión”. Y nosotros nos preguntamos, ¿no está mejor protegido ese interés fuera de un centro de internamiento?

<sup>61</sup> El plan de acción de la Unión sobre los menores no acompañados se limita a reproducir lacónicamente la expresión “cuando la detención esté justificada excepcionalmente sólo se utilizará como último recurso, durante el periodo de tiempo más breve posible, y teniendo en cuenta principalmente el interés superior del menor” (apartado 4.1), pero no adopta una posición contundente en defensa de la proscripción de la posibilidad de internamiento de los menores en centros no especializados. Hay que recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que detener a un menor no acompañado en un centro cerrado concebido para adultos extranjeros en situación irregular, en iguales condiciones que las de una persona adulta no es acorde con la situación de extrema vulnerabilidad de su estatus de menor extranjera no acompañado, Sentencia de 30 de julio de 1998 (RJ TEDH 1998\32), *as. Aerts c. Bélgica* (FJ 103). El Tribunal va más allá y considera que el internamiento de menores en centro cerrado, tengan la condición de acompañados o no, constituye un trato inhumano y degradante que vulnera lo dispuesto en el art. 3 CEDH, Sentencia de 19 de enero de 2010 (RJ TEDH 2010\10), *as. Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica* (apartados 57 y 58).

<sup>62</sup> Son múltiples las organizaciones no gubernamentales que han expresado su opinión al respecto. Por todas, véase el comunicado de 21 de mayo de 2008 de la ONG SOS Racisme Catalunya, recurso electrónico disponible en <http://www.sosracisme.org/acciones/comunicat.php?doc=127&cat=0>; también la Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía, en un comunicado de 6 de mayo de 2008, recurso electrónico disponible en [http://www.apdha.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=513&Itemid=63](http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=513&Itemid=63).

<sup>63</sup> Según dispone el art. 16.1 *in fine* Directiva, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios. No resultaría conforme con la protección del menor que fuera objeto de internamiento en un centro penitenciario, y menos aún que compartiera espacio físico con un preso.

número excepcionalmente importante de nacionales de terceros países que deban ser retornados plantee una importante carga imprevista para la capacidad de las instalaciones de internamiento de un Estado miembro o para su personal administrativo o judicial, el Estado miembro puede decidir autorizar períodos más largos para el control judicial, mientras persista dicha situación excepcional, que los dispuestos en el artículo 15, apartado 2, párrafo tercero. Del mismo modo, puede tomar medidas urgentes con respecto a las condiciones de internamiento que se aparten del internamiento en centros especializado, de la separación respecto a los presos ordinarios en caso de tenerse que recurrir al ingreso en centros penitenciarios, y por último del alojamiento separado de las familias internadas en espera de expulsión con el objeto de garantizar un grado adecuado de intimidad.

¿Cómo se arbitra una norma excepcional para un problema que, lejos de ser esporádico, es una realidad cotidiana según incluso reconocen los organismos oficiales? Las consecuencias de la aplicación de la situación de emergencia jurídica a un hecho reconocido como problema habitual no pueden arbitrarse con la suspensión provisional de las condiciones generales de internamiento. La ausencia de exclusión expresa del internamiento de menores en centros no especializados impide, en nuestra opinión, calificar ni tan siquiera de régimen especial a las disposiciones comunitarias cuando lo que está en juego es el interés del menor. ¿Por qué dejar a criterio de los Estados la amplia opción prevista por el legislador comunitario en materia de internamiento de menores no acompañados? ¿Para que no estimen perjudicada su potestad de control, aunque se trate de menores? ¿Por qué no se ha adoptado la firme decisión de eliminar la posibilidad, aunque sea residual, de la aplicación de mecanismos como el ingreso en centros penitenciarios?<sup>64</sup> Desde nuestro punto de vista, cualquier posible respuesta ha de tener en cuenta la afectación de la primacía del interés del menor cuando la condición de extranjero entra en juego<sup>65</sup>.

En sexto lugar, no podemos dejar de hacer alusión al acceso condicional a la educación, dependiendo de la duración de la estancia en un centro de internamiento. Se está subordinando un derecho del menor, como la educación, que está reconocido conven-

---

<sup>64</sup> ¿Puede ser, como opina D. M. DíEz REVILLA, que la posibilidad de ingreso penitenciario, de forma subsidiaria, sea un primer paso de la instauración del delito de inmigración no documentada, sancionado con penas de prisión?, *vid.* “Comentarios a la Directiva Europea para el retorno de Inmigrantes”, *En la calle: revista sobre situaciones de riesgo social*, 11, 2008, p. 7. Afortunadamente, la razón jurídica todavía se impone. El intérprete comunitario, en su Sentencia (Sala Primera) de 28 de abril de 2011, *as. C-61/11 PPU*, ha sido rotundo al afirmar la incompatibilidad de una norma nacional (en este caso, varias disposiciones del Derecho interno italiano, en concreto del Decreto Legislativo nº 286/1998, de 25 de julio de 1998, que aprueba el texto único de las disposiciones reguladoras de la inmigración y de las reglas sobre el estatuto del extranjero según su modificación por la Ley nº 94, de 15 de julio de 2009, de disposiciones en materia de seguridad pública), que prevé una pena de prisión para los nacionales de terceros países en situación irregular en caso de incumplimiento de una orden de salida del territorio de un Estado miembro, y la Directiva 2008/115/CE.

<sup>65</sup> Como indica la organización no gubernamental Save the Children en su “Posicionamiento”, citado en este estudio, en la práctica prima la condición de extranjero.

cionalmente (art. 28 CDN) en beneficio de la política de control de la inmigración<sup>66</sup>. El menor ha de tener acceso a la educación, sin cortapisas legales, desde el mismo instante de su llegada al territorio de un Estado miembro. Ni la previsible duración de la estancia ni su condición de extranjero deberían ser prioritarias sobre un derecho con rango universal y fundamental para el desarrollo de la personalidad del menor<sup>67</sup>.

Por último, en consonancia con la compulsión representada por la aplicación generalizada de los instrumentos de alejamiento sin hacer distinciones en razón de la minoría de edad, el legislador comunitario “oferta”, con carácter general, una forma de regularización de la situación del menor no acompañado, una vía de “escape” de las normas contenidas en la Directiva. En concreto, se faculta a los Estados miembros, en un alarde de discrecionalidad, para conceder al menor no acompañado, como nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo (art. 6.4). Pobre destino para quien antes que ser sometido a fórmulas discrecionales tendría que ser protegido porque es poseedor de derechos. La ley del más fuerte parece imponerse de nuevo.

### III. SOMBRAS DE LA PROTECCIÓN EN LA PRÁCTICA DEL DERECHO ESPAÑOL

La forma de concebir la relación entre el interés del menor y el orden público es muy flexible porque así lo ha querido el legislador comunitario. Esta elasticidad ha permitido reafirmar el papel de los Estados en la ejecución de las políticas de inmigración que sólo quedan constreñidos por una regulación común de mínimos<sup>68</sup>. En este contexto, la transposición de la Directiva 2008/115/CE, realizada a nivel del Derecho español mediante la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, lejos de disminuir las garantías establecidas a favor del menor extranjero no acompañado, ha servido para completar el régimen especial de salvaguarda de estos menores, una regulación jurídica entre las más acordes con las normas internacionales de protección del menor desde el punto de vista comparado<sup>69</sup>. La distancia jurídica que separa las normas es-

---

<sup>66</sup> Desde luego, la proporción de actividades de recreación para los menores internados, con ser una medida paliativa, no puede sustituir a la educación como instrumento de desarrollo de la personalidad del menor.

<sup>67</sup> En último término, ni siquiera se contempla la preservación de la continuidad en la enseñanza como causa de aplazamiento de la orden de expulsión.

<sup>68</sup> A nivel interno, en el debate parlamentario del proyecto de reforma de la ley de extranjería, la Sra. ORAMAS GONZÁLEZ-MORO (Grupo mixto) apuntaba, en sentido contrario, que “el tema de menores no acompañados no puede ser un problema de los Estados frontera, sino que tiene que ser una problemática común de toda la Comunidad Europea” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Serie Comisiones, núm. 395, de 26 de octubre de 2009, p. 11).

<sup>69</sup> Por ejemplo, la legislación francesa no contempla un régimen específico en materia de menores no acompañados. En materia de detención en frontera, Francia permite que los menores puedan permanecer retenidos hasta 20 días en las zonas de atención de los aeropuertos y zonas portuarias, aunque según dispone el art. 221.5 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, versión consolidada de 19 de abril de 2010, cuando al menor extranjero no acompañado de un representante legal no se le permite entrar en Francia, el Fiscal, inmediatamente notificado por la autoridad administrativa, informará de inmediato a un administrador *ad hoc* para ayuda de los menores durante su permanencia en la sala de espera, y prevé su representación en los procedimientos administrativos y judiciales relacionados con el mantenimiento de su situación.

pañolas en la materia de otros ordenamientos, y por supuesto del mínimo prescrito por el legislador comunitario, es un elemento de legitimación<sup>70</sup>.

La atención tuitiva del menor y la aplicación de las normas de extranjería encuentran en el ordenamiento español un ajustado equilibrio, del que no resulta ajeno el desarrollo paralelo de las legislaciones de protección del menor y el régimen especial de extranjería de los menores no acompañados<sup>71</sup>. Entre los pilares garantistas de este

---

También es cierto que, si no se procede a la devolución del menor en el plazo indicado anteriormente, el legislador francés es reticente a la ulterior repatriación si el interés del menor no resulta suficientemente atendido. Por otro lado, el ordenamiento belga (*Loi sur l'accueil des demandeurs d'asile et decertaines autres catégories d'étrangers*, de 12 de enero de 2007) sólo contempla la detención en centros específicos (denominados de orientación y observación) aunque pasados quince días sin haberse procedido a la devolución deberá ser autorizado a entrar en el país (art. 41.5). En materia de repatriación, la normativa belga traslada al tutor del menor el proceso de localización de la familia en origen y la evaluación de las condiciones sin que su decisión resulte vinculante para las autoridades. Un interesante informe relativo a los menores no acompañados en Bélgica denominado *Mineurs non accompagnés en Belgique. Modalités d'accueil, retour et d'intégration*, Réseau européen des migrations, de julio de 2009, está disponible en la dirección <https://dofi.ibz.be/nl/statistieken/belgian%20migration%20point/1-f.pdf>. Por su parte, en la legislación italiana, los artículos 19 y 31 de la Ley 286/1998, de 25 de julio, *Testo Unico Delle Disposizioni Concernenti La Disciplina Dell'Immigrazione e Norme Sulla Condizione Dello Straniero* disponen que el menor no podrá ser deportado, excepto por motivos de orden público y de seguridad estatal, pudiendo tomar esta decisión únicamente el Tribunal de Menores a petición del jefe de la administración de policía. El problema es que los criterios y las soluciones varían a discreción de los Tribunales de menores, por lo que algunos jueces estiman que la repatriación y la reinserción en la familia son indispensables, mientras que otros opinan que es una solución de último recurso. En el plano documental, hay que destacar el análisis comparativo que sobre política de menores no acompañados en diversos países de la Unión ha realizado la Red Europea de Migración, (REM), de 6 de mayo de 2010, sobre menores no acompañados en 22 países de la Unión; recurso disponible en <http://emn.sare-net.es/Downloads/prepareShowFiles.do?directoryID=115>. En la doctrina científica española, puede consultarse el estudio comparado que realiza D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, "Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa: los casos francés, alemán, italiano y británico", I. E. LÁZARO GONZÁLEZ e I. Culebras Llana (coord.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho, IV Jornadas sobre derechos de los menores*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2006, pp. 171-214.

<sup>70</sup> Simone Troller, en el artículo citado en este trabajo, subraya que "las prácticas españolas de no detener a los menores extranjeros no acompañados y regularizar su estancia mientras se encuentren en el territorio español son muy buenos ejemplos de buenas prácticas para otros Estados miembros de la UE". Lejos quedan las directrices marcadas por la Instrucción 3/2003, de la FGE, una simbólica expresión del endurecimiento de la política migratoria de principios de la década y que se asentaba en dos pilares fundamentales que entraban en contradicción con las normas internacionales en materia de protección de menores: la minoría de edad sin la asistencia de una persona adulta no debe garantizar *per se* una declaración de desamparo, especialmente de los mayores de dieciséis años emancipados que, salvo prueba en contrario, no pueden ser tutelados en desamparo y, en segundo término, la aplicación de la devolución y el retorno a los menores, salvo que se aprecie una especial situación de desamparo.

<sup>71</sup> La aprobación de la primera norma reglamentaria de extranjería (Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, publicado en BOE núm. 47, de 23 de febrero de 1996), fue prácticamente coetánea a la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero).

sistema de protección están la corresponsabilidad de todos los poderes públicos en la salvaguarda de los intereses del menor, la activación de los mecanismos especiales de protección del menor desde el instante de su localización y acreditación de su condición de desamparo, la petición de informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen como requisito previo a la decisión relativa a la iniciación del procedimiento de repatriación, la audiencia al menor en caso de tener suficiente juicio en el procedimiento de repatriación que se incoe, la supeditación de la ejecución de la posible repatriación, mediante reagrupación familiar o con la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, a la verificación de las condiciones adecuadas para su tutela en origen, etc. (art. 35 LO 2/2009, de 11 de diciembre y arts. 189 a 198 RD 557/2001, de 20 de abril)<sup>72</sup>.

Sin embargo, la práctica diaria no está exenta de algunas interrogantes que introducen ciertas dudas sobre la eficacia del sistema legal español. No son pocas las críticas que se han formulado a la laxa interpretación de las disposiciones legales en materia de repatriación de menores<sup>73</sup>. En las líneas que siguen vamos a apuntar cómo las prácticas “no ajustadas” pueden terminar por desvirtuar la finalidad tuitiva de una legislación, en líneas generales, técnicamente correcta como la española; un déficit

---

<sup>72</sup> El papel del Ministerio Fiscal en la protección de los derechos de los menores es fundamental sin que puedan establecerse distinciones en razón de la nacionalidad. Como se indica en la Instrucción 3/2008, 30 de julio de 2008, sobre el fiscal de sala coordinador de menores y las secciones de menores, “[...] si el Fiscal es institucionalmente defensor de los derechos de todos los ciudadanos, en tanto es encargado de cuidar del funcionamiento eficaz de los mecanismos de protección de los menores, es específica y cualificadamente defensor de los derechos de éstos”. Sobre la justificación de la intervención del Ministerio Fiscal en el supuesto del art. 35 LOEXIS, nos remitimos a la Consulta 1/2009, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Las actuaciones de la Fiscalía en las situaciones de desprotección del menor, con carácter general, se encuentran contenidas en el Título II de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 172 y ss. CC. Entre ellas, cabe destacar la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores (art. 174.1 CC), supervisando para ello las actuaciones administrativas de los servicios sociales competentes de cada Comunidad Autónoma, la vigilancia sobre todos los centros que acojan a menores (art. 21.4 de la LO 1/1996), la promoción ante el juez de las medidas de protección de menores que estime necesarias (art. 174.1 CC), etc.

<sup>73</sup> Human Rights Watch en un informe de 2007 titulado “Responsabilidades no bienvenidas. España no protege los derechos de los menores extranjeros no acompañados de las islas Canarias”, pone de relieve una serie de deficiencias en los trámites posteriores a la llegada, la asunción de la tutela, los traslados, la ausencia de mecanismos eficaces para garantizar los derechos, etc. que debe hacer pensar y mucho a las autoridades públicas; recurso electrónico disponible en <http://www.hrw.org/es/reports/2007/07/25/responsabilidadesno-bienvenidas-0>. En análogo sentido, *cfr.* el “Posicionamiento” de Save the Children citado en este trabajo. En la doctrina científica, por todos, puede consultarse a C. F. FÁBREGA RUIZ, “El tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados a la luz del sistema español de protección de menores”, *Diario La Ley*, 6313, 2005, pp. 1502 y ss.; M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Algunas consideraciones sobre la situación jurídica de los menores inmigrantes en España”, *Actualidad Civil*, 18, 2005, p. 2183.

que ha de ser corregido si no se quiere subordinar el interés del menor al dominio del orden público que informa la política de extranjería<sup>74</sup>.

El primer problema que queremos destacar es el modo de verificación de las condiciones adecuadas de tutela en origen<sup>75</sup>. La legislación española es poco concreta en este sentido. ¿Qué tipo de acreditación de las condiciones de aptitud de la tutela en origen se realiza por las entidades públicas españolas? ¿Por qué no se actúa periódicamente para constatar la continuidad de las condiciones que justificaron la repatriación? Desde nuestro punto de vista, el Estado español tendría que realizar un esfuerzo por establecer protocolos de seguimiento de la situación del menor en origen si se quiere desterrar cualquier sospecha de que tras el trasfondo del interés superior del menor está la mitigación de las dificultades logísticas que implica la protección del menor en destino<sup>76</sup>.

Las opiniones que alertan sobre el riesgo de que las condiciones que justifiquen la repatriación no redunden en el interés del menor son múltiples y algunas nada sospechosas al tratarse de organizaciones defensoras de los derechos del menor<sup>77</sup>. En muchos países de origen, los servicios sociales son prácticamente inexistentes y la localización de las familias y la reunificación familiar siguen siendo complejas<sup>78</sup>. La construcción de centros de acogida, una idea que seduce a numerosos Estados miembros ribereños, entre ellos España, puede aliviar la saturación en los servicios de protección existentes en territorio europeo pero sólo pueden encontrar justificación si la salvaguarda del menor está garantizada al menos al mismo nivel que antes de la repatriación.

---

<sup>74</sup> L.C. NIETO GARCÍA matiza que no hay dos lógicas encontradas cuando se habla de menores extranjeros no acompañados, sino únicamente la de la protección de los derechos de los menores. "Menores y extranjeros: un solo marco jurídico", *op. cit.*, p. 12.

<sup>75</sup> El Defensor del Pueblo Andaluz, en su informe especial de 2004, en relación con la repatriación a Marruecos, ponía de relieve la escasa colaboración ofrecida por las autoridades marroquíes, la oposición de la mayoría de las familias al retorno de los menores (emigración consentida, cuando no propiciada por la propia familia), la dificultad para conocer las circunstancias personales y socio-familiares del menor en su país de origen, los problemas de desestructuración familiar, etc.

<sup>76</sup> Resulta sintomático que en los acuerdos de readmisión de menores celebrados con Senegal y Marruecos, como recuerda M.D. ADAM MUÑOZ, se incluyan referencias legales a obligaciones legales internacionales y al interés del menor, pero no se especifiquen las garantías procedimentales concretas antes, durante y después de la repatriación, "El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados", *op. cit.*, p. 31.

<sup>77</sup> Presta a preocupación que se haya denunciado por el Defensor del Pueblo que en algún caso el único contacto que se realiza con las autoridades del país de origen es la solicitud de un salvoconducto para el viaje, al igual que ocurre en las expulsiones. Informe anual de 2008, p. 392. En sede jurisprudencial no son pocos los pronunciamientos en este sentido. Entre los más recientes, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 15 de Madrid, de 4 de marzo de 2008 (FFJJ 2 y 3).

<sup>78</sup> Las propuestas de retorno asistido mediante acciones de codesarrollo que ofrezcan alternativas en origen puede ser una línea a considerar. *Vid.* M. DE MONTES MEANA, "Los menores extranjeros no acompañados y la legislación española de extranjería", A. RAMÍREZ FERNÁNDEZ y M. JIMÉNEZ ÁLVAREZ (coord.), *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*, Madrid, Akal, 2005, p. 151.

Es discutible que la creación de centros de acogida en Marruecos, el principal país de procedencia de menores no acompañados, responda unilateralmente a la salvaguarda del interés del menor, aunque desde luego oficialmente así lo sea<sup>79</sup>. ¿En qué medida no hay detrás de este interés un intento de “trasladar” el problema de los menores a sus países aliviando la demanda de los centros de atención españoles? ¿No estamos, en cierto modo, ante una cuestión de orden público? También hay que tener en cuenta un efecto añadido. Como afirma Simone Troller, “la construcción de centros de acogida modélicos en países en los que los servicios de protección al menor son nulos o inadecuados también puede tener un efecto colateral imprevisto: crean desigualdades en los países de origen y pueden fomentar que los niños emigren para poder obtener los servicios de los que no disponen si se quedaran en sus lugares de origen”<sup>80</sup>.

En segundo lugar, se hace necesario el desarrollo de acciones integrales que incidan en los problemas de atención del menor extranjero no acompañado en origen antes de que adopte la decisión de emigrar<sup>81</sup>. Se antojan prioritarias las actuaciones que hagan factible que los menores tengan un futuro en su país de origen para paliar la desestructuración personal, familiar y social del menor que se encuentra en país extraño y sin el apoyo de su círculo vital más próximo. En este punto la política normativa española, como hemos subrayado, ha iniciado una tímida orientación hacia la prevención en origen de los flujos de emigración de los menores<sup>82</sup>. Sin embargo, queda mucho

---

<sup>79</sup> A título ilustrativo, UNICEF desaconsejó en su momento, rotundamente, la construcción de centros de acogida en Marruecos para menores devueltos por España porque “existe un gran riesgo de aplicar intensamente las medidas de reagrupamiento o repatriación de la mayoría de los menores no acompañados sin garantizar la salvaguarda de su interés superior”. Afirma que “lo mejor para el adolescente o, a veces, preadolescente, es que se reintegre a su familia en Marruecos. Si no, debe ser integrado allí donde ha decidido emigrar para solventar un problema de pobreza”. Señala además la “prioridad de las prioridades: acabar con los malos tratos a los menores devueltos en las comisarías” de Marruecos; noticia publicada en [www.elpais.com](http://www.elpais.com) de 15 de febrero de 2006. Haciéndose eco de esta recomendación, el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds presentó una Proposición no de Ley instando a no construir más centros de acogida para menores devueltos por España en Marruecos y construir los centros de acogida para menores en suelo español necesarios para garantizar unas condiciones dignas de estancia de dichos menores en ellos, *vid.* Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, serie D, núm. 354, de 17 de marzo de 2006. En sentido análogo, *vid.* la crítica de Human Rights Watch contenida en su informe de 2008 “Retornos a cualquier precio: España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías” pp. 6-8. Sobre las carencias del sistema marroquí de protección del menor puede consultarse un interesante artículo de H. AFAILAL titulado “El sistema de protección de la infancia en Marruecos: debilidades y consecuencias”, disponible en <http://www.humanrights-observatory.net/revista5/articulos8/HAFSA%20AFAILAL.pdf>.

<sup>80</sup> “In the Migration Trap: Unaccompanied Migrant Children in Europe”, *cit. supra*.

<sup>81</sup> Se antoja fundamental un análisis de las causas estructurales que condicionan la migración multicausal de estos menores puesto que sólo en un marco más amplio de prevención global de esta migración tiene sentido cualquier intervención. Por todos, M. JIMÉNEZ ÁLVAREZ, “Donde quiebra la protección: las reagrupaciones familiares sin garantías”, F. Pantoja García y L. C. Nieto García (dir.), *Los derechos de los menores extranjeros*, Estudios de Derecho Judicial, 104, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 72 y 75.

<sup>82</sup> El Plan de acción de la Unión sobre los menores no acompañados (2010-2014) expone las tres vías de acción principales: prevención, programas regionales de protección, recepción e identificación de soluciones duraderas.

por hacer, sobre todo en el terreno de la práctica. La corrección representada por los acuerdos de readmisión tendría que constituirse en uno de los pilares de sostenibilidad de la acción de protección del menor en origen<sup>83</sup>. Habrá que estar atento al desarrollo de las medidas preventivas que se implanten para enjuiciar la eficacia de este giro de la política de atención al menor.

En tercer lugar, la excusa de la masificación en los centros de atención no puede inducir a la tentación de accionar los protocolos de repatriación sin prestar la atención debida a los intereses del menor<sup>84</sup>. El elevado nivel de ocupación de los centros de protección de menores y la necesaria dotación de más medios materiales y humanos para evitar desviaciones en la adecuada atención del menor han sido puestos de relieve por diversas instituciones<sup>85</sup>. En todo caso, se ha de entender que el mero traslado de un menor no acompañado de un centro a otro dentro del territorio español por deficiencias en la capacidad de medios es de hecho una circunstancia que pone de manifiesto las carencias logísticas de la red pública de protección, y ante la que deben adoptarse medidas racionales en aras del interés superior del menor<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> España ha suscrito hasta el momento tres acuerdos internacionales en materia de cooperación de menores. El Acuerdo con Senegal sobre cooperación en el ámbito de prevención en la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción de menores, hecho en Dakar el 5 de diciembre de 2006 (BOE núm. 173, de 18 de julio de 2008, y que entró en vigor el 1 de julio de 2008); Acuerdo con Rumania sobre protección en el ámbito de la cooperación de los menores de edad rumanos no acompañados, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos, hecho en Madrid el 13 de diciembre de 2005 (BOE núm. 195, de 16 de agosto de 2006, en vigor desde el 19 de agosto de 2006), y el Memorandum de entendimiento sobre la repatriación destinada a menores no acompañados entre España y Marruecos, firmado en Madrid el 23 de diciembre de 2003. Este último ha sido sustituido por el Acuerdo suscrito con Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007 (Boletín oficial de las Cortes Generales, serie A, núm. 429, de 14 de septiembre de 2007), aún pendiente de ratificación por las autoridades marroquíes.

<sup>84</sup> Como reitera la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), los retornos masivos responden más a una lógica de control de los flujos migratorios y de lucha contra la inmigración clandestina que a políticas protectoras de la infancia, a una priorización de la condición de “inmigrante” sobre la de menor desamparado; comentario de 17 de abril de 2008 disponible en [http://www.apdha.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=504&Itemid=63](http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=504&Itemid=63). *Vid.* asimismo el informe publicado por la citada asociación en 2006 relativo a los menores extranjeros no acompañados en Andalucía, disponible en <http://www.apdha.org/media/informemena0606.pdf>.

<sup>85</sup> A título de ejemplo, en su informe especial de 2004, el Defensor del Pueblo Andaluz recomendaba que el plazo de estancia en los centros especializados de atención no debía superar los seis meses y durante el mismo debería completarse la fase de investigación sobre las circunstancias personales y socio-familiares del menor; en sentido análogo, *vid.* recomendación de fecha 5 de febrero de 2008 del Justicia de Aragón, disponible en [http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/\\_n003237\\_200701927.pdf](http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n003237_200701927.pdf).

<sup>86</sup> El Defensor del Pueblo Andaluz recomendaba “una política de distribución equilibrada de los menores entre los diferentes centros de protección de Andalucía, repartiendo equitativamente la carga entre todas las provincias andaluzas a fin de mejorar la eficacia en la atención a estos menores y evitar las situaciones de saturación o sobrecarga que actualmente soportan algunas provincias situadas en el paso de las rutas migratorias”, informe especial de menores, *cit. supra*. Por su parte, más recientemente, el Parlamento vasco ha solicitado que se fije un cupo de me-

La coordinación entre las administraciones implicadas en la atención tuitiva al menor es susceptible de mejora<sup>87</sup>. La descentralización de las competencias de protección de menores en las autoridades autonómicas ha producido un riesgo añadido que hay que considerar. Las múltiples prácticas de intervención, la diferente intensidad de la aplicación de los protocolos de actuación, la metodología de tratamiento de los problemas derivados y la forma de resolverlos, entre otras circunstancias, introducen un inquietante grado de inseguridad jurídica. El esfuerzo que deben realizar los poderes públicos competentes pasa por la puesta en común de los criterios de intervención, unas pautas compartidas que impidan que el interés del menor pueda verse afectado por la distinta interpretación de las prestaciones y los protocolos (acogida, tutela, documentación del menor, etc.). En este sentido, como recuerda C. Puyó Marín, “disponer de sistemas de información más ágiles e incrementar la coordinación entre todos los agentes implicados es uno de los retos a afrontar”<sup>88</sup>.

---

nones extranjeros no acompañados para cada Comunidad Autónoma en función de la población y, en su caso, de “otros parámetros”, noticia disponible en [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es), fecha 25 de marzo de 2010. El objetivo al que sirve esta idea es acertado siempre que no oculte una selección de candidatos a ser admitidos: que los servicios de atención a este colectivo “puedan desarrollar las políticas necesarias para posibilitar la educación, la formación y la inserción” de estas personas en el mercado laboral. Por último, hay que señalar que el plan de acción sobre los menores no acompañados, aprobado en mayo de 2010, no recoge algunas peticiones de España, como ayudas de la UE para los Estados miembros que acojan a un mayor número de menores no acompañados y un mecanismo de reparto de estos niños y jóvenes dentro del territorio europeo. Tampoco contemplan estas pretensiones las conclusiones del Consejo de Ministros de Justicia e Interior, de 3 de junio de 2010.

<sup>87</sup> Un manifiesto de enero de 2008, apoyado por SOS Racismo, incide en que las entidades tutoras se deben coordinar para que sus modelos de atención a los menores no acompañados sean profesionales, igualitarios, integradores, normalizadores y no discriminatorios. Es importante que los gobiernos de las comunidades autónomas establezcan acuerdos con las administraciones locales y entidades sociales de su territorio para diseñar conjuntamente los recursos y estrategias necesarias que garanticen la atención e integración de los menores no acompañados; recurso electrónico disponible en [http://www.sosracismo.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20%3Amanifiesto-sobre-la-situacion-de-los-menores-no-acompanados-apoyado-por-sos-racismo&catid=16%3Aasos-en-la-prensa&Itemid=21&lang=es](http://www.sosracismo.org/index.php?option=com_content&view=article&id=20%3Amanifiesto-sobre-la-situacion-de-los-menores-no-acompanados-apoyado-por-sos-racismo&catid=16%3Aasos-en-la-prensa&Itemid=21&lang=es). Mientras, los Gobiernos autonómicos siguen reclamando mayores recursos al Gobierno central. *Id.* noticia publicada en [www.larazon.es](http://www.larazon.es), edición de la Comunidad Valenciana, de 12 de abril de 2010 o que no se reduzcan los mismos, como es el caso de la Ciudad Autónoma de Melilla, noticia disponible en [www.diariosur.es](http://www.diariosur.es) de 19 de abril de 2010. ¿Qué grado de eficacia poseen los dos convenios de colaboración firmados entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla sobre atención a menores extranjeros no acompañados en 2008 (BOE núm. 246, de 11 de octubre)?

<sup>88</sup> La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño”, I.E. LÁZARO GONZÁLEZ e I.V. MAYORAL NARROS (coord.), *Jornadas sobre derechos de los menores*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2003, p. 132. En sentido análogo, S. ADROHER BIOSCA, “Menores extranjeros no acompañados”, I. Lázaro González (coord.), *Los menores en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 475.

Los desajustes de funcionamiento del sistema de atención no pueden representar un serio obstáculo a las garantías jurídicas del menor<sup>89</sup>. Compartimos las palabras de A. Gude Fernández y M.B. López Portas cuando afirman que se plantea la necesidad de establecer medidas comunes de respuesta a los traslados de menores, no sólo desde el punto de vista autonómico sino también estatal y europeo, porque si no es así se trasladará el problema de falta de respuesta jurídica de una comunidad autónoma a otra o de un Estado a otro, lo que redundará en la falta de una protección eficaz de los derechos de los menores<sup>90</sup>.

En cuarto lugar, queremos subrayar que la aplicación efectiva de los derechos del menor no acompañado no admite fisuras<sup>91</sup>. Cualquier actuación que traiga causa del proceso de repatriación del menor no puede dejar lugar a dudas. La solución de continuidad entre lo que representa el control de los flujos migratorios y el interés del menor repele cualquier incertidumbre en la práctica. El menor posee derechos y el tratamiento de la situación de los menores inmigrantes no acompañados como problema de orden público multiplica el riesgo de “hipotecar” esos derechos<sup>92</sup>. El interés público

---

<sup>89</sup> El Síndic de Greuges catalán constata que las diversas administraciones no tienen criterios ni prácticas uniformes, incluso, entre territorios de una misma comunidad. Reprocha que el proceso de tutela por parte de la Administración tarda mucho y eso hace que estos menores estén por largo tiempo en unos limbos legales. Informe anual de 2008, p., 515, disponible en <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2420/INFORME%202008%20CASTELLA.pdf>; Informe anual de 2009, p. 179; disponible en <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2669/Informe-ca.pdf>.

<sup>90</sup> La protección jurídica de los menores no acompañados en el ordenamiento jurídico autonómico. El caso de Galicia”, *VII Congreso de la asociación de constitucionalistas de España*, Madrid, 2009, p. 16; recurso electrónico disponible en <http://www.acoes.es/pdf/menores%20n%5B1%5D...pdf>. Lo que no es admisible es el silencio. Según pone de manifiesto el Diputado del Común de Canarias ante la petición reiterada de información actualizada sobre los menores extranjeros trasladados a otra Comunidad Autónoma, así como los criterios que determinan que la tutela la siga ostentando el Gobierno de Canarias o el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número de técnicos de la Comunidad que se ocupan del seguimiento de los menores extranjeros no acompañados así como las visitas que se han girado a los centros de la Península a lo largo del presente año, la Administración autonómica no ha contestado. Informe anual de 2008 (BO Parlamento Canarias, VII legislatura, nº 133, fascículo I, 8 de mayo de 2009), p. 26.

<sup>91</sup> La práctica de algunas repatriaciones no ha resultado un ejemplo de protección del interés superior del menor. Hace unos años se denunciaron una serie de abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra los menores inmigrantes (por todos, informe de Human Rights Watch denominado “Callejón sin salida: abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes” de mayo de 2002, disponible en <http://www.hrw.org/spanish/informes/2002/spnmorc0502sp.pdf>). SOS Racismo también incidió en las deficiencias del retorno a Marruecos, en su informe “Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos”, *cit. supra*. Más recientemente Human Rights Watch, en su informe de 2008, reitera la denuncia de falta de garantía en las repatriaciones a territorio marroquí “Retornos a cualquier precio: España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías”, *cit. en este trabajo*.

<sup>92</sup> Y, evidentemente, en el sustrato de la distancia entre el inmigrante extranjero y el nacional, con carácter general, y la cercanía en la condición de inmigrante extranjero y de menor en particular, está la consideración interesada de la inmigración del menor como problema, que viene a competir por puestos de trabajo con los nacionales (aquellos que estén en edad laboral), que provocan su situación de desamparo para aprovecharse del especial estatus que les ofrece la legislación española, etc.

que está detrás de la gestión de la inmigración de menores extranjeros que llegan a este país totalmente desamparados es susceptible de producir interferencias en la protección del interés del menor<sup>93</sup>. De la correcta aplicación y control de una norma que introduce elementos aceptables en garantía de los derechos del menor dependerá la minimización o no de los riesgos de esas interferencias<sup>94</sup>. En este sentido, los Fiscales deben velar por que las garantías jurídicas del menor se lleven a cabo con escrupulosa legalidad<sup>95</sup>.

Son muchos los aspectos en los que hay que continuar insistiendo. Es positiva la inclusión en la última reforma legal española de extranjería de la posibilidad de nombramiento de defensor judicial para el extranjero no acompañado menor de dieciséis años cuando, con juicio suficiente, manifieste una voluntad contraria a la persona que ostente la tutela o representación. Por otro lado, la asistencia letrada, un derecho instrumental para ejercer el derecho a ser oído, debe reforzarse<sup>96</sup>. Este fortalecimiento, fundamental en materia de repatriación, se tendría que contemplar como una vía tutelar complementaria pero independiente de la defensa del menor atribuida al Ministerio

---

<sup>93</sup> El Ararteko ha iniciado acciones para la propuesta de elaboración de un protocolo común de actuación en la acogida de urgencia de personas extranjeras menores de edad no acompañadas en la Comunidad Autónoma del País Vasco, en especial con algunas consideraciones relativas a la necesidad de facilitar el ejercicio del derecho de defensa a los menores extranjeros no acompañados, y relativas a las dificultades en la determinación de la edad y a las consecuencias de la divergencia entre la edad documental y la edad ósea de los menores extranjeros no acompañados. La citada institución ha puesto de relieve la vulneración de derechos del menor, como el derecho a la educación, el derecho a la defensa y el derecho a ser oído. *Vid.* informe ordinario de 2009, pp. 379-386, disponible en [http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2\\_1844\\_3.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_1844_3.pdf).

<sup>94</sup> Esperemos que el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas no vuelva a tener que manifestar su preocupación por las denuncias sobre el trato recibido por los menores extranjeros no acompañados. *Vid.* Observaciones finales de 13 de junio de 2002 (CRC/C/15/Add.185), punto 45; recurso electrónico disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1998.pdf>.

<sup>95</sup> La Instrucción 3/2003, de la Fiscalía General del Estado, que excluía del sistema de protección de menores a los mayores de dieciséis años que acceden solos a territorio español, precisamente con el argumento de que este tipo de migraciones es la prueba de que ya no se trata de niños sino de adultos, fue un alegato de la primacía de la política de extranjería sobre el interés del menor.

<sup>96</sup> No son pocos los pronunciamientos judiciales que insisten en que la omisión de la audiencia al menor con las debidas garantías en el seno del procedimiento de repatriación supone la concurrencia de causa de nulidad del acto administrativo resolutorio. Entre otras, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de julio de 2009 (FJ 3) (RJ 2009\455221); Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 14 de Madrid, de 29 de septiembre de 2009 (FJ 3) (RJ 171871\2009); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 14 de febrero de 2008 (FJ 3) (RJ 2008\174126). Sin embargo, algún pronunciamiento ha cuestionado que el hecho de que el menor no haya sido oído constituya indefensión al considerar que las eventuales infracciones procedimentales que en el procedimiento de repatriación puedan producirse constituyen una cuestión de legalidad ordinaria en orden a su enjuiciamiento por los Jueces y Tribunales. Por todas, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de enero de 2008 (FJ 5) (RJ 2008\124232). *Vid.*, la crítica a esta resolución judicial que formula Adam Muñoz, *op. cit.*, p. 38. En la jurisprudencia constitucional española puede consultarse, entre otras, STC 183/2008, de 22 de diciembre (FJ5); STC 22/2008, de 31 de enero (FJ 7); ATC 372/2007, de 17 de septiembre (FJ3).

Público<sup>97</sup>. Este derecho debe serle facilitado a los menores extranjeros de la forma más amplia posible<sup>98</sup>.

La justificación de la defensa integral del menor es más significativa valorando la variedad de instituciones y organismos que son parte en la materia. Como dice S. Monteros Obelar, “el menor necesita defender sus garantías jurídicas frente a una serie de instituciones de gran poder que actúan con bastante discrecionalidad, como es el caso de las Fuerzas de Seguridad, las Delegaciones de Gobierno, las Embajadas y, lo que es más importante, frente a la propia institución que le protege y tutela, la Comunidad Autónoma y su organismo de protección de los menores”<sup>99</sup>.

Las actuaciones materiales que forman parte del proceso de repatriación han de ajustarse a la única lógica a proteger: la de los derechos del menor. ¿Es así siempre? Las múltiples prácticas administrativas existentes son un déficit crónico del sistema

---

<sup>97</sup> En su informe especial sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España, el Defensor del Pueblo consideraba indispensable que el menor disponga de una asistencia jurídica independiente a los intereses de la Administración, orientada a la decisión sobre la reagrupación familiar en su país de origen o, en su caso sobre su integración en España, teniendo en cuenta tan solo su superior interés. Es más, la institución, en el citado informe, concluye que el menor extranjero no acompañado debiera tener reconocido el derecho a ser asistido y asesorado por un letrado, con independencia de la presencia del Ministerio Fiscal, en el procedimiento administrativo en el que se decida sobre su repatriación y también en el expediente administrativo para declararle en desamparo, p. 430. El Defensor del Pueblo termina recomendando la reforma legal, con el objeto de establecer de manera individual el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los menores extranjeros no acompañados o a los menores acompañados en aquellos casos en los que se aprecie colusión de intereses con los de sus padres o tutores, respecto de todos aquellos procedimientos administrativos o judiciales que les afecten, p. 436. Por su parte, organizaciones defensoras de los derechos, como Human Rights Watch, insisten en la recomendación de proporcionar a los menores una representación letrada independiente, “Retornos a cualquier precio: España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías”, *cit.* p. 23. En materia de legitimación procesal, hay que destacar la STC 184/2008, de 22 de diciembre, en la que el intérprete constitucional considera que negar a la asociación recurrente la legitimación activa en un proceso de repatriación de un menor vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. En concreto, en el contexto de un procedimiento de protección de derechos fundamentales, en el que ya se había obtenido una primera resolución judicial estimatoria, y en el que se cerraron las posibilidades de que el menor directamente afectado pudiera hacer valer su derecho de acceso a la jurisdicción, resulta especialmente rigorista negar también legitimación activa para ejercer acciones judiciales en defensa de los intereses de este menor a la asociación recurrente aduciendo que en sus fines estatutarios no queda incluida la defensa de los concretos intereses de este menor y de que, en cualquier caso, su único interés es el de la mera defensa de la legalidad (FJ 4).

<sup>98</sup> El Sindic de Greuges catalán ha manifestado su preocupación por la falta de garantías que se produce en los procesos de repatriación de estos menores por la falta de asistencia de abogado que les permita manifestar su oposición. Informe anual de 2008, p. 219; Informe especial, de febrero de 2006, sobre la situación de los menores inmigrantes solos, p. 34; disponible en [http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2177/37\\_Infomemenorsimmigratsreduitweb.pdf](http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2177/37_Infomemenorsimmigratsreduitweb.pdf). Preocupación de la que también se ha hecho eco el Consejo General de la Abogacía en su Circular de interés general (nº 4), sobre asistencia jurídica a menores no acompañados (25 de enero de 2007), disponible en [http://www.cgae.es/portaCGAE/printPortal.do?urlPagina=/S001020005/1170771618523\\_es\\_ES.html](http://www.cgae.es/portaCGAE/printPortal.do?urlPagina=/S001020005/1170771618523_es_ES.html).

<sup>99</sup> De menores a sujetos: los menores no acompañados como agentes de su proceso migratorio”, *op. cit.*, p. 46.

de protección del menor extranjero no acompañado<sup>100</sup>. Veamos algunos ejemplos de mala praxis. En primer lugar, la extinción de las autorizaciones de residencia al alcanzar los menores la mayoría de edad. Entender que los menores pierden el derecho a la residencia en el momento de cese de la tutela por cualquier motivo, a no ser que antes del cumplimiento de la mayoría de edad y mientras estén sujetos a la tutela administrativa hayan obtenido una autorización de residencia que les permita trabajar, es una interpretación poco acorde con el espíritu de la norma que, en todo caso, no aboga por la extinción automática<sup>101</sup>.

En segundo lugar, las pruebas de determinación de la edad han de realizarse con todas las garantías legales, circunstancia que no siempre se produce<sup>102</sup>. En tercer lugar, la declaración de desamparo del menor tiene que ser imperativa cuando se reúnen las condiciones previstas en el ordenamiento. Adoptarla o no en función de la entrada en juego de la condición de extranjero perjudica seriamente la protección del menor<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> El Defensor del Pueblo, en el resumen de su informe anual de 2007, recomendó la elaboración de un protocolo de actuación en la notificación de las resoluciones que se dicten, sobre menores extranjeros no acompañados, en los procedimientos de repatriación, p. 35; disponible en <http://www.defensordelpueblo.es/documentacion/informesanuales>. En su informe anual de 2006, ya había advertido que “la autoridad gubernativa debe notificar legalmente al menor, con arreglo a sus condiciones de edad y madurez, la resolución a la que llegue con el fin de que pueda éste recurrirla en vía judicial, si así lo desea. A ello conduce la necesaria consideración del menor como sujeto del procedimiento y no como un mero objeto del mismo”, pp. 305-306. Por su parte, el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid recomendaba en una Resolución de 2007, la creación de un manual de buenas prácticas que recoja de forma detallada y sistematizada, el tratamiento que debe darse a los menores extranjeros no acompañados en cada fase del proceso, por parte de todas las instituciones competentes; información disponible en [http://www.defensordelmenor.org/upload/documentacion/recomendaciones/Recomendaciones\\_2007.pdf](http://www.defensordelmenor.org/upload/documentacion/recomendaciones/Recomendaciones_2007.pdf).

<sup>101</sup> *Vid.* Informe del Defensor, *cit.*, p. 388.

<sup>102</sup> En su informe anual de 2010, el Defensor del Pueblo advierte que “cada vez con mayor frecuencia, las pruebas de determinación de la edad se realizan a personas documentadas con un pasaporte de su nacionalidad en el que consta que es menor de edad. Este es el grupo más numeroso de quejas, con relación a este asunto, tramitadas durante el año 2010”, disponible en <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/index.html>, p. 369. En los informes anuales de 2008 y de 2006, la citada institución también había incidido en esta cuestión, pp. 381-382 y p. 304, respectivamente. En la doctrina, E. ARCE JIMÉNEZ pone de relieve que en ningún caso tiene justificación legal alguna la realización sistemática de pruebas de comprobación de edad. “Menores extranjeros no acompañados”, I. E. Lázaro González e I. Culebras Llana (coord.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho, IV Jornadas sobre derechos de los menores*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2006, p. 133.

<sup>103</sup> El Defensor del Pueblo, en su informe de 2008, advierte de las resistencias a conceptualizar la situación de los menores extranjeros no acompañados como de desamparo en virtud de lo dispuesto en el art. 172 CC., apuntando, por ejemplo, que no se puede argumentar, como hizo la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, que “los menores extranjeros no acompañados están suficientemente protegidos al encontrarse bajo la guarda de los servicios andaluces de protección de menores, sin que considerasen necesario declarar formalmente el desamparo del menor para protegerlo de manera más efectiva”, p. 382. En este sentido puede consultarse la Recomendación 14/2008, de 15 de febrero, emitida por la mencionada institución estatal, para que se declare el desamparo de los menores extranjeros no acompañados, por la entidad de protección de menores de la comunidad andaluza, en tanto se encuentren bajo su responsabilidad (BOCG. Cortes Generales. IX Legislatura. Serie A. núm. 146, p. 455). En su informe

Sin pretensión exhaustiva, por último, resulta cuando menos dudoso que el plazo de nueve meses previsto para la concesión de la autorización de residencia actúe como garantía del menor. Hay que recordar que el cumplimiento del mencionado plazo no es requisito necesario para la obtención de la autorización, aspecto que confunde interesadamente la propia autoridad pública. E. Arce Jiménez va más lejos al sostener que el plazo en cuestión vulnera derechos fundamentales del menor y carece de cobertura legal alguna<sup>104</sup>. ¿Por qué no se concede la autorización desde el instante en que se tiene certeza de que las investigaciones sobre el paradero de la familia del menor o las posibilidades alternativas de reagrupación del menor van a ser poco factibles? La espera del cumplimiento del plazo cuando no se poseen expectativas de repatriación enerva la consideración del derecho del menor a ser documentado<sup>105</sup>. La falta de eficacia puntual de las autoridades a la hora de documentar la permanencia legal de los menores en territorio español supone una práctica que impide la correcta aplicación del sistema tuitivo legalmente establecido y que apunta, desde nuestro punto de vista, a un acto reflejo de fijación de la condición de extranjero del menor<sup>106</sup>. Como pusiera de relieve S. Adroher Biosca, “la permanencia en España indocumentado es la peor de las soluciones, incompatible con el espíritu y la letra de nuestras normas y de las obligaciones internacionales”<sup>107</sup>.

En definitiva, resulta fundamental saber hacia dónde vamos en materia de alejamiento de menores extranjeros no acompañados. Es inquietante que, como apunta S. Monteros Obelar, entre el personal técnico y voluntario de los programas de tutela prevalezca la idea general de que los órganos tutelares carezcan de criterios claros de lo que se quiere hacer con los menores no acompañados<sup>108</sup>. Por ello, compartimos las

---

de 2010, el defensor del Pueblo vuelve a insistir que “[...] se ha reiterado la discrepancia de esta Institución con la práctica detectada en varias comunidades autónomas de mantener a los menores en el sistema de protección, sin declarar su situación de desamparo y, por tanto, sin que la entidad asuma su tutela”, p. 372.

<sup>104</sup> “Panorama legislativo de los menores no acompañados y maltrato institucional”, A. RAMÍREZ FERNÁNDEZ y M. JIMÉNEZ ÁLVAREZ (coord.), *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*, Madrid, Akal, 2005, p. 165.

<sup>105</sup> Las carencias en el acceso a la documentación de los menores no acompañados constituyen un motivo frecuente de queja ante el Defensor del Pueblo, *vid.* resumen informe anual de 2007, p. 67. En este sentido, puede consultarse asimismo la Recomendación 77/2008, de 24 de julio, para que se otorgue a los menores extranjeros tutelados por la entidad competente en la Comunidad Autónoma de Aragón la documentación que la vigente legislación de extranjería les reconoce (BOCG. Cortes Generales. IX Legislatura. Serie A. Núm. 146, p. 450) y la Resolución de 2007 del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, *cit. supra*.

<sup>106</sup> Las excusas esgrimidas son variopintas: falta de pasaporte, desajustes técnicos para la retroacción de efectos, etc. Por ejemplo, la Delegación del Gobierno en la Ciudad Autónoma de Melilla aducía que la preceptiva retroacción de efectos habrá de ser tenida en cuenta cuando el menor alcance la mayoría de edad, aunque la referida Delegación procede a extinguir la autorización de residencia del menor, una vez ha alcanzado la mayoría de edad, con lo que se deja sin valor alguno la mencionada retroacción de efectos. *Vid.* informe del Defensor del Pueblo de 2008, pp. 384-389.

<sup>107</sup> “Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración”, *op. cit.*, p. 275.

<sup>108</sup> “De menores a sujetos: los menores no acompañados como agentes de su proceso migratorio”, *op. cit.*, p. 52.

palabras de C. Goenechea Parmisán, cuando afirma que se hace urgente el estudio de los puntos de desencuentro entre la respuesta de las instituciones y las necesidades de estos inmigrantes<sup>109</sup>.

Los problemas y desajustes a los que se enfrenta el proceso de repatriación del menor extranjero no acompañado en la práctica, insistimos, provienen de la confusión entre la cualidad de extranjero y menor. La transitoriedad que se le asigna a su estancia y permanencia en territorio español trae causa de esa asimilación. En nuestro análisis hemos subrayado que la repatriación del menor no es conceptualizada como medida coercitiva en función de la presencia del *favor minoris*. El legislador español así lo sanciona. ¿Por qué siguen produciéndose entonces algunas prácticas que parecen atender a criterios de salvaguarda de las fronteras físicas, jurídicas y éticas que separan a las personas en función de su origen en perjuicio de la condición prioritaria de menor? Queda aún camino por recorrer para que podamos hablar de una política normativa de protección del menor completamente libre de esa carga que representa ser extranjero.

#### 4. A MODO DE REFLEXIÓN

En este artículo se ha analizado la compleja relación existente entre el interés superior del menor y las normas de extranjería, especialmente cuando lo que se pretende es el alejamiento o repatriación de los menores extranjeros no acompañados. Para finalizar exponemos algunas conclusiones que suponen un punto y seguido en la discusión de la materia.

En primer lugar, la condición de extranjero del menor en situación de desamparo no justifica la aplicación de un régimen especial diferenciado del resto de menores que no son calificados como extranjeros. La extranjería es una atribución que sólo tiene sentido como mecanismo de defensa de la facultad soberana de decidir qué personas no nacionales, en qué momento y de qué forma podrán ser admitidos o rechazados. Es una condición inherente a la nacionalidad por cuanto se define por su exclusión. En este sentido, el origen nacional, y menos aún el criterio de la posesión o no del derecho comunitario a la libre circulación, no puede introducir diferencias de trato porque el *favor minoris* es un principio reconocido internacionalmente. No se puede olvidar que el menor, ante todo, es menor.

En segundo lugar, la calificación administrativa del menor es una consecuencia de la doble cualidad jurídica de menor y extranjero. La aplicación de las normas de extranjería al menor, en nuestro caso al menor no acompañado, aunque sean especiales, representa un impedimento a su protección integral. La regularidad o irregularidad administrativa es una noción con un claro perfil de control del acceso y permanencia de los que no son nacionales. Esta directriz cuestiona la defensa del *favor minoris*. Si el interés superior del menor es la regla a respetar, ¿por qué calificar administrativamente al menor como al resto de extranjeros?

---

<sup>109</sup> *Menores inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad*; recurso electrónico disponible en [http://weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web\\_1\\_Cong\\_Medit/PDFs/menors2.pdf](http://weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web_1_Cong_Medit/PDFs/menors2.pdf), p. 8.

En tercer lugar, los derechos del menor, que traen causa en la salvaguarda de su superior interés, impiden que las instituciones del cuerpo legislativo de extranjería puedan ser aplicadas en idéntico sentido y alcance que al resto de extranjeros. La lógica de la extranjería, el control y la seguridad ante el diferente, no puede informar el régimen de alejamiento del menor, aunque sea de forma indirecta, porque el único interés a defender es el del menor. En este sentido, el legislador comunitario ha perdido una gran oportunidad de neutralizar este riesgo. ¿Por qué no lo ha hecho?

En cuarto lugar, la repatriación no puede convertirse en una expulsión encubierta. La proscripción del alejamiento del menor extranjero no acompañado como medida sancionadora es una garantía arbitrada en interés de la protección del menor. La determinación de las condiciones existentes en origen para que el menor pueda desarrollar su personalidad se erige en pieza central para que la repatriación no se transforme en una expulsión de hecho. El regreso del menor a su país de origen sólo ha de resultar posible cuando el interés del menor esté mejor protegido en su país. ¿Ocurre esto siempre? No parece ser así en muchos casos. El riesgo es que la finalidad del proceso de alejamiento termine por adquirir las mismas connotaciones coercitivas que posee con carácter general cuando las repatriaciones son ejecutadas sin atender debidamente a las condiciones en que se realiza la readmisión en origen.

En quinto lugar, la integración del menor en general, y del menor extranjero en situación de desamparo, por sus condiciones especiales de vulnerabilidad en particular, es un elemento finalista del sistema de protección. El alejamiento sólo puede actuar como instrumento al servicio de la integración del menor, nunca como fin. El menor tiene derecho a que se le escuche, a opinar y que ese parecer sea valorado y tenido en cuenta en la decisión de repatriación o permanencia en territorio de la Unión. Y algo muy importante: tiene derecho a no ser “interino” en la sociedad que lo acoge, por lo que ha de valorarse con mejor criterio su grado de inserción cuando pueda verse perjudicado por la carga de la repatriación que siempre pesa sobre su persona. Lo contrario supondría la enervación del interés del menor por el interés público de la gestión de la inmigración.

Por último, la regulación de mínimos comunitaria no es suficiente para establecer los pilares de una necesaria política común de atención al menor extranjero no acompañado. Hay que abogar por una política de la Unión en la materia que no esté condicionada por la política de extranjería y que minimice la hipotética implantación de niveles distintos de protección a nivel nacional que refrenda el legislador comunitario en la actualidad. El menor no merece ser tratado de forma diferenciada en función de la amplia libertad reguladora de la que gozan los Estados miembros. ¿De qué sirve entonces la protección internacional de los derechos del niño?

Se hace necesario abogar por una política integral de atención del menor, una política que actúe con instrumentos eficaces y mejor coordinados entre las autoridades y organismos implicados, pero que incida también en el establecimiento de pautas comunes de readmisión y, sobre todo, en la prevención en origen de las circunstancias que obligan o alientan a un menor a emprender el duro itinerario de la migración. En definitiva, se trata de poner en marcha mecanismos de apoyo que residencien el fenómeno en cuestión en su sede natural: la atención del *favor minoris* sin tutelas, directas o indirectas, de la legislación de extranjería.

## BIBLIOGRAFÍA

- M. D. ADAM MUÑOZ, “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 20, 2009, pp. 11-45.
- S. ADROHER BIOSCA, “Menores extranjeros en España. Marco jurídico general y nuevos desafíos”, en I. E. Lázaro González e I. Culebras Llana (coord.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho, IV Jornadas sobre derechos de los menores*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2006, pp. 23-73; “Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración”, en I.E. Lázaro González e I.V. Mayoral Narros (coord.), *Jornadas sobre derechos de los menores*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2003, pp. 259-282.
- J. ARANGO VILLA-BELDA, el hecho de que los inmigrantes nutran las filas de la exclusión social no es privativo de la sociedad española. “Europa, ¿una sociedad multicultural en el siglo XXI?: el caso de España”, *Papeles de economía española*, 98, 2003 (Ejemplar dedicado a: Inmigración en España), pp. 2-15.
- E. ARCE JIMÉNEZ, “Menores extranjeros no acompañados”, I. E. LÁZARO GONZÁLEZ e I. CULEBRAS Llana (coord.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho, IV Jornadas sobre derechos de los menores*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2006, pp. 113-142; “Panorama legislativo de los menores no acompañados y maltrato institucional”, A. RAMÍREZ FERNÁNDEZ y M. JIMÉNEZ ÁLVAREZ (coord.), *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*, Madrid, Akal, 2005, pp. 153-170.
- C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “Artículo 5. Derecho a la libertad de circulación”, C. ESPLUGUES MOTA (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 125-142.
- G. BELLO REGUERA, “La emigración y la periferia moral europea”, *Claves de Razón Práctica*, 185, 2008, pp. 18-22.
- F. J. BLÁZQUEZ -RUIZ, “Derechos humanos, inmigración, integración: propuestas y reflexiones desde el ámbito de la filosofía política y jurídica”, J. A. ZAMORA (coord.), *Ciudadanía, multiculturalidad e inmigración*. Primeras Jornadas sobre ciudadanía, multiculturalidad e inmigración organizadas por el Foro “Ignacio Ellacuría” Solidaridad y Cristianismo, Estella, Verbo Divino, 2003, pp. 73-133.
- S. CASTLES, “Globalización e inmigración”, G. AUBARELL y R. ZAPATA BARRERO (edit.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, Icaria, 2004, p. 33-56; *Ethnicity and globalization. From migrant worker to transnational citizen*, Londres-Nueva Delhi-Thousand Oaks, SAGE, 2000.
- A. CHUECA SANCHO, “Ius migrandi y el derecho humano al desarrollo”, *Eikasia. Revista de Filosofía*, 8, 2007; recurso electrónico disponible en <http://www.revistadefilosofia.com/11angelchueca.pdf>. M. De MONTES MEANA, “Los menores extranjeros no acompañados y la legislación española de extranjería”, A. RAMÍREZ FERNÁNDEZ y M. JIMÉNEZ ÁLVAREZ (coord.), *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*, Madrid, Akal, 2005, pp. 143-152.
- A. DEL VALLE GÁLVEZ, “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular” A., DEL VALLE GÁLVEZ, y M., Á., ACOSTA SÁNCHEZ, (edit.), *Inmigración irregular y Derecho. VIII jornadas autonómicas de Derecho internacional humanitario*, Serie de estudios internacionales y europeos de Cádiz., Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 2005, pp. 137-150.
- D. M. DÍEZ REVILLA, “Comentarios a la Directiva Europea para el retorno de Inmigrantes”, *En la calle: revista sobre situaciones de riesgo social*, 11, 2008, pp. 6-7.
- C. F. FÁBREGA RUIZ, “El tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados a la luz del sistema español de protección de menores”, *Diario La Ley*, 6313, 2005, pp. 1490-1505.
- P. A. FISCHER, R. MARTIN y T. STRAUBHAAR, “Should I stay or should I go?”, en T. Hammar, ...[et al.] (edit.), *International migration, immobility and development. Multidisciplinary perspectives*, Oxford-Nueva York, Berg, 1997, pp. 49-90.

- P. GARCÍA ÁLVAREZ, *El Derecho Penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Valencia, Tirant monografías, 2004.
- C. GORTÁZAR ROTAECHE, M. I. ÁLVAREZ VÉLEZ Y F. ALCÓN YUSTAS, C. MARTÍNEZ GARCÍA, “El Derecho internacional público y la protección de los menores”, I. Lázaro González (coord.), *Los menores en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 66-80.
- J. J. GONZÁLEZ RIVAS, *Extranjería y circulación de personas*, Granada, Comares, 1995. J. GOYTISOLO Y S. NAÏR, *El peaje de la vida: integración o rechazo de la emigración en España*, Madrid, Aguilar, 2001.
- A. GUDE FERNÁNDEZ Y M.B. LÓPEZ PORTAS, “La protección jurídica de los menores no acompañados en el ordenamiento jurídico autonómico. El caso de Galicia”, *VII Congreso de la asociación de constitucionalistas de España*, Madrid, 2009; recurso electrónico disponible en <http://www.acoes.es/pdf/menores%20n%5B1%5D...pdf>. J. F. Hollifield, “The politics of international migration. How can we ‘bring the State back in’?” C. B. BRETTELL Y J. F. HOLLIFIELD (edit.), *Migration Theory, Talking across disciplines*, Nueva York, Londres, Routledge, 2000, pp. 165-173.
- M. JIMÉNEZ ÁLVAREZ, “Donde quiebra la protección: las reagrupaciones familiares sin garantías”, F. PANTOJA GARCÍA Y L. C. NIETO GARCÍA (dir.), *Los derechos de los menores extranjeros*, Estudios de Derecho Judicial, 104, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 55-76; “Los menores no acompañados de origen marroquí”.
- B. LÓPEZ GARCÍA Y M. BERRIANE (dir.), *Atlas de la Inmigración marroquí en España*, Madrid, Universidad Autónoma, 2004, pp. 421-422; recurso electrónico disponible en <http://www.uam.es/otroscentros/TEIM/Observainmigra/Atlas%202004/08%20Multiculturalismo/menores%20no%20acompanados.pdf>. A. LÓPEZ AZCONA, “El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 17, 2008, pp. 103-134.
- A. M. LÓPEZ SALA, *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Barcelona, Anthropos, 2005; “Los retos políticos de la inmigración”, F. J. GARCÍA CASTAÑO Y C. MURIEL LÓPEZ (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, Laboratorio de Estudios Interculturales, 2002, pp. 517-526.
- A. MIQUEL NOVAJRA, “La negación de la ciudadanía: movimientos migratorios y extranjería”, B. RIU-TORT, (coord.), *Indagaciones sobre la ciudadanía. Transformaciones en la era global*, Barcelona, Icaria, 2007, pp. 237-282.
- S. MONTEROS OBELAR, “De menores a sujetos: los menores no acompañados como agentes de su proceso migratorio”, *Buenas prácticas en la inclusión social. Catálogo de buenas prácticas para la inclusión*, Cruz Roja Española, 2006, pp. 40-52, recurso electrónico disponible en [http://practicasinclusion.org/media/0504\\_Men\\_Agent\\_Proc\\_Mig.pdf](http://practicasinclusion.org/media/0504_Men_Agent_Proc_Mig.pdf). D. MOYA MALAPEIRA, “La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, 10, 2008, pp. 101-164.
- S. NAÏR, *y vendrán... las migraciones en tiempos hostiles*, Barcelona, Bronce, 2006.
- L. C. NIETO GARCÍA, “Menores y extranjeros: un solo marco jurídico”, F. PANTOJA GARCÍA Y L. C. NIETO GARCÍA (dir.), *Los derechos de los menores extranjeros*, Estudios de Derecho Judicial, 104, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 11-32.
- M. C. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, Paidós, 2007, pp. 273-274.
- E. PÉREZ VERA, “El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”, *Revista de instituciones europeas*, 2, 1993, pp. 459-484.
- C. PUYÓ MARÍN, “La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño”, en I.E. LÁZARO GONZÁLEZ e I.V. MAYORAL NARROS (coord.), *Jornadas sobre derechos de los menores*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2003, pp. 125-135.
- E. SANTAMARÍA LORENZO, “Imaginación sociológica y migraciones transnacionales”, F. J. GARCÍA CASTAÑO Y C. MURIEL LÓPEZ, (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias*

*del tercer Congreso de inmigración*, Granada, Laboratorio de Estudios interculturales, 2002, pp. 371-379.

- M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Algunas consideraciones sobre la situación jurídica de los menores inmigrantes en España”, *Actualidad Civil*, 18, 2005, pp. 2181-2202.
- S. SASSEN, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización?*, Barcelona, Bellaterra, 2001.
- D. SENOVILLA HERNÁNDEZ, “Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa: los casos francés, alemán, italiano y británico”, I. E. LÁZARO GONZÁLEZ e I. Culebras Llana (coord.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho, IV Jornadas sobre derechos de los menores*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2006, pp. 171-214.



# INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

*Ex Legibus* es una revista de derecho que se edita semestralmente, los meses de abril y octubre. Para publicar un artículo, ensayo o reseña, los autores deberán sujetarse al procedimiento y a las reglas técnicas que se indican enseguida:

## PROCEDIMIENTO

1. Se recibirán artículos, ensayos, comentarios y demás reflexiones teóricas sobre aspectos filosóficos, sociológicos, antropológicos, lingüísticos, etcétera, relacionados con el derecho en sus múltiples dimensiones.
2. El envío de los materiales podrá realizarse en cualquier momento a la dirección de correo electrónico: [direccion.investigaciones@pjudomex.gob.mx](mailto:direccion.investigaciones@pjudomex.gob.mx) ó a través del portal de internet de la Escuela Judicial del Estado de México [www.pjudomex.gob.mx/ejem](http://www.pjudomex.gob.mx/ejem)
3. Junto con el archivo electrónico o por separado, los autores solicitarán a la Dirección del Centro de Investigaciones Judiciales, la publicación de su trabajo.
4. El texto, en poder de la Dirección de Investigaciones para su análisis y posterior dictamen, será turnado al Comité evaluador.
5. El trabajo será dictaminado por dos especialistas de la materia en forma anónima. La identidad del autor también se mantendrá en reserva.
6. El resultado del dictamen —considerando la originalidad y calidad del trabajo— se puede dar en las siguientes modalidades: *no publicable*, *publicable con cambios* o *publicable*.
7. Quedarán exentas de dictaminarse, por acuerdo de la Dirección de Investigaciones, los trabajos de autores cuyo currículum vitae o prestigio profesional sea de elevado reconocimiento cultural e intelectual.
8. Si el trabajo fuera publicable con cambios, una vez considerados por el autor, podrá ser publicado.
9. Recibido el dictamen que defina al trabajo como publicable, quedará en el orden que le corresponda en la relación de los que esperan ser publicados.
10. El resultado del dictamen se hará del conocimiento de los colaboradores en todos los casos.

## REGLAS TÉCNICAS

- Los trabajos tendrán una extensión máxima de cincuenta cuartillas, en el caso de los artículos, y de cinco, en el caso de las reseñas.
- Se deberá usar letra Arial de 12 puntos con interlineado de 1.5 para el cuerpo del trabajo, y letra Arial de 10 puntos con interlineado sencillo para las notas al pie de página.
- La bibliografía consultada deberá aparecer al final del documento, indicando primeramente los apellidos y nombre del autor, título de la obra en cursivas, editorial, lugar y año de la edición. Ejemplo:

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Universidad Autónoma de México, México, 1979.

- Si la cita corresponde a un artículo incluido en algún libro colectivo, el título del artículo deberá ir entrecomillado. Ejemplo:

Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-29.

- Las notas al pie de página seguirán las mismas reglas que las indicadas para la bibliografía.
- Si en las notas hubiese de mencionarse más de una vez la misma obra, se citará así:

Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 64.

- Si la nota se refiere a la misma obra de la inmediata anterior, pero a otra página, se usará: *Ibidem*, p. 145.
- Si los datos son los mismos, se anotará; *Ídem*
- Los autores son responsables de todas las opiniones que expresen. Con el envío de sus trabajos se entiende que aceptan ceder los derechos morales sobre su obra.