



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**APLICABILIDAD DEL CONTROL DIFUSO DE
CONVENCIONALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL
ORDEN JURÍDICO PENAL, POR EL JUZGADOR MEXICANO.**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:

CLEMENTE CERVANTES MARTÍNEZ

TUTOR PRINCIPAL

**DR. PEDRO MIGUEL ÁNGEL GARITA ALONSO
(400 FES ARAGÓN)**

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR

**DR. ARES NAHIM MEJIA ALCANTARA (400 FES ARAGÓN)
DR. ISIDRO MENDOZA GARACÍA (400 FES ARAGÓN)
MTRO. MARIO ALBERTO ALEJO PEDRAZA (400 FES ARAGÓN)
DRA. FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ (400 FES ARAGÓN)**

Nezahualcóyotl, Estado de México, marzo de 2018.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS

1.1 Nota preliminar.	5
1.2 Terminología de los derechos humanos.	6
1.2.1 Derechos naturales.	8
1.2.2 Derechos fundamentales.	10
1.2.3 Derechos subjetivos o derechos subjetivos públicos.	13
1.3 Fundamento.	17
1.3.1 Teoría lusnaturalista.	17
1.3.2 Reacción crítica.	19
1.4 Características.	22
1.4.1 Declaraciones de finales del siglo XVIII.	22
1.4.2 Características de los derechos humanos desde un punto de vista doctrinal.	23
1.5 Definición.	27
1.5.1 Terminología de las garantías.	36
1.5.2 Las garantías como relaciones jurídicas.	41
1.5.3 Relación entre derechos humanos y garantías.	44
1.6 Resultados de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.	48
1.6.1 El cambio de denominación ante la reforma constitucional.	53

CAPÍTULO SEGUNDO

MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1 Interrelación de la protección nacional e internacional.	59
2.2 Medios de protección jurisdiccionales y no jurisdiccionales.	65
2.3 Protección jurisdiccional en sede interna, en el continente Americano.	66
2.4 Sistema europeo de control de los derechos humanos	74
2.4.1 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	74
2.4.1.1 Competencia.	75
2.4.1.2 Organización y funcionamiento.	75
2.4.1.3 Tramitación.	77
2.4.2 El Comité de Ministros.	82
2.4.3 Opiniones consultivas.	83
2.5 Sistema africano de control de los derechos humanos.	83
2.5.1 Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos.	84
2.5.1.1 Competencia.	85
2.5.1.2 Organización y funcionamiento.	87
2.5.1.3 Tramitación.	88
2.5.2 El Consejo de Ministros.	91
2.5.3 Opiniones consultivas.	91
2.5.4 Conexidad entre el Tribunal Africano y la Comisión.	92
2.6 La Corte Interamericana de Derechos Humanos.	93
2.6.1 Competencia.	94
2.6.2 Organización y funcionamiento.	95
2.6.3 Tramitación.	96
2.6.4 Opiniones consultivas.	99
2.7 Medios de protección cuasijurisdiccionales.	100
2.7.1 Conexidad entre la Comisión y la Corte Interamericana.	104
2.8 Medios de protección no jurisdiccionales.	106

CAPÍTULO TERCERO

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

3.1 Control de la Constitución.	111
3.2 Supremacía constitucional.	112
3.3 Control judicial de la Constitución.	115
3.3.1 Sistemas de control constitucional.	117
3.3.1.1 Por órgano encargado del control constitucional.	118
3.3.1.2 Por el tipo de estudio.	119
3.3.1.3 Por la vía.	120
3.3.1.4 Efectos de la resolución.	121
3.4 El derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.	124
3.4.1 Internacionalización del Derecho Constitucional.	124
3.4.2 Naturaleza de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.	125
3.4.3 Constitucionalización del Derecho Internacional Público en materia de derechos humanos.	126
3.5 Control de convencionalidad.	128
3.5.1 Características de la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	130
3.5.2 Desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	132
3.6 Teoría general del control de convencionalidad conforme al órgano que lo aplica.	140
3.6.1 Órgano encargado del control de convencionalidad.	140
3.6.1.1 Control concentrado.	140
3.6.1.2 Control difuso	142

CAPÍTULO CUARTO

RESOLUCIONES JURISDICCIONALES DE APLICACIÓN DIFUSA DE CONVENCIONALIDAD

4.1 Sistema jurídico penal mexicano inquisitivo o escrito.	146
4.1.1 Concepto.	146
4.1.2 Fuentes.	148
4.2 Procedimiento escrito o tradicional a la luz del Código Federal de Procedimientos Penales.	150
4.2.1 Averiguación previa.	152
4.2.2 Preinstrucción.	153
4.2.3 Instrucción.	153
4.2.4 Primera Instancia.	153
4.2.5 Segunda Instancia.	154
4.2.6 Ejecución.	155
4.3 Determinaciones relevantes en el procedimiento escrito o tradicional.	157
4.3.1 Auto de radicación.	157
4.3.2 Diligencia de declaración preparatoria.	162
4.3.3 Auto de plazo constitucional.	164
4.3.3.1 Auto de formal prisión.	165
4.3.3.2 Auto de sujeción a proceso.	169
4.3.3.3 Auto de libertad por falta de elementos para procesar.	172
4.3.4 Sentencia.	174
4.4 Determinaciones relevantes en el procedimiento nuevo u oral.	179
4.4.1 Audiencia inicial.	179
4.4.2 Audiencia de control de legalidad de la detención.	181
4.4.3 Audiencia de formulación de imputación.	186
4.4.4 Audiencia de medidas cautelares.	187
4.4.5 Audiencia de vinculación a proceso.	190
4.4.6 Audiencia de juicio oral.	194
4.4.7 Deliberación, fallo y sentencia.	195

CAPÍTULO QUINTO

PROYECCIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN MATERIA PENAL

5.1 La cláusula de interpretación conforme en México.	201
5.2 El control concentrado de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	204
5.3 El control difuso de convencionalidad, realizado por los jueces en sede interna, fundamentos jurídicos.	206
5.3.1 Intensidad del control difuso de convencionalidad.	208
5.4 Aplicación del control difuso de convencionalidad por parte del operador judicial.	213
5.4.1 Interpretación conforme y principio <i>pro homine</i> .	213
5.4.2 Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	224
5.4.3 Sentencias en las que el estado mexicano ha sido condenado.	230
5.5 Efectos del control difuso de convencionalidad, retroactividad necesaria para lograr la plena efectividad del derecho o libertad.	234
	237
CONCLUSIONES.	
	243
BIBLIOGRAFÍA.	

INTRODUCCIÓN

El acelerado impulso que ha tenido la práctica de los derechos humanos en el mundo, ha dado pie a la implementación de nuevos elementos, formas e disquisiciones en torno a dichas máximas. Con ello, se ha mejorado los sistemas de aplicación de estos bajo un sistema de exégesis más favorable al individuo.

En efecto, como se verá, la concepción de los derechos humanos es propia de la modernidad. Fue concretamente a partir de las Declaraciones americana y francesa, donde se conforma este concepto, pues fue a través de las diversas corrientes, como la *iusnaturalista* y la positivista, que se ha forjado el concepto. Sin embargo, en México, fue hasta el 9 de junio de 2011, cuando la reforma constitucional al artículo 1o, entre otros, publicada en el Diario Oficial de la Federación, y que entró en vigor al día siguiente, la que implicó un cambio conceptual en el sistema jurídico nacional, adoptando la expresión "derechos humanos" y no más la manera de garantías que se venía ejerciendo.

Pero, ¿quién está a cargo del cuidado y defensa o vigilancia de los derechos humanos reconocidos de manera efectiva? Para ello, existen diversas instancias y procedimientos, como los de jurisdicción interna, que está a cargo del Poder Judicial; tal es el caso del juicio de amparo consagrado en los artículos 103 y 107 de la Constitución; también se pueden nombrar internacionales a cargo de los Tribunales de Derechos Humanos, que velan cada uno por sus Convenciones, Tratados y Protocolos, en dicha materia y son los únicos competentes para su interpretación. Asimismo, existen medios cuasijurisdiccionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y finalmente, se pueden citar los no jurisdiccionales, como algunas instituciones con ciertas semejanzas al ombudsman. En nuestro caso, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que encuentra su fundamento en el apartado B del artículo 102 constitucional.

Así, debemos de saber que la competencia que tienen los organismos jurisdiccionales para decretar la inconstitucionalidad o inconveniencia de una ley, se encuentra dogmáticamente constituida en dos formas: control constitucional en sede interna y control de convencionalidad en sede internacional -concentrado-; en el cual, un solo órgano cuenta con la competencia para examinar la regularidad o conformidad de una ley o acto de autoridad con lo estipulado en la ley fundamental o tratado internacional, y así determinar su constitucionalidad/ inconstitucionalidad o convencionalidad/inconveniencia, según sea el caso, y si es necesario, privarlo de efectos jurídicos.

Pero no solo existe ese medio de control constitucional o convencional: en el control difuso, a diferencia del anterior, la competencia se atribuye a todos los jueces de un estado, confiriéndoles la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando el principio de la supremacía constitucional y convencional. Es decir: todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad, lo que implica que pueden dejar de aplicar disposiciones secundarias que contravengan la Constitución o un tratado internacional. Sin embargo, la intensidad con que la constitución u ordenamiento los dote, será el espectro jurídico (o fuerza) que su determinación tenga al decretar la invalidez de aquella.

Por su parte, la reforma constitucional llevada a cabo el 8 de junio de 2008, publicada en el Diario Oficial de la Federación, en la que se reforman y adicionan los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 (todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos); implicó profundos cambios a siete artículos en materia penal —16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22—, sentando las bases para el tránsito de un sistema jurídico penal inquisitivo a uno acusatorio democrático *ad hoc*, con estándares de derechos humanos constitucionalmente reconocidos. Lo anterior trajo un nuevo reto para aquel mexicano encargado de realizar el juicio, para actuar acorde al catálogo de

derechos humanos previstos en la Constitución, y bajo la nueva figura contemplada en el artículo 1o, en relación al 133, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por su parte, la reforma acontecida en 2011 dota, a los jueces del sistema nacional, del poder de aplicar el control difuso de convencionalidad a la luz de diversas técnicas interpretativas, como es el principio *pro homine*, contemplado en el artículo 29 (específicamente en su inciso 2o) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este cambio se hizo en atención a las sentencias en las que el Estado mexicano ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, como precedentes nacionales. Una más se realizó a través de la jurisprudencia interamericana, que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La exégesis de estos documentos pretende dotar de un efectivo control difuso de convencionalidad a realizar por los jueces del orden jurídico penal mexicano, ya que son estas formas de estructuración (plasmadas en una determinación) las que garantizan la efectiva observancia de los derechos humanos de todo gobernado.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS

1.1 Nota preliminar

Para el presente trabajo no se considera necesario precisar el surgimiento de los derechos humanos desde la Antigüedad hasta la Edad Media, debido a que, aunque en dichas épocas es donde encontramos diversas ideas sobre la dignidad, libertad e igualdad que constituyen antecedentes, estos no configuraron el concepto de los derechos humanos. Estos son una idea propia de la modernidad y, concretamente, se pueden considerar como tales a partir de las Declaraciones revolucionarias americana y francesa de finales del siglo XVIII. En sí, el planteamiento ya formado puede considerarse después de la internacionalización de la Carta de las Naciones Unidas y bajo los auspicios de la Organización a la que dio origen, así como de los sistemas europeos y americano.

En nuestro país, estas ideas resultaron aplicables solo después de las épocas precolombina y colonial. Ello es así, ya que, del análisis de los principales documentos políticos, se puede concluir que el constitucionalismo nacional, durante la segunda mitad del siglo XIX y prácticamente todo el XX, dio por supuestos a los derechos humanos, regulándolos a la manera de garantías. Por ejemplo, en las Constituciones de 1857 y 1917 (en su texto original) indicaban que el amparo resultaba procedente por la violación de las garantías, sin mencionar a los derechos humanos, y esto ocurría hasta antes de la reforma acontecida en el 2011.

En efecto, por el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 fue modificada la denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución, para quedar: *"De los Derechos Humanos y sus Garantías"*, así como el artículo 1o, para incluir en su texto la expresión misma "derechos humanos".

Expuesto lo anterior, como se mencionó, no se dedicará el presente capítulo a los antecedentes de los derechos humanos, sino al desarrollo de algunas ideas en torno a la terminología, fundamento y características de estos, con miras a definirlos desde un punto de vista doctrinal y, posteriormente, con apoyo de los textos formulados en el plano internacional, tratar lo relativo a su enumeración. Así también, tendrá la finalidad de dar cuenta de la idea de garantías, con la que el constitucionalismo nacional reguló en su momento los derechos humanos, a partir de formular algunas consideraciones en relación con aquellos derechos. Finalmente, me interesa establecer que la reforma a la modificación constitucional de derechos humanos y garantías individuales en el 2011 proporcionó grandes aportaciones en el derecho nacional.

1.2 Terminología de los derechos humanos

A consideración propia, la terminología más adecuada para el tema de los derechos humanos, es la expresión equivalente a los derechos del hombre, como lo hace ver el profesor Valle Labrada Rubio, quien sostiene que podemos considerar como términos similares los "derechos del hombre", "derechos humanos" y "derechos de la persona humana".¹

Por su parte, Rodolfo Gómez Alcalá afirma que la terminología más adecuada es la de derechos fundamentales; sin embargo, admite que a estos se les ha conocido con diversos nombre entre ellos: "el de derechos humanos, o derechos del hombre, tal vez la aceptación más difundida es la actualidad y la más utilizada por la doctrina y los textos positivos"². Sin obstar ello, descarta el uso de estas expresiones bajo el argumento de que: "su empleo no es muy preciso, ya que no existe un derecho que no sea propiamente del hombre, ya que todo él, es producto del mismo, aparte de que no nos da un mecanismo seleccionador de cuales derechos deberán considerarse como del hombre, ni nos dice nada sobre

¹ Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamentos, historia, declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Ed. Civitas, España, 1998, p. 19.

² Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Ed. Polis, México, 1940, p. 3.

la preeminencia o no de ciertas categorías de derechos".³

Desde luego se comparten estas ideas, pero se defiende el uso de las expresiones derechos humanos y derechos del hombre (entendidas como sinónimos), como la terminología más adecuada para el tema que nos ocupa, por razones histórica en principio.

Como quedó apuntado, la idea de los derechos humanos es propia de la modernidad, concretamente a partir de las Declaraciones americana y francesa, que es donde se configura este concepto. El prototipo de las primeras declaraciones, como la Declaración de derechos del Estado de Virginia, habla de algunos derechos inherentes, y la de 1789, los calificó como naturales, inalienables, sagrados e imprescriptibles arrojándoles un nombre propio ("derechos del hombre").

Si podemos considerar que el proceso de internacionalización de estos derechos inició a partir de la Carta de las Naciones Unidas, podemos apuntar que en el numeral 3 de su artículo 1o se les llamó "derechos humanos". En otras palabras, cuando el proceso de internacionalización del concepto inició, se les denominó ya con este nombre. Asimismo, habría que señalar que el título del instrumento que dio continuidad a dicho proceso fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ahora bien, en el ámbito nacional, esta razón histórica se sostiene en los artículos 5o del Acta de 1847 y el diverso 1o de la Constitución de 1857, donde se habla de los "derechos del hombre", en tanto que el numeral 1o del Pacto Federal vigente ya los llama "derechos humanos".

Por otra parte, resulta necesario distinguir a los derechos humanos o derechos del hombre de otros conceptos, tales como derechos naturales, derechos fundamentales, derechos subjetivos y derechos subjetivos públicos, toda vez que, como sostiene Antonio Enrique Pérez Luño, la expresión derechos

³ Ídem.

humanos aparece generalmente relacionada con otras denominaciones que, en principio, parecen designar a realidades muy próximas, sino a una misma realidad.⁴

1.2.1 Derechos naturales

De acuerdo con el maestro Gómez Alcalá, el primer término que apareció en la literatura política fue el de derechos naturales, derivado de la teoría *iusnaturalista*, la cual a su vez se originó en el pensamiento griego, pasando por la tradición romanista; se conservó en el campo especulativo, en la Edad Media y de ahí llegó a la Edad Moderna.⁵ Empero, una parte de la doctrina distingue entre derechos humanos y derechos naturales; en este sentido, se ha sostenido que existe una tendencia generalizada a considerar a los derechos humanos como un término más amplio que el de derechos naturales,⁶ es decir, según esta postura, derechos humanos y derechos naturales son conceptos diferentes, una de cuyas distinciones reside en su extensión, esto es, en su campo de aplicabilidad, como lo indica Manuel Atienza.⁷

No obstante, para otros autores ambos conceptos se identifican. En esta postura encontramos a don Alfonso Noriega Cantú, para quien los derechos del hombre son derechos naturales.⁸ Por su parte, Isidro Montiel y Duarte afirma que el hombre sin necesidades no tendría derechos, mas, puesto que tiene aquéllas en todas las condiciones de la vida, preciso es reconocerle estos, a los que llamaremos naturales.⁹

Don José María Lozano, en el artículo 1o de la Constitución de 1857, expresó: "que es una verdad universalmente reconocida, que los hombres no son

⁴ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, España, 1984, pp. 29 y 30.

⁵ Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Op. cit., p. 2.

⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Op. cit., p. 30.

⁷ Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Editorial Ariel, España, 2003, p. 55.

⁸ Noriega Cantú, Alfonso, *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, UNAM, México, 1967, p. 101.

⁹ Montiel y Duarte, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, Porrúa, México, 1983, p. 3.

patrimonio de otros hombres, que tienen por la misma naturaleza derechos innegables, que esos derechos no son creaciones de la ley humana, y que su reconocimiento, su sanción y las garantías con que se les asegura y protege son las bases y objeto de las instituciones sociales".¹⁰ En ese sentido, Germán J. Bidart Campos considera que: "calificar como naturales a los derechos humanos quiere decir, como mínimo, que tales derechos le son inherentes al hombre en cuanto hombre que tienen naturaleza o esencia de tal, o en cuanto cada hombre y todo hombre participe de una naturaleza que es común a toda la especie humana como distinta e independientemente de las demás especies".¹¹

Por su parte, la Comisión de Reforma del Congreso Constituyente de 1916-1917, consideró a los derechos humanos como naturales.

En mi opinión, la expresión derechos naturales, es contradictoria. Esta situación la hizo notar el doctor Peces-Barba, en relación con la Declaración francesa de 1789, al señalar que este documento, supone la necesidad de la positividad para la plenitud de unos derechos, que se presentan, sin embargo, como naturales, con lo que expresa una contradicción que está presente en todo el iusnaturalismo racionalista. La contradicción está en que, si los derechos humanos fueron naturales, y por tanto Derecho en sí mismo, ningún papel tendría ya el Derecho positivo. Para ello debemos de entender que los derechos humanos son creaciones del hombre, no se tratan de derechos que existen en sí mismos, sino, por el contrario: el propio hombre en reconocimiento de su dignidad los establece a través de su Derecho en un texto positivo. Lo natural en todo caso es la dignidad humana: "La dignidad humana supone el valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. La dignidad del hombre ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la

¹⁰ Lozano, José María, *Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, Porrúa, México, 1972, p. 118.

¹¹ Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, UNAM, México, 1989, pp. 14 y 15.

persona".¹²

La dignidad humana es el sustento ético de los derechos humanos y ésta, siguiendo al doctor Gregorio Peces-Barba, lo define como el elemento que diferencia a las personas de otros seres del mundo, se expresa a través del lenguaje, con lo que supone de capacidad de comunicación, y, a través de la existencia misma, de la razón que nos permite abstraer y construir conceptos generales.¹³ Por su parte Valle Labrada Rubio agrega que el hombre tiene, además de una existencia concreta y unas circunstancias determinadas, una esencia específica. El hombre, desde esta perspectiva, es un ser dotado en cuanto que le ha sido dada una dignidad esencial. Esta dignidad no la determina el hombre, sino que el hombre la adquiere de forma innata desde el momento de su concepción¹⁴. En resumen, la expresión derechos naturales, no es la terminología más adecuada, toda vez que este implica una contradicción, ya que los derechos humanos no existen en sí mismos, sino que el hombre los crea a partir del reconocimiento de su propia dignidad, siendo ésta el sustento ético de estos derechos.

1.2.2 Derechos fundamentales

Se ha sostenido que la expresión derechos fundamentales equivale a los derechos humanos o derechos del hombre. Así, el profesor Germán J. Bidart Campos, señala que si los derechos humanos son naturales o propios de la naturaleza de la persona humana, revisten el carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables, en donde lo fundamental de ellos coincide con la inherencia a la propia naturaleza humana.¹⁵

¹² Antonio Enrique Pérez Luño, "Dignidad, libertad e igualdad de la persona y derechos humanos", en Moreno Catena, Víctor (coordinador), *Problemas actuales de la justicia. Homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario*, Tirant Lo Blanch, España. 1988, p. 832.

¹³ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, España, 1999, Colección Cursos 3, p. 216.

¹⁴ Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamentos, historia, declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Op. cit., p. 39.

¹⁵ Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Op. cit. p. 15.

Sin embargo, una parte de la doctrina ha considerado que la diferencia entre aquellos conceptos radica en que los derechos humanos serán considerados fundamentales en la medida de su incorporación a un texto jurídico. En este sentido, Antonio Enrique Pérez Luño sostiene que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las Constituciones estatales.¹⁶ En similares términos expone Manuel Atienza, quien considera que frecuentemente se utiliza la expresión derechos fundamentales o derechos constitucionales para referirse a los derechos humanos incorporados a un determinado Derecho positivo.¹⁷ Las anteriores consideraciones nos llevan al extremo de sostener que unos son los derechos humanos, y otros, que recibirán el nombre de derechos fundamentales, que se encuentran previstos en un texto jurídico.

Al respecto el doctor Gregorio Peces-Barba Martínez, se declara partidario de la expresión "derechos fundamentales", pues indica que es la forma lingüística más precisa y procedente.¹⁸ Apoya su postura en cuatro razones: a) es más precisa que la expresión derechos humanos y carece del lastre de la ambigüedad que ésta supone; b) puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos, sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalista o positivista, c) es más adecuado que los términos "derechos naturales" o "derechos morales", que mutilan a los derechos humanos de su faceta jurídico-positiva, o dicho de otra forma, que formulan su concepto sin tener en cuenta su dimensión jurídico-positiva y, d) es más adecuado que los términos "derechos públicos subjetivos" o "libertades públicas", que pueden perder de vista la dimensión moral, y ceñir la estipulación del sentido a la faceta de la pertenencia al ordenamiento.¹⁹

¹⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Op. cit., p. 31.

¹⁷ Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Op. cit., p. 209.

¹⁸ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Op. cit., p. 36.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

Por otra parte Miguel Carbonell, parte de la premisa de que los conceptos de "derechos fundamentales", "garantías individuales y sociales" y "derechos humanos" no son equivalentes ni se pueden utilizar indistintamente.²⁰ A su vez, dicho autor refiere la diferencia entre derechos y garantías; sin embargo, en este momento solo nos interesa la distinción entre derechos humanos y los fundamentales, pues al respecto expone que los derechos humanos no deben ser confundidos con los derechos fundamentales. Son fundamentales los derechos que están previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales,²¹ líneas más adelante matiza su postura al señalar que estos son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suele utilizar con menos rigor jurídico que aquellos conocidos como derechos fundamentales. Así, muchas veces se hace referencia a los derechos humanos como expectativas que no están previstas de forma clara en alguna norma jurídica, con el objeto de reclamar lo que a algunas personas les puede parecer una actuación indebida de las autoridades.²² Finalmente, señala que pese a todo, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos no debe llevarnos a pensar que se trata de categorías separadas e incomunicadas. Al contrario: se puede decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados.²³

En relación al tema, don Rodolfo Gómez Alcalá, en su tesis doctoral, precisa que con el término "Derechos Fundamentales" se hace referencia al conjunto de derechos que son imprescindibles al hombre para su desarrollo y para un auténtico estado democrático de Derecho,²⁴ para señalar más adelante que se tomará la acepción de Derechos Fundamentales para referirnos a aquellos que, por las características que tienen, se consideran imprescindibles para dar un correcto trato al hombre o que responden a la idea de dignidad humana y que comúnmente se denominan derechos humanos, los cuales se

²⁰ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2009, Serie Doctrina Jurídica 185, p. 6.

²¹ *Ibidem*, p. 8.

²² *Ídem*.

²³ *Ibidem*, p. 9.

²⁴ Gómez Alcalá, Rodolfo, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Op. cit., p. 5.

encuentran tutelados jurídicamente en la mayoría de los países del mundo.²⁵

En efecto, la terminología más adecuada es la de *derechos humanos* o *derechos del hombre*, puesto que, como ha quedado de manifiesto, cuando el concepto se configuró, se denominó con la segunda expresión, en tanto que cuando inició o dio continuidad a su proceso de internacionalización se empleó la primera. Esta es la razón histórica de ello. Sin embargo, se admite que los derechos humanos o derechos del hombre se les pueden llamar "fundamentales", si y solo si, con tal adjetivo se quiere decir que son primarios o indispensables, en donde lo fundamental coincide con lo imprescindible de ellos para dar un correcto trato al hombre o por responder a la idea de la dignidad humana, sin que se comparta la postura de que los derechos fundamentales son derechos humanos incorporados a un texto jurídico, llámese constitución o tratado internacional, puesto que, no se advierta fundamento alguno que así lo atribuya.

1.2.3 Derechos subjetivos o derechos subjetivos públicos

Gómez Alcalá, después de formular su crítica al uso de las expresiones "derechos humanos" y "derechos del hombre", en los términos apuntados, sostiene que el vocablo más técnico sería el de "libertades públicas fundamentales", donde estos ya se centran en el ámbito estrictamente jurídico, derivado de la teoría francesa de corte iusnaturalista y liberal del siglo XIX, dejando ya el plano ético o moral que comprendían los otros dos términos. Así, este ya nos refiere a derechos subjetivos incorporados en la norma básica fundamental de un estado.²⁶ A partir de estas ideas es necesario dedicar líneas a los derechos subjetivos con la finalidad de determinar si esta terminología resulta adecuada.

²⁵ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

²⁶ Gómez Alcalá Rodolfo Vidal, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Op. cit., p. 3.

Según el *Diccionario de la lengua española*, subjetivo significa "perteneciente o relativo al sujeto, considerado en oposición al mundo externo" o bien, "perteneciente o relativo a nuestro modo de pensar o de sentir, y no al objeto en sí mismo".

Por su parte, el profesor Antonio Enrique Pérez Luño sostiene que el derecho subjetivo es la facultad de obrar reconocida a la voluntad de los particulares.²⁸ Por otro lado, Manuel Atienza lo define como la facultad de hacer algo respaldada por el orden jurídico, o bien, como la posición que ocupa un individuo en una relación jurídica. Lo anterior, apunta el propio autor en oposición al derecho objetivo, entendido este como conjunto de normas.²⁹ Para Luigi Ferrajoli el derecho subjetivo se entiende como cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.³⁰

Una parte de la doctrina identifica a los derechos humanos con los derechos subjetivos. En este sentido, Germán J. Bidart Campos, indica que cuando al hombre lo erigimos en sujeto activo o titular de cada uno de los derechos humanos, aparece la subjetivización, la personalización, o la individualización de la titularidad; es decir, si los derechos son del hombre, y si este es su sujeto titular o activo, los derechos humanos son derechos subjetivos, porque se subjetivizan en la persona humana.³¹ Dicho de otra forma; para este autor los derechos humanos son subjetivos en el sentido de que son del hombre. Manuel Atienza refiere que los entendemos como derechos jurídicos, agregando que pertenecen a la categoría de los derechos subjetivos.³² Finalmente, Valle Labrada Rubio sostiene que ante en la amplia corriente que reconoce una identidad jurídica al derecho subjetivo y a los derechos humanos, no podemos perder de vista que el concepto de derechos subjetivos es más amplio que el de

²⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Op. cit., p. 31.

²⁹ Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Op. cit. pp. 52 y 53.

³⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Trotta, España, 2004, p. 37.

³¹ Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Op. cit., pp. 27 y 28.

³² Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Op. cit., p. 210.

derechos humanos, puesto que se puede afirmar que todo derecho humano es derecho subjetivo, pero que no todo derecho subjetivo es "derecho humano", en el sentido específico de esta denominación.³³

De lo anterior es dable indicar que los derechos humanos y los derechos subjetivos son conceptos diferentes por su extensión, sin embargo, si bien es cierto que ambos son creaciones de la norma jurídica, también lo es que entre estos conceptos puede llegar a existir una relación, conforme a la cual, todo derecho humano puede ser configurado a la manera de un derecho subjetivo. Es decir, arrogarse esta estructura jurídica, ya que el estado, a través de su orden jurídico, al crearlo le puede atribuir a su titular, es decir, al hombre, una facultad: establecer en su favor un derecho subjetivo.

No menos importante es que la expresión "derechos subjetivos" tuvo su origen en la teoría alemana del siglo XIX: "donde se hace referencia a la supuesta naturaleza jurídica del derecho y a que los mismos se ejercitan en una comunidad jurídicamente organizada y entran en colisión con un estado [sic]. Devienen del término derecho subjetivo y hacen indicación como los derechos de esa clase, a que el sujeto pasivo del mismo, el deudor, es el estado [sic]. Son derechos de naturaleza pública, de ahí su denominación y básicamente, en el Poder Público".³⁵ Al respecto de aquella expresión, siguiendo en este punto al doctor Ignacio Burgoa Orihuela,³⁶ a partir de la premisa de que el constitucionalismo nacional reguló a los derechos humanos a través de la idea de garantías, es dable sostener que desde el punto de vista del sujeto activo de la relación jurídica en que se revelan aquellas, implican para dicho sujeto un derecho, esto es, una potestad jurídica que hace valer obligatoriamente frente al Estado y sus autoridades. Dicha potestad tiene la naturaleza de un derecho subjetivo público.

³³ Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamentos, historia, declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Op. cit., p. 30.

³⁵ Gómez Alcalá, Roberto Vidal, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Op. cit., p. 27.

³⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 11ª edición, México, ed. Porrúa, p. 177.

Efectivamente, como se apuntó líneas arriba, un derecho subjetivo es una facultad que el orden jurídico atribuye a una persona. Este admite el calificativo de público en la medida en que puede hacerse valer frente al Estado y sus autoridades. De ahí que se considere que derechos humanos y derechos subjetivos públicos son conceptos diferentes por su extensión. Sin embargo, si bien es cierto que ambos son creaciones de la norma jurídica, también lo es que entre estos conceptos puede llegar a existir una relación, conforme a la cual todo derecho humano puede ser configurado a la manera de un derecho subjetivo público, es decir, arrogándosele esta estructura jurídica, ya que el Estado, a través de su orden jurídico, al crearlo le puede atribuir a su titular, es decir, al ser humano, una facultad que puede hacer valer frente al propio Estado y sus autoridades; esto es, establece en su favor un derecho subjetivo público.

En síntesis, los derechos humanos sí admiten como denominación la de *derechos subjetivos* o *derechos subjetivos públicos*, siempre y cuando sean regulados a través de estas concretas estructuras jurídicas. Sin embargo, estas expresiones no son la terminología más adecuada, toda vez que, resultan insuficientes para explicar integralmente la idea de *derechos humanos*, pues no todos ellos son auténticos derechos subjetivos en el sentido propio de la palabra, ya que la obligación a que está sujeto el Estado no siempre está preestablecida y requiere, para que nazca el derecho subjetivo, a que un acto posterior del Estado determine específicamente estos derechos. En consecuencia, resulta inapropiado el uso de estos términos; al menos para referirse a todos los derechos que la comprenden.³⁷ Así también lo sostiene Antonio Enrique Pérez Luño, al señalar que el tránsito de un estado liberal a uno social de Derecho trajo como consecuencia el gradual abandono de esta denominación.³⁸

³⁷ Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Op. cit., p. 4.

³⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Op. cit., p. 33.

1.3 Fundamento

La idea de los derechos humanos es propia de la modernidad. Es a partir de entonces que se han elaborado diversas teorías que han tratado de explicar aquellos derechos a partir de su fundamento.

Básicamente, éstas podrían dividirse en dos posturas: en la primera, los derechos humanos son derechos naturales; es decir, estas argumentaciones *iusnaturalistas* sostienen que los derechos del hombre forman parte del patrimonio genético de la humanidad.³⁹

La otra parte, está representada por aquellas teorías que durante los siglos XVII y XIX se formularon a la manera de una reacción crítica a esta postura *iusnaturalista*.

1.3.1 Teoría Iusnaturalista

La teoría iusnaturalista sostiene que los derechos humanos son, antes que cualquier otra cosa, derechos morales que existen en forma independiente y previo a cualquier ley positiva, la cual debe de reconocerlos y tutelarlos para tener auténtica validez.⁴⁰ El primer iusnaturalista moderno es Thomas Hobbes, toda vez que fue el primer autor que aportó una teoría de esta de naturaleza, conforme a la cual, todos los individuos conviven en un plano de igualdad y tienen los mismos derechos naturales, pero carecen de una garantía adecuada para ello, hecho que los lleva a vivir en un estado de guerra. De ahí, según Hobbes, la necesidad del Estado, al que dan origen a través de un pacto, a partir del cual se crean los derechos civiles de los individuos. Empero, el hombre sigue conservando ciertos derechos naturales, ante la falta de regulación del soberano, o por el hecho de que éste atente contra sus súbditos.⁴¹

³⁹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Op. cit., p. 46.

⁴⁰ Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Op. cit., p. 9.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 11 y 12.

Sin embargo, el *iusnaturalismo* moderno se afirma con John Locke, quien al igual que Hobbes, parte de un estado de naturaleza en el que los hombres gozan de una amplia libertad, sin restricciones de otra voluntad y de completa igualdad, pero la falta de una garantía de estos derechos explica la necesidad del Estado, el cual se forma a través del pacto... En realidad dos: uno que crea a la comunidad y otro que la somete a su poder. Locke reconoce la existencia de derechos naturales, sin precisarlos, pero los refiere a la vida, seguridad personal, salud, libertad y propiedad; derechos que serán previos e inherentes al hombre y oponibles al gobierno, quien tiene vinculada su actuación al desarrollo y protección de aquéllos.⁴²

Por su parte, Thomas Paine, seguidor de Locke, en su obra *Derechos del hombre*, sostiene que éstos se encuentran incorporados a la personalidad humana, siendo por tanto previos a la comunidad política y cuando el hombre ingresa a ella, no los pierde, sino que los asegura; estos derechos se transforman en derechos civiles, pero tienen su base en los naturales, los cuales, según el autor, son la libertad, propiedad, seguridad y la resistencia a la opresión.⁴³

La referencia a los autores citados basta para configurar la fundamentación *iusnaturalista* de los derechos humanos, en su formulación clásica, según la cual: "éstos, es una primera instancia, tiene una existencia previa y separada de los derechos positivos y lo anterior lo vimos, cuando se hablaron de los derechos previos al contrato social y al surgimiento del poder político, donde lo único que se realizaba era la transformación de los mismos en derechos civiles, siendo en consecuencia sólo reconocidos por el poder estatal".⁴⁴ Esta postura se materializó en la *Declaración francesa* de 1789. A partir de entonces, como se mencionó, han sido formuladas una serie de teorías en reacción a esta fundamentación *iusnaturalista*.

⁴² *Ibidem*, pp. 15-20.

⁴³ *Ibidem*, pp. 21- 23.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 25.

1.3.2 Reacción crítica

Una de las primeras críticas fue de corte histórico y estuvo representada por Edmund Burke, quien en su obra *Reflexiones sobre la revolución francesa* elaboró una teoría de los derechos como creación histórica, según la cual estos solo serían predicables a una comunidad concreta, sin posibilidad de universalidad y abstracción. Para este autor, los derechos humanos no son creados por el hombre de forma espontánea ni pueden ser inventados como principios abstractos. Por el contrario, los derechos nacen de la sociedad civil y se concretan, entre otros factores, en la justicia, la propiedad, el derecho a heredar, así como en la disponibilidad de los alimentos y la educación para los hijos. Estos son auténticos derechos, frutos de la historia y de las necesidades humanas.⁴⁵

Por su parte, la crítica marxista no tuvo por objeto la formulación teórica de los derechos humanos, sino, más bien, el concepto del hombre conforme a la *Declaración francesa* de 1789, así como la propia *Declaración*: "Marx se opondrá a los derechos de libertad consignados en la *Declaración*, por ser pura ideología, un instrumento más que permite las relaciones de mercado en beneficio de unas cuantas personas, al simplemente ser derechos abstractos y antihistóricos, que no benefician al individuo real y concreto, por lo que estas normas pierden su importancia como mecanismos protectores del hombre y facilitan ese control social e incluso del estado mismo".⁴⁶

En tercer lugar, la crítica anarquista representada por Pedro José Proudhon, reconoce que la Revolución francesa, así como la *Declaración* de 1789, dieron un paso importante para liberar al hombre, al negar el origen divino del poder de los reyes y ubicar al derecho en el terreno de lo humano. Sin embargo, este esfuerzo se vio disminuido por su concepción individual del hombre. Es decir, para el autor, sería necesaria una nueva revolución que tenga

⁴⁵ Ibidem, pp. 27 y 28.

⁴⁶ Ibidem, p. 30.

como punto de partida la sociabilidad: "El verdadero reconocimiento de los derechos del hombre a partir de la afirmación de que la humanidad es un ser colectivo, en donde cada uno de sus integrantes respeta a cada uno de sus semejantes como parte de un todo y por consecuencia, se respeta a sí mismo, rompiendo de esta forma la condena al extremo individualismo a la que lo conducía la *Declaración de Derechos de 1789*".⁴⁷

La crítica utilitarista representada por Jeremías Bentham tuvo por objeto la estructura jurídica misma en que los derechos humanos fueron concebidos. A partir del principio de utilidad —lo que produce la mayor felicidad para el mayor número— este autor sostiene que una teoría iusnaturalista sería contraria a la razón. En primer lugar, porque afirmar que existen derechos anteriores e independientes a un ordenamiento legal, traería no solo obscuridad al lenguaje científico, sino también daría a entender que esas nociones tienen una existencia separada del contexto en el que se les emplea, lo cual implicaría crear seres irreales. En segundo lugar; entre los seguidores de aquella teoría no existe consenso respecto del contenido y alcance de los derechos humanos; por tanto, el autor concluye que estos son un contrasentido: "Además estos derechos, no tenían por origen un principio científico como lo es el de la utilidad, que sólo él puede proporcionar un verificable concepto de lo bueno y malo. En cambio, estos derechos tenían su origen en una filosofía sin fundamento científico: era una mera retórica metafísica, no susceptible de comprobación objetiva y, por lo mismo falsa, y sin forma efectiva para alcanzar su propósito. Esto creaba en una población, falsas esperanzas que el Estado nunca podría satisfacer".⁴⁸

En quinto lugar podemos encontrar a la crítica positivista representada en este caso por Max Weber, quien parte de la premisa de que el derecho no es sino una forma moderna de dominación, que no puede buscar su sustento más que en él mismo, por sus meras propiedades formales y no por una vinculación con

⁴⁷ Ibidem, p. 33.

⁴⁸ Ibidem, p. 37.

la moral. Este ideal de derecho formal y abstracto se contrapone al derecho natural moderno, el cual solo puede basarse en conceptos metafísicos e intangibles y, en consecuencia, falsos, y que hacen incorporar al derecho, elementos subjetivos, políticos y morales, totalmente arbitrarios, que le quitan su carácter científico. En este contexto, nada podría ser más opuesto a una teoría de los derechos humanos: “como la tesis weberiana donde la separación del Derecho y la moral es tajante e imprescindible para una correcta legitimación y —posteriormente con Kelsen— en una adecuada científicidad del Derecho. Así la postura de los derechos naturales quedaría relegada al plano de las ideologías y al subjetivismo”.⁴⁹

Con lo anterior se destaca cómo el iusnaturalismo moderno representado por Hobbes, Locke y Paine, materializado en la Declaración francesa de 1789, explicó estos derechos a partir de la teoría del estado de naturaleza, en que el hombre tiene ciertos derechos naturales que al pasar a lo social no pierden, sino que obtienen su garantía. Se desarrolla que, frente a esta postura *iusnaturalista*, durante los siglos XVIII y XIX, surgió una reacción crítica representada por diversas teorías que trataron de definir un fundamento distinto para los derechos humanos, o bien, enfatizar aquellas inconsistencias observadas en la propia postura. Sin embargo, no es posible desconocer la contribución de esta teoría iusnaturalista a la idea de los derechos humanos, puesto que fue a partir de ella que se configuró este concepto en la Edad Moderna, concretándose en la *Declaración francesa* de 1789. Dicho de otra forma, cualquier intento de explicar teóricamente a los derechos humanos exige como punto de partida al iusnaturalismo moderno, toda vez que precisamente bajo esta concepción de los derechos como naturales —es decir, previos a cualquier ley positiva, la que debe limitarse a reconocerlos y garantizarlos— se configuró el concepto que nos ocupa. Así, en las Declaraciones americanas y francesas de finales del siglo XVIII, está ya presente la idea de los derechos humanos. De aceptarse este punto de partida, a esa idea moderna se le pueden arrojar ciertas características desde

⁴⁹ Ibidem, p. 39.

el punto de vista de los documentos liberales antes citados, en tanto que desde el plano doctrinal se apuntarán aquellas notas que, en mi opinión, les son propias hoy en día.

1.4 Características

1.4.1 Declaraciones de finales del siglo XVIII

El artículo 1o de la Declaración de derechos del Estado de Virginia de 1776, se habló de ciertos derechos inherentes; es decir, inseparables a la naturaleza del hombre, propios de él y previos a cualquier estado de sociedad. Por tanto, conforme al prototipo de las Declaraciones americanas, la primera característica de los derechos humanos es que son inherentes al hombre. A esta idea, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, le arrojó un nombre propio (derechos del hombre). Ahora bien, la propia Declaración francesa, en su preámbulo, calificó a estos derechos de naturaleza, inalienables y sagrados. Por su parte, el artículo 2o agregó otra característica: son imprescriptibles.

El antecedente de este carácter sagrado de los derechos humanos lo encontramos en la concepción teológica del derecho natural presente en el iusnaturalismo griego, principalmente en Sófocles y Sócrates, cuando se habló de leyes no escritas que eran inmutables y establecidas por la divinidad. Será la escuela estoica del mundo helénico la que identificará la divinidad con la naturaleza y entenderá por naturaleza a la razón que, como se mencionó, fue el mérito de dicha línea de pensamiento, pues se impuso a las distintas posturas que sobre el derecho natural se sostuvieron en el pensamiento griego. Esta concepción influirá en la jurisprudencia romana, pero el estoicismo de corte latino pondrá el acento en el aspecto religioso, y autores como Séneca llegarán a sostener una doctrina de fraternidad y amor universal o bien, como Epicteto, para quién: "todos los hombres son hermanos porque todos son hijos de Dios".⁵⁰

⁵⁰ Frassó, Guido, *Historia de la filosofía del derecho, tomo 1: Antigüedad y Edad Media*, Pirámide, España, 1982, p. 92.

El iusnaturalismo antiguo permeó al pensamiento cristiano, siendo los Padres de la Iglesia quienes tomaron estas ideas para defender, durante la Edad Media, la posición social de la propia Iglesia. Posteriormente se formulará la teoría del origen divino del poder de los reyes, como uno de los argumentos para lograr la consolidación del Estado y, desde luego, del absolutismo regio, cuyo actuar sin límite en detrimento de los individuos será motor en Francia del movimiento que culminó en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789. Sin embargo, en esta *Declaración*, el carácter sagrado de los derechos humanos arrogado por su preámbulo, no implicó su veneración por una razón sustentada en la divinidad, sino por el triunfo de la propia Revolución y, dada la importancia de aquellos derechos, la necesidad de su salvaguarda.

Ahora bien, en adición a las restantes características arrogadas a los derechos humanos por la *Declaración* francesa (inalienables e imprescriptibles), una parte de la doctrina ha sido coincidente, dentro de la teoría iusnaturalista moderna, en atribuir a estos derechos otros rasgos. En este sentido podemos entender aquella postura según la cual los derechos humanos son universales, o bien, aquellas ideas según las cuales estos derechos son irrenunciables y permanentes. Por tanto, habrá que definir estas cualidades desde un punto de vista doctrinal, mediante la reseña de la opinión de diversos autores.

1.4.2 Características de los derechos humanos desde un punto de vista doctrinal

a) Universales

Se ha sostenido que la nota más característica de los derechos humanos es su universalidad. En efecto, estos derechos son universales en la medida en que responden a una idea común en todo hombre: la dignidad humana.

Ciertamente, si los derechos humanos son universales, corresponden a todo hombre y en la misma medida, la universalidad de los derechos humanos hace referencia a la común participación de todos los hombres en estos derechos, como lo refiere Labrada Rubio.⁵¹ En este mismo sentido el ilustre Luigi Ferrajoli, sostiene que los derechos humanos son universales por el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida.⁵² Por su parte, Manuel Atienza, considera que la universalidad parecería querer decir que los derechos humanos son aquellos que se poseen por el simple hecho de ser persona humana, con independencia de las circunstancias históricas, geográficas o de otro tipo en que se encuentre un individuo.⁵³ Finalmente, Germán J. Bidart Campos afirma que la universalidad de los derechos humanos quiere significar que le son debidos al hombre a cada uno y a todos, en todas partes, o sea en todos los estados, pero conforme a la situación histórica, temporal y espacial que rodea a la convivencia de esos hombres en dichos estados.⁵⁴

Dicha característica se nota en el Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011, siendo elevada al rango de principio, mismo que deberá normar la actuación de todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, al dar cumplimiento a sus obligaciones consistentes en promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, en términos de lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 1o de la Constitución. Así, y a partir de esta característica, se puede decir que es inalienable. En efecto, el doctor Miguel Carbonell apuntó que la caracterización de los derechos fundamentales como derechos universales no solamente sirve para extenderlos sin distinción a todos los seres humanos y a todos los rincones del planeta, sino que también es útil para deducir su inalienabilidad y su no negociabilidad.⁵⁵

⁵¹ Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamentos, historia, declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Op. cit., p. 28.

⁵² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Op. cit. p. 23.

⁵³ Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Op. cit., p. 214.

⁵⁴ Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Op. cit., p. 41.

⁵⁵ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Op. cit., p. 16.

b) Inalienables e irrenunciables

Decir que los derechos humanos son inalienables implica que no son susceptibles de ser enajenados, es decir transferidos u objeto de venta. A partir de esta idea, podría afirmarse que aquéllos son también irrenunciables, en el sentido de que el hombre no podría renunciar a su goce, es decir, al derecho en sí, aunque sí a su ejercicio. En palabras del profesor Manuel Atienza: los derechos humanos son inalienables por el hecho de que no se puede renunciar a los mismos, se puede decir renunciar al ejercicio, pero no al derecho en sí.⁵⁶

Dicha característica la podemos encontrar en el párrafo quinto del artículo 5o de la Constitución al indicar: "El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa".⁵⁷ Es decir, si bien es cierto que el precepto en cita regula un derecho humano, esto es, la libertad al trabajo, también lo es que en dicho párrafo prohíbe el acuerdo de voluntades que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad personal. Dicho de otra forma: esta disposición se explica en la medida en que la libertad es inalienable e irrenunciable. En resumen, a decir del profesor Carbonell, aunque en referencia a la universalidad, los derechos fundamentales, tomaron en cuenta tanto su universalidad como su protección constitucional, esta se sitúa fuera del mercado.⁵⁸

c) Permanentes

Los derechos humanos pueden ser considerados permanentes, es decir, se mantienen a pesar de los cambios o adecuaciones que pueden sufrir en el transcurso del tiempo. Para Elisur Arteaga Nava, los derechos humanos son permanentes porque no pueden desaparecer o ser desconocidos; es también permanente su pertenencia a quienes son sus titulares.⁵⁹

⁵⁶ Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Op. cit., p. 16.

⁵⁷ www.diputados.gob.mx

⁵⁸ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Op. cit. p. 17.

⁵⁹ Arteaga Nava, Elisur, *Garantías individuales*, México, ed. Oxford University Press, 2009, p. 34.

De esta última afirmación, se sigue que esta idea de la permanencia de los derechos humanos es una forma de entender aquel carácter inalienable e irrenunciable de los mismos.

d) Imprescriptibles

El artículo 2o de la Declaración de 1789 calificó a los derechos humanos como imprescriptibles al indicar que: "El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".⁶⁰ Decir que lo son, implica que estos derechos no se extinguen como consecuencia de su falta de ejercicio durante un tiempo determinado o determinable. Al respecto, Elisur Arteaga, si bien se refiere a los derechos subjetivos públicos, emplea la expresión que sirve para explicar esta afirmación al señalar que son imprescriptibles, pues el tiempo no corre en contra de ellos.⁶¹

En resumen, precisada la terminología de los derechos humanos o derechos del hombre, cuyo fundamento teórico está en el iusnaturalismo moderno que formó a la Declaración francesa de 1789 —documento que, junto con el prototipo de las Declaraciones americanas también de finales del siglo XVIII, configuraron esta idea—, y esbozadas aquellas características que distinguen a estos derechos, tales como el ser universales para todos y en la misma medida, así como aquellas ideas que los precisan de inalienables, irrenunciables, permanentes e imprescriptibles, toca el turno a tratar lo relativo a la definición de los derechos humanos desde un punto de vista doctrinal y posteriormente como apoyo en el plano internacional tratar lo relativo a su enumeración.

⁶⁰ Jellinek, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, 2a edición, trad. de Adolfo Posada, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, Serie Estudios Jurídicos no. 12, p. 197.

⁶¹ Arteaga Nava, Elisur, *Garantías individuales*, Op. cit., p. 36.

1.5 Definición

En términos generales, y durante distintas etapas de la historia del hombre, dos líneas de pensamiento, compuestas por diversas escuelas y autores, han tratado de proporcionar una explicación sobre el Derecho y, en particular, de los derechos humanos bajo dos corrientes jurídicas: el iusnaturalismo y el positivismo.

El doctor Gregorio Peces-Barba, refiere que hay dos puntos de vista desde los que se pueden comprender los derechos humanos y que el uso de dicho término que en el lenguaje natural ha sido recogido. Por un lado, la reflexión ética que considera a los derechos como un camino para hacer posible la dignidad humana y la consideración de cada uno como personal moral; por el otro lado, la jurídica, que recoge y explica la incorporación de los derechos al Derecho positivo.⁶² Una breve referencia a la explicación que cada una de estas líneas de pensamiento ha aportado para entender a los derechos humanos, así como sus respectivas críticas, nos permitirá adoptar una definición de estos derechos.

Si la explicación se formula desde un punto de vista estrictamente iusnaturalista, podríamos sostener, como se mencionó, que los derechos humanos son antes que otra cosa, derechos morales, con una jerarquía superior y con una existencia independiente y previa a cualquier sistema normativo, como lo expone Gómez Alcalá.⁶³

En efecto, como lo indica dicho autor, la fundamentación iusnaturalista de estos derechos, en su formulación clásica, expresa que, en una primera instancia, tienen una existencia previa y separada de los derechos positivos, Para este tipo de fundamentación, los Derechos Fundamentales existen separados de un orden

⁶² Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Op. cit., p. 39.

⁶³ Gómez Alcalá. Rodolfo Vidal, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Op. cit. p. 10.

jurídico y están incorporados a la naturaleza humana.⁶⁴ Es decir, se trata de derechos naturales.

Aceptar esta afirmación traería aparejadas diversas implicaciones; en primera, que los derechos humanos corresponden en la medida de su participación de una naturaleza que es común a toda la especie humana, y de ahí su nota más característica: la universalidad. La segunda implicación es que cualquier intento por explicar teóricamente a los derechos humanos exige como punto de partida al iusnaturalismo moderno, toda vez que fue precisamente bajo esa concepción de los derechos —la que los considera como inmanentes a la naturaleza humana, previos a cualquier ley positiva, la que debe limitarse a reconocerlos y garantizarlos—, como se configuró el concepto que nos ocupa en las Declaraciones americanas y francesa de finales del siglo XVIII. Es decir, en ellas está la idea de los derechos humanos. Como tercera implicación podemos apuntar que a esta idea moderna se le puede arrogar ciertas características desde el punto de vista de los documentos liberales antes citados. En cuarta, la expresión usada por la Declaración de 1776 sirve para precisar que los derechos humanos son ciertos derechos, los cuales conforme al propio documento se puede enunciar en pocas palabras como el goce de la vida y de la libertad, la propiedad, la felicidad y la seguridad. El artículo 2o de la Declaración de 1789 reitera esta premisa, en el sentido de que los derechos humanos pueden enunciarse en unas cuantas palabras, al decir que se trata de la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Como quedó apuntado, han sido formuladas una serie de teorías en reacción a esta fundamentación *iusnaturalista*, las que fueron explicadas anteriormente. Sin embargo, en este punto interesa destacar la crítica que hace Rodolfo Gómez Alcalá, que expresa respecto aquella. El maestro sostiene que, en la actualidad, no es satisfactorio este fundamento por varias razones:

⁶⁴ *Ibidem*, p. 25.

“1. Remite para su validez, al previo reconocimiento de una naturaleza o naturaleza humana que es difícil de soportar científicamente, o al menos, dar pruebas de su existencia. 2. Petrifica el alcance y el número de los derechos que deben ser reconocidos como fundamentales. Lo anterior debido a que los mismos son previos al proceso social y al histórico, es decir estas posturas aún incapaces de explicar la aparición, modificación y existencia de estos Derechos Fundamentales. 3. Son confusos, al introducirlos como una categoría previa y en muchos casos superior a un sistema jurídico, lo que no es conveniente para dar claridad a los términos empleados en una ciencia. Además de que su explicación es innecesaria, por la distinción tajante que existe entre derechos morales y jurídicos. 4. Son susceptibles por su propia vaguedad a un uso ideológico de los mismos”.⁶⁵

Desde luego, se comparte lo anterior, toda vez que si partimos de estas premisas se adoptará en exclusiva un reduccionismo iusnaturalista, el cual, para explicar plenamente el fenómeno de los derechos humanos, se revela como un error. Sin embargo, sostendría que a pesar de estas críticas, la reflexión ética resulta indispensable para una definición integral de los derechos humanos.

Por su parte, el positivismo es la segunda línea de pensamiento que ha tratado de explicar a los derechos humanos. De esta forma, Peces-Barba Martínez llama reduccionismo positivo al hecho de situarnos exclusivamente en este punto de vista para explicar estos derechos. Precisa también que este reduccionismo puede ser de dos tipos: el práctico y el impropio, siendo que en el primero existe una falta de interés por abordar el tema relativo a la relevancia de la moralidad para fundamentar y construir el concepto de derechos humanos. El énfasis está puesto en aspectos prácticos y técnicos, de fuentes o de garantías, pues refiere que se busca la utilidad de los derechos, el servicio que pueden prestar en las sociedades democráticas estatales y en la comunidad internacional

⁶⁵ Ibidem, p. 26.

para la protección de los individuos.⁶⁶ El reduccionismo positivista teórico o propio, precisa el doctor Peces-Barba, sostiene que los derechos solo existen por su creación en el Derecho positivo.⁶⁷ Esta postura es la opuesta a la *iusnaturalista*, toda vez que no se toman en consideración o no se valoran las dimensiones éticas previas que sirven para formar la misma idea de los derechos humanos: estos son únicamente expresión del soberano, de la voluntad general y reflejan, en nuestro campo, la filosofía general del positivismo ideológico.⁶⁸

Por su parte, Gómez Alcalá, al formular su crítica a la fundamentación *iusnaturalista*, precisa respecto de estos derechos que su existencia es posterior incluso al sistema jurídico: se expresan en forma de una norma. Es decir, son juicios prescriptivos con fines eminentemente útiles y prácticos, y ahí reside su carácter instrumental. Son creados por una autoridad y solamente en este momento tienen una existencia real, nunca antes.⁶⁹

El reduccionismo positivista teórico, del que habla Peces-Barba, podría explicar el tema de la enumeración de los derechos humanos. Esta afirmación tiene su antecedente en la Carta de las Naciones Unidas, donde inició el proceso de internacionalización de los derechos humanos, continuando bajo los auspicios de la Organización a la que aquella dio origen a través de instrumentos tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Hay que apuntar que entre esta y las Declaraciones liberales de finales del siglo XVIII, una de las diferencias de mayor relevancia es la enumeración de los derechos, como lo apuntó Ortiz Ahlf, al referir que la Declaración Universal proclama dos amplias categorías de derechos: los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por otro.⁷⁰ Dicho punto es de suma importancia, pues a la luz de las Declaraciones del siglo XVIII, los derechos

⁶⁶ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Op. cit., p. 53.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁶⁸ *Ídem*.

⁶⁹ Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Op. cit., p. 60.

⁷⁰ Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, 3ª edición, Oxford University Press, México, 2009, Colección Textos Jurídicos Universitarios, p. 424.

humanos podían enunciarse en unas cuantas palabras, a diferencia de su concepción a mediados del siglo XX. Dicho de otra forma, cuando se configuró el concepto de los derechos humanos en aquellas Declaraciones modernas, únicamente se consideraba como tales a los valores como la libertad, la seguridad o la propiedad, pero a partir de la Declaración Universal se engloban bajo aquel membrete a muchas y diversas categorías de derechos. Estas diversas categorías son creadas por el Derecho positivo y constituyen la manera en que la Organización de las Naciones Unidas respondió al tema.

Así, para definir a los derechos humanos debemos evitar incurrir en el error de adoptar, en exclusiva, cualquiera de los dos extremos que nos ofrecen la reflexión ética, por un lado, y la jurídica, por otra. Los derechos humanos son creaciones del hombre, a las que debemos dar una adecuada explicación. Esta la encuentro en un punto de equilibrio entre el iusnaturalismo y el positivismo. Los derechos humanos son una cierta categoría de derechos que responden a la idea de la dignidad humana, estos derechos no existen en sí mismos, sino que son creados por el orden jurídico, esta reflexión jurídica se traduce en la necesidad de otorgarle al hombre una cierta categoría de derechos atendiendo a la idea de su dignidad humana, lo que se traduce en la necesidad de otorgarle al hombre una cierta categoría de derechos que, atendiendo a la idea de su dignidad, le permita desarrollarse plenamente y constituya, a la vez, un límite a la actuación del poder público. Por otro lado, la reflexión ética es indispensable para una definición integral de los derechos humanos, toda vez que, además de lo dicho, detrás de cada uno de estos derechos existe un principio moral que les da forma. De esta forma, la designación de principios morales nos permite dar una adecuada justificación teórica ética a estos derechos, al fundamentarlos en el plano de la moral y superando de esta manera las indudables limitaciones del positivismo. Con el término "principio" se nos permite enunciar pautas lo suficientemente amplias para englobar cualquier derecho fundamental, además de dar al mismo la suficiente elasticidad para su transformación y modificación,

como lo precisa el ilustre Gómez Alcalá.⁷¹

Así entendidos, la primera característica de estos principios es que establecen un criterio de comportamiento social; es decir, que rigen la actuación de los hombres entre sí, para lo cual requieren ser consistentes; idea que parte del principio de no contradicción que rige en la lógica. De ahí que la segunda característica sea que deben tener una pretensión de validez, universal; esto es, ser universalizables o generalizables. Por último, al ser considerados como auténticos principios, estos enunciados son razón última, es decir, por encima de ellos no podemos encontrar otras explicaciones morales y de ahí su rango de primer orden.⁷²

Estos principios morales, con las características apuntadas no deben ser confundidos con los derechos humanos, toda vez que los primeros informan a los segundos, y estos constituyen su concreción en el plano jurídico: "Sin embargo, no podríamos confundir a estos principios, con los Derechos Fundamentales que pretenden ser en determinado momento, sus expresiones y concreciones en el plano jurídico, ya que los primeros son la base y justificación de los segundos y por lo mismo estos derechos jurídicos, serían el mínimo ético que deberían tener los sistemas positivos para ser aceptables, es decir para tener legitimación, en una sociedad actual. Aunque si recalamos que los Derechos Fundamentales participan de las características de los principios que ya hemos analizado".⁷³

Si detrás de cada derecho humano existe un principio moral que lo informa, con las características y relación existente entre unos y otros antes apuntadas, resta dar cuenta del origen de estos principios. Una de las explicaciones fue proporcionada por las teorías constructivistas formuladas a partir de la década de los setenta del siglo XX, cuyos representantes más destacados fueron John Rawls y Jürgen Habermas. El primero, profesor de la Universidad de Harvard, en

⁷¹ Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Op. cit., pp. 66 y 67.

⁷² *Ibidem*, pp. 67 y 69.

⁷³ *Ibidem*, p. 69.

su obra *Teoría de la Justicia*, pretende elaborar una teoría ideal y racional de qué es la justicia en una comunidad, y de esta forma especificar los derechos y deberes básicos de los hombres y crear un ámbito preciso de lo público y lo privado, indicando que los principios rectores y justos de la sociedad partirán siempre de una base voluntaria y del propio individuo, considerado como sujeto moral. Así, son ellos, los propios hombres, los que en definitiva decidirán cómo regular las pretensiones que tienen entre sí y las normas fundamentales de su sociedad.⁷⁴

Para la determinación de estos principios, Rawls parte de una situación hipotética que denomina la posición original, en la que el hombre ideal es alejado de sus circunstancias concretas, de sus intereses y objetos que lo mueven a actuar, y cubrirlo después de un velo de ignorancia. Así ubicado, este hombre sería capaz de formular los principios de justicia con base a un acuerdo justo, equitativo e imparcial, pues para que este procedimiento funcione en forma adecuada, se requiere que los sujetos en la posición original sean racionales y desinteresados, además de que posean cierta intuición de lo que es la justicia. Asimismo, deben ser ajenos a cualquier concepción del bien.⁷⁵ En este sentido, sería lógico suponer que los hombres elegirán por lo menos dos principios, el de igualdad en la repartición de los derechos y deberes básicos, así como aquel según el cual las desigualdades sociales y económicas solo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en especial, para los menos aventajados.

En la formulación de estos principios es importante el equilibrio reflexivo, es decir, constatar si los principios elegidos corresponden a la convicción que los hombres tienen sobre la justicia o bien, si la amplían. Es un equilibrio por la coincidencia entre los principios y juicios; es reflexivo, porque sabemos a qué principios se ajustan nuestros juicios y conocemos las premisas de su

⁷⁴ Ibidem, p. 49.

⁷⁵ Ibidem, p. 50.

derivación.⁷⁶ Con base en esta teoría, el profesor de la Universidad de Harvard pretende elaborar una teoría del deber, tomando, como estrategia para esta formulación, la práctica y la propia imagen que del hombre tenemos, para obtener de ellos los principios teóricos objetivos que justifican esa praxis.

Por otro lado, Habermas parte de la premisa de que uno de los problemas de legitimación que presenta el capitalismo se encuentra en su deficiente fundamento moral y el de su Derecho. Para resolver esta situación, según este autor, es necesario que el capitalismo sobrepase la distinción entre moral y Derecho mediante la creación de una moral universalista y política por medio de la razón. Para este fin sería necesario la creación de principios universales que no soporten excepciones, privilegios o restricciones en su ámbito de validez y, por el contrario, garanticen la igualdad en su aplicación mediante el formulismo jurídico.⁷⁷ A partir de lo anterior, el sistema jurídico sólo tendría justificación desde un punto de vista moral cuando permitiera al hombre alcanzar el máximo grado de libertad y de bienestar posible. El procedimiento que permite dar resultados universalizables, evitando la disociación entre moral y Derecho y asegurando la autonomía de los sujetos participantes, reconociendo su calidad moral, así como la posibilidad de su aplicación de forma igualitaria, es lo que el profesor alemán denomina la acción comunicativa.

Por otro lado, el constructivismo representado por los autores referidos, aporta una explicación sobre el origen de aquellos principios morales que calificamos como informadores de los derechos humanos, toda vez que para distinguirlos, como lo apunta Gómez Alcalá, nos servirá la moderna teoría ética, y en especial la constructivista, ya expuesta. No se puede demostrar la existencia de principios previos e independientes desde el punto de vista ético. Sin embargo, sí podemos llegar a la creación de los mismos en forma voluntaria y consciente por una sociedad particular o universal. El método Rawlsiano sería un buen

⁷⁶ Ibidem, pp. 50 a 52.

⁷⁷ Ibidem, p. 54.

procedimiento, partiendo de su equilibrio reflexivo, para llegar a ciertos criterios o principios que originalmente serían aceptados, o se supone que lo serían, por una colectividad. También sería útil el procedimiento que propone Habermas con su ética comunicativa, conjuntando a su vez al hombre real con su comunidad y, por otro lado, la teoría y la praxis, puesto que para la elaboración de la primera se tiene que partir de lo real y fáctico.⁷⁸

En resumen, decir que los derechos humanos son una cierta categoría de derechos que responden a la idea de la dignidad humana implica, en primer término, que se parte de la reflexión ética para sostener que detrás de cada uno de estos derechos existe un principio moral que los informa. Por otro lado, se toma en cuenta la reflexión jurídica que nos permite explicar que estos derechos no existen en sí mismos, sino que son creaciones del orden jurídico; idea que a su vez nos permite entender la especialización por la que transitaron los propios derechos a partir de su proceso de internacionalización. Es necesario reconocer este punto de equilibrio entre iusnaturalismo y positivismo, toda vez que, como lo sostiene Rodolfo Gómez, dentro de la historia de los Derechos Fundamentales encontramos dos momentos: el primero, el cual ya fue expuesto, lo constituye la reflexión filosófica que se hace sobre ellos. Sin embargo, esto no es suficiente, sino que se requiere de un segundo momento, en el campo del Derecho, con la creación jurídica de los mismos. Las dos etapas son indispensables e indisolubles, ya que según la forma como se haya abordado el primero serán los resultados que se apliquen a la etapa ulterior. Es por lo anterior que es necesario realizar un correcto análisis sobre los problemas que plantean los Derechos Fundamentales. Sin una adecuada teoría moral y jurídica de los derechos no es posible su positivización en forma adecuada; y, en consecuencia, sin reconocimiento jurídico, los Derechos Fundamentales quedan reducidos a meros postulados de principios morales sin aplicación.⁷⁹

⁷⁸ Ibidem, p. 60.

⁷⁹ Ibidem, p. 79.

Por tanto, para definir a estos derechos debemos partir de una premisa: las reflexiones éticas y jurídicas son inseparables, toda vez que ambas son imprescindibles para la comprensión del fenómeno de los derechos humanos, como lo sostiene Peces-Barba,⁸⁰ o bien, las dos etapas son indispensables e indisolubles, como lo precisa Gómez Alcalá. Sin embargo, se ambos coinciden en el sentido de que es necesario incorporar a esta definición, para que sea integral, una tercera reflexión: aquella relativa a la incidencia social. Esto es: una consideración de factores económicos, sociales y culturales, distinta de los éticos y jurídicos.⁸¹ Como lo sostiene el maestro español, aquella idea según la cual los valores morales formulados por los hombres, como condiciones básicas de sociabilidad, están condicionados por circunstancias históricas, sociales y culturales, al igual que los derechos que los reflejan.⁸²

Insisto: la reflexión ética, jurídica y social son imprescindibles para definir íntegramente a los derechos humanos. Sin embargo, cada estado en el ámbito doméstico y la comunidad internacional, han respondido de diferente forma a su reconocimiento y regulación. En nuestro país, el constitucionalismo nacional reguló a los derechos humanos a la manera de garantías como se verá a continuación.

1.5.1 Terminología de las garantías

Antes de la reforma declarada y aprobada por el Decreto público en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011; el Capítulo I del Título Primero de la Constitución se denominaba "De las garantías individuales". Así, el texto del artículo 1o omitía calificar como adjetivo alguno a esta idea al exponer: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".⁸³ En este sentido,

⁸⁰ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Op. cit., p. 40.

⁸¹ Ídem.

⁸² Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Op. cit., p. 194.

⁸³ www.diputados.gob.mx

se tiene como objetivo el estudio a lo relativo al Decreto de referencia, es decir, las modificaciones que en materia de derechos humanos se efectuaron al texto constitucional, al que resulta preciso dedicar algunas líneas a aquella idea, con el objeto de concluir en primer término, la terminología más adecuada.

El término garantía es equivoco; es decir, puede entenderse o interpretarse en varios sentidos o bien, dar ocasión a juicios diversos.⁸⁴ La doctrina ha identificado este vocablo con diversos conceptos, tales como: i) derechos humanos; ii) derechos subjetivos público; iii) mecanismo de protección de los derechos humanos, incluido el juicio de amparo, así como iv) compromisos u obligaciones del estado o bien, v) restricciones o límites a la actuación de la autoridad.

En primer término, autores como Martha Elba Izquierdo Muciño identifica a las garantías individuales con los derechos humanos al sostener que aquellas son derechos inherentes a la persona humana.⁸⁵ En este mismo sentido, don Alfonso Noriega Cantú expresa que los derechos del hombre —las garantías individuales— son derechos naturales, inherentes a la persona humana.⁸⁶ En relación con el segundo concepto, es decir, derechos subjetivos públicos, el profesor Juan Alberto Carbajal sostiene que las garantías individuales son aquellos derechos públicos subjetivos que protegen al ser humano en sus características y valores fundamentales *per se*, es decir, se adquieren por el solo hecho de ser personas o entes humanos.⁸⁷ Al respecto del tercer concepto, esto es, mecanismo de protección de los derechos humanos, incluido el juicio de amparo, don Mariano Azuela Rivera afirma que el término garantía es más bien aplicable al procedimiento que debe ponerse en práctica cuando el derecho es violado que para calificar al derecho mismo, el medio jurídico que es garantía

⁸⁴ *Diccionario de la lengua española*, consultable en la página de internet: www.rae.es

⁸⁵ Izquierdo Muciño, Martha Elba, *Garantías individuales*, Oxford University Press, México, 2008, p. 18.

⁸⁶ Noriega Cantú, Alfonso, *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, Op. cit., p. 111.

⁸⁷ Carbajal, Juan Alberto, *Teoría de la Constitución*, Porrúa, México, 2006, p. 42.

directo de los derechos individuales públicos es el juicio de amparo.⁸⁸

En este orden de ideas, el doctor Héctor Fix Zamudio, señala por una parte que sólo pueden estimarse como verdaderas garantías los medios jurídicos para hacer efectivos los mandatos constitucionales y, por otra, distingue entre garantías fundamentales que son las normas fundamentales o instituciones públicas tales como las garantías individuales, las sociales e institucionales, y garantías de la Constitución, entendidas como los métodos procesales, respectivos y readaptadores, que dan efectividad a los mandamientos fundamentales, cuando son desconocidos, violados o existe incertidumbre respecto de su forma o contenido.⁸⁹

Don Isidro Montiel y Duarte las llama garantías constitucionales; sostiene que todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía, aun cuando no forme parte de las individuales.⁹⁰ Por último, el licenciado Santiago Concuenda Cabezut afirma que la verdadera garantía constitucional es el juicio de amparo y no las llamadas garantías.⁹¹

En relación con el cuarto concepto, es decir, compromisos u obligaciones del Estado, el profesor Luis Bazdresch sostiene que la institución de las garantías implica el compromiso, la obligación expresa del Estado, de hacer que todas las autoridades gubernativas garanticen —es decir, que respeten, y en su caso hagan efectivos— a todos los habitantes de la República el mantenimiento de los hechos y el ejercicio de los distintos derechos de que tratan los artículos 2o a 28 de la Constitución.⁹² Asimismo, este autor concluye que los derechos humanos están adecuadamente protegidos por las garantías constitucionales, que políticamente tienen un significado *sui generis*, una aceptación y un contenido

⁸⁸ Azuela Rivera, Mariano, *Garantías*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Autónoma de Puebla, México, 2005, pp. 45, 70 y 71.

⁸⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1964, p. 56.

⁹⁰ Montiel y Duarte, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, Op. cit., p. 26.

⁹¹ Concuenda Cabezut, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, Oxford University Press, México, 2002, p. 144.

⁹² Bazdresch, Luis, *Garantías constitucionales. Curso introducción actualizado*, Trillas, México, 1998, p. 17.

especial, pues significan las restricciones impuestas por la soberanía a la actuación de las autoridades en general, para beneficio y protección personal de los individuos particulares.⁹³

En este sentido y en relación con el quinto concepto (esto es, restricciones o límites a la actuación de la autoridad), la doctora Loretta Ortiz Ahlf indica que las garantías individuales establecidas en nuestra Ley Fundamental son límites constitucionales a las facultades de la autoridad, las cuales todas ellas deben de respetar.⁹⁴

Expuesto lo anterior, se sostiene que la terminología más adecuada es la de garantías, toda vez que el constitucionalismo nacional reguló a los derechos humanos a través de esta idea y bajo dicha denominación, aunque es dable precisar que en algunos documentos se le arrojó un adjetivo: individuales. Para sostener esta postura, es necesario destacar algunas ideas en torno a los antecedentes históricos nacionales.

Así, el artículo 5o del Acta de 1847 fue el punto de partida de la manera en que el constitucionalismo nacional trató el tema de los derechos humanos. En primer término, dicho precepto simplemente los dio por supuestos, esto es, reconoció su existencia, pero no los enumeró ni caracterizó a la manera de la Declaración de Francia. En segundo lugar, el objeto de regulación fue lo que el propio artículo denominó garantías, es decir, aquellas de libertad, seguridad, propiedad e igualdad, que serían establecidas por una ley secundaria para asegurar los derechos del hombre que la propia Constitución reconoció. El segundo antecedente es el Voto Particular de don Mariano Otero del mismo año, el cual habló de garantías individuales. El tercero es el artículo 5o del Estatuto de Comonfort que, a la manera del Acta de 1847, además de los llamados derechos civiles, tuvo por objeto de regulación a las garantías, dando por supuestos a los

⁹³ Ídem, p. 28.

⁹⁴ Ortiz Ahlf, Loretta, "La protección internacional del individuo" en *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 1988-1989, núm. 19, p. 95.

derechos humanos, de las que gozaría todo habitante de la República, incluidos los extranjeros, bajo la condición, en este último caso, de reciprocidad internacional; a esta idea, la Sección Quinta del propio Estatuto le arrojó en su título el adjetivo de individuales, a la manera del “Voto de Otero”.

El cuarto antecedente es el artículo 1o de la Constitución de 1857, que, replicando aquellos documentos del constitucionalismo nacional, tuvo por objeto regular las garantías, las que de conformidad con su texto son otorgadas por la propia Constitución, cuyo respeto es obligación de todas las leyes y todas las autoridades del país. En quinto lugar, el Título XV del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano se denominó: “De las garantías individuales”. Sexto, el Capítulo I del Título Primero de la Constitución de 1917, siguiendo la terminología que aportó el Estatuto de Comonfort, y que replicó el de Maximiliano, se denominó: “De las garantías individuales”. Ahora bien, a la manera del Acta de 1847, el Estatuto de Comonfort, la Constitución de 1857 y el Estatuto de Maximiliano, esto es, del constitucionalismo nacional, el artículo 1° de aquella Constitución dio por supuestos los derechos humanos, al grado incluso de no mencionarlos y, desde luego, omitió su enumeración y caracterización. Dicho de otra forma, el objeto de regulación fueron las garantías que, de conformidad con aquel texto, son otorgadas por la propia Constitución y no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Ahora bien, por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se cambió la denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución, para quedar: “De los Derechos Humanos y sus Garantías”. Además, entre otras modificaciones, se reformó el párrafo primero del artículo 1o, indicando en su texto lo siguiente: “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". Es decir, se habló de garantías sin adjetivo alguno. Ahora bien, es ésta la terminología más adecuada si y solo si con ella se refiere a aquellas relaciones jurídicas que se establecen entre gobernante y gobernado, uno de cuyos objetos es el derecho subjetivo público a favor del segundo, que no es otra cosa más que la manera en que el constitucionalismo nacional reguló los derechos humanos.

Dicho de otra forma, hablar de garantías, sin necesidad de predicarles adjetivo alguno, implica que el constitucionalismo nacional reguló a estos derechos a través de relaciones jurídicas, concretándolos a través del establecimiento de derechos subjetivos públicos. Como se verá, de aceptar esta afirmación será necesario abordar a continuación dos temas; el primero, ¿qué son las garantías?

1.5.2 Las garantías como relaciones jurídicas

Una de las explicaciones doctrinales que con mayor precisión ha desarrollado el tema de las garantías es la del ilustre Ignacio Burgoa Orihuela. Esta teoría sobre la relación entre derechos humanos y garantías se encuentra principalmente en su obra *Las garantías individuales*⁹⁵. La premisa de la que parte este autor es que las garantías son relaciones jurídicas de supra a subordinación; es decir, se establecen entre dos entidades colocadas en distinto plano o posición, dado que en atención a las diversas acepciones del vocablo y de la idea "garantías" dentro del campo del derecho, nosotros prescindiremos de los múltiples significados que tienen, para contraer el concepto respectivo a la relación jurídica de supra subordinación de que vamos a hablar.⁹⁶

En este sentido, esa relación jurídica de supra subordinación en que se manifiesta la garantía consta de dos sujetos, a saber: el activo o gobernado y el pasivo, constituido por el estado y sus autoridades. El doctor Burgoa señala que,

⁹⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, Op. cit., pp. 159 a 193.

⁹⁶ Ibidem, p. 163.

si por gobernado se hubiera entendido únicamente al hombre, el adjetivo individuales con que se predicó a las garantías estaría justificado. Sin embargo, esto no es así. El primer problema que se presentó fue el relativo a si las personas morales eran también titulares de las referidas garantías. Esta cuestión fue resuelta por don Ignacio L. Vallarta en sentido afirmativo, al precisar que eran también titulares de las garantías las personas morales, en la medida en que un acto de autoridad lesiona su esfera jurídica. Esta postura se llevó al extremo de sostener que sería sujeto activo de las garantías todo aquél que se encontrara en la posición de gobernado –equivalente al término “individuo” usado por la Constitución- y, por ende, titular de aquéllas; resultaron así tanto las personas físicas, como las morales de derecho privado, social y público. Dicho de otra forma, por gobernado o sujeto activo de las garantías deben entenderse a aquellas personas en cuya esfera operen o vayan a operar actos de autoridad: “Las relaciones de supra subordinación son las que se entablan entre los órganos del Estado, por una parte, y en ejercicio del poder público traducido en diversos actos de autoridad, y por la otra, los sujetos en cuya esfera jurídica operen tales actos, mismos que tienen como atributos distintivos, según es bien sabido, la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad, conceptos éstos de que ya hemos hablado. El sujeto dentro de cuya esfera va a operar el acto de autoridad emanado de un órgano del Estado, asume, por esa sola circunstancia, el carácter de “gobernado”.⁹⁷

En relación con los objetos de esta relación jurídica en que se revela la garantía, el doctor Burgoa precisa que se tratan para el sujeto acto de un derecho subjetivo público, en tanto que para el pasivo de una obligación correlativa. En relación con el primer objeto: “La potestad de reclamar al Estado y sus autoridades el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre, y que constituye la manera como se traduce el derecho que para el sujeto activo de la relación jurídica multicitada o gobernado genera o implica esta misma, tiene la

⁹⁷ *Ibidem*, p. 168.

naturaleza de un derecho subjetivo público".⁹⁸ Aquella obligación, señala este autor, se revela en el respeto que el sujeto pasivo debe observar frente a los derechos subjetivos públicos del gobernado derivados de dicha garantía. El cumplimiento de esta obligación, esto es, la observación de dicho respeto, puede llevarse a cabo por el sujeto pasivo en términos generales, y según el caso, mediante una abstención, o un no hacer, o a través de una conducta positiva: "En el primer caso, la obligación que para el Estado y sus autoridades genera la relación jurídica en que se traduce la garantía individual, es de carácter positivo, mientras que en la segunda hipótesis es de índole activa".⁹⁹

Burgoa termina por señalar que el concepto de garantía individual se forma mediante la concurrencia de los siguientes elementos: i) relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujeto pasivo); ii) derecho subjetivo público que emana de dicha relación en favor del gobernado (objeto); iii) obligación correlativa a cargo del estado y sus autoridades, consiste en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad del mismo (objeto), y iv) previsión y regulación de la citada relación por la Ley Fundamental (fuente).¹⁰⁰ A partir de estas ideas, sostuve en otra ocasión que las garantías individuales son la relación jurídica que existe entre el gobernado, como sujeto activo, y el Estado y sus autoridades, como sujetos pasivos, cuyos objetos son el derecho público subjetivo en forma del primero y la obligación correlativa a cargo de los segundos, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo, todo lo cual tiene como fuente la previsión y regulación que de la citada relación hace la Ley Fundamental.¹⁰¹

Basta decir que esta teoría explica la manera en que el constitucionalismo nacional reguló a los derechos humanos, dándolos por supuestos, sin

⁹⁸ *Ibidem*, p. 177.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 181.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 185.

¹⁰¹ Corona Bárcenas, Luis Ignacio, *Nota sobre la suspensión de garantías y las facultades extraordinarias*, Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 2007, p. 109.

enumerarlos ni caracterizarlos, sino que en reconocimiento a ellos los reguló mediante relaciones jurídicas, concretándolos a través del establecimiento de derechos subjetivos públicos, esto es, facultades que son atribuidas por la norma jurídica al hombre, quien puede hacerlas valer frente al estado y sus autoridades; derechos subjetivos públicos que constituyen uno de los objetos de esas relaciones jurídicas que se establecen entre el gobernado y el propio Estado y sus autoridades; vínculos de derechos llamados garantías, creados por el orden jurídico para darles efectividad a los mencionados derechos mediante la previsión de sendas obligaciones a cargo del sujeto pasivo.

Apuntado lo anterior, es dable referir que frente a esta teoría se ha formulado una reacción crítica que, en principio, postula que no todo derecho humano puede configurarse a la manera de una relación jurídica. Dicho de otra forma, no todo derecho del hombre, aunque regulado en la forma de un derecho subjetivo público, puede hacerse valer frente a un sujeto pasivo determinado; o bien, la obligación de este no es del todo precisa en el texto constitucional. La segunda parte de esta crítica es que no toda "garantía" prevista en la Constitución implica la regulación de un derecho humano.

1.5.3 Relación entre derechos humanos y garantías

Los derechos humanos definidos integralmente como una cierta categoría de derechos que responden a la idea de la dignidad humana, en cuya configuración resultan indispensables tanto las reflexiones éticas y jurídicas como aquella consideración en factores históricos, sociales, económicos y culturales, fueron regulados por el constitucionalismo nacional a través de la idea de garantías, entendidas estas como relación jurídica que se establece entre el gobernado, sujeto activo y el Estado y sus autoridades, como sujetos pasivos. Dicho de otra forma, la relación entre derechos humanos y garantías puede resumirse en la siguiente tesis: el Estado mexicano, a través de su orden jurídico, en reconocimiento a los derechos humanos, los reguló mediante el establecimiento de derechos subjetivos públicos, a los que dotó de efectividad

mediante la creación de sendas garantías.

Esa idea de garantías con la que el constitucionalismo nacional reguló a los derechos humanos es un concepto intermedio entre los propios derechos humanos y los mecanismos para su protección. El término garantías, fue usado desde mediados del siglo XIX y todo el XX para denominar una concreta manera de regulación jurídica que, como quedó apuntado, se traduce en una relación jurídica que se establece entre el gobernado, sujeto activo y, el Estado y sus autoridades, como sujetos pasivos, uno de cuyos objetos es el derecho subjetivo público en favor del primero.

Este derecho subjetivo público, es creado por el orden jurídico precisamente en reconocimiento a la idea de la dignidad humana. Por tanto, los derechos humanos y las garantías son expresiones de una misma realidad: se trata de dos términos que en el fondo implican una cierta categoría de derechos creados por el orden jurídico en atención a la dignidad de la persona; derechos establecidos para permitir al hombre desarrollarse y que constituyen un límite a la actuación del poder público. Sin embargo, no se debe confundir a los derechos humanos con los derechos subjetivos públicos, toda vez que como quedó apuntado, si bien es cierto que en ambos casos se tratan de ciertos derechos creados por el orden jurídico, también lo es que los derechos humanos se les puede arrojar la concreta estructura jurídica de un derecho subjetivo público, es decir, derechos que se hacen valer frente a un sujeto también público (el Estado y sus autoridades). De ahí que la segunda diferencia estriba en que los derechos humanos son oponibles tanto a la autoridad como al propio hombre, y los derechos subjetivos públicos, como su nombre lo indica, únicamente se hacen valer frente al Estado y sus autoridades. A partir de esta segunda diferencia, y con apoyo en el plano internacional, es dable sostener que los derechos humanos se distinguen de los subjetivos públicos por su extensión; los derechos humanos implican una cierta categoría de derechos más amplia.

Dicho lo anterior, la primera crítica a la manera en que el constitucionalismo nacional reguló a los derechos humanos, es que esta idea de garantías entendida como una concreta manera de regulación es insuficiente para explicar integralmente a estos derechos, toda vez que como se mencionó, frente a esta teoría que explica la relación entre derechos humanos y garantías, se ha formulado una reacción crítica que, en principio, postula que no todo derecho humano puede configurarse a la manera de una relación jurídica. Dicho de otra forma, no todo derecho del hombre, aunque regulado en la forma de un derecho subjetivo público, puede hacerse valer frente a un sujeto pasivo determinado o bien, la obligación de este no es del todo precisa en el texto constitucional.

En este sentido, el doctor Gómez Alcalá señala que esta reacción crítica obedece a que no todo derecho fundamental, como él lo denomina, tiene la misma estructura jurídica. En efecto, en opinión del maestro la regulación a partir de derechos subjetivos públicos únicamente responde a los derechos de libertad del individuo;¹⁰² pero otros derechos, que están configurados como subjetivos, inciden en derechos de participación, como los políticos, donde se regula la intervención del hombre en la formación y la emisión de la actuación del poder público.¹⁰³

Por último, tenemos una tercera categoría de derechos que si bien no implican obligaciones de abstención a cargo del Estado, tampoco confieren directamente un derecho subjetivo, como lo sigue exponiendo el autor, dado que imponen una obligación de resultado o finalidad, el cual requiere de complementación y desarrollo por parte del poder público. Estos son los derechos prestación. Si bien imponen una obligación de hacer, no establecen la forma en que lo deben realizar, sino que únicamente indican el fin que debe lograr. Se llaman derechos de crédito y son los que tienen un contenido económico, social, cultural, como el Derecho a la educación, a la salud, a la protección a la infancia,

¹⁰² Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Op. cit., p. 187.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 187 y 188.

etc. Requieren del complemento por parte de leyes para que les otorguen a los individuos o a los grupos sociales auténticos derechos subjetivos. Se configuran a través de normas que imponen directrices, mandatos o fines a los órganos públicos.¹⁰⁴

Si esto es así, la segunda crítica es que el objeto de regulación no fueron los derechos humanos, sino las garantías. Uno de los argumentos es que, conforme a la Constitución de 1857, así como según el texto original de la Ley de 1917, el juicio de amparo resultaba procedente por la violación de las garantías, no de los derechos. Dicho de otra forma, esta crítica se endereza al hecho de remediar la violación del concepto intermedio —garantía—, con el juicio de amparo.

El segundo argumento es que la idea de los derechos humanos, conforme al ejemplo internacional, es un concepto mucho más amplio que el de los derechos subjetivos públicos, cuya regulación a partir de relaciones jurídicas llamadas garantías, insisto, es insuficiente para explicar en toda su amplitud el concepto de los derechos humanos.

La tercera crítica, como veremos es mantener en el texto constitucional reformado por el Decreto del 10 de junio de 2011, el término garantías, si bien es cierto que una de las aportaciones de aquel fue reconocer a los derechos humanos de forma clara y precisa en la Constitución, también lo es que la crítica será al uso simultáneo de ambas expresiones. Más aún; la crítica es que ahora, conforme a la reforma que se comenta, al juicio de amparo y, en general, a todo mecanismo de protección de los derechos humanos se le llama precisamente de esa forma (garantías), manteniendo con ello el resabio de esta terminología a la que se le dio una connotación particular desde mediados del siglo XIX y todo el XX.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 188.

1.6 Resultados de la reforma constitucional en materia de derechos humanos

El 23 de marzo de 2011, la Cámara de Diputados aprobó el Proyecto de Resolución por el que manifestó su acuerdo para que el Senado, como Cámara Revisora, remitirá a las legislaturas de los estados, solo lo que había sido aprobado por ambas Cámaras. El día 24 del mismo mes, el Senado de la República remitió el Proyecto de Decreto. El 1 de junio de 2011 se declaró aprobado el Decreto al contar con la anuencia de 21 congresos locales.¹⁰⁵ El 9 de junio de 2011, el Titular del Ejecutivo Federal sancionó el Decreto así aprobado, mismo que se publicó en el Diario Oficial de la Federación por lo que entró en vigor al día siguiente. Por tanto, el objeto de las siguientes líneas será dar cuenta de lo resuelto en la reforma y contenidos en aquel Decreto.

En el decreto de referencia se declaró aprobada la modificación de la denominación del Capítulo I del Título Primero, reformando diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En efecto, el primer resultado fue el cambio de rumbo del capítulo de mérito, para quedar: "De los Derechos Humanos y sus Garantías". En relación con el artículo 1o, se modificaron los párrafos primero y quinto, y se adicionaron dos nuevos párrafos, segundo y tercero, recorriéndose los actuales en su orden.

También, se declaró aprobada la modificación del párrafo segundo del artículo 3o de la Constitución, con el único objeto de incluir "el respeto a los derechos humanos" como una de las finalidades que la educación pública deberá fomentar en el ser humano: "La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en

¹⁰⁵ Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guerrero, Estado de México, Michoacán, Nayarit, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosi, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y Zacatecas. El Congreso del Estado de Guanajuato votó en contra.

él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia”.

En relación con el artículo 11 constitucional, se reformó el párrafo primero para sustituir la expresión “Todo hombre” por “Toda persona”: “Toda persona tiene derecho para entrar a la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad jurisdiccional, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país”.

Asimismo, se adicionó un nuevo párrafo segundo para incluir los derechos al asilo y el refugio: “En caso de persecución, por motivo de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones”.

Por otro lado, se reformó el artículo 15 constitucional con el objeto de prohibir la celebración de convenios o tratados en virtud de los que se alteren “los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”, en sustitución de la prohibición de celebrar aquellos instrumentos internacionales que alteraran “las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano”, para quedar como sigue: “No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.

Asimismo, se reformó el párrafo segundo del artículo 18 de la Constitución para incluir el "respecto a los derechos humanos" como una de las bases sobre las que se organizará el sistema penitenciario, como medio para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad: "El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto".

En relación con el artículo 29 constitucional, en primer término se reformó el párrafo primero con el objeto de: i) incluir la figura de la "restricción"; ii) ampliar esta y la suspensión no sólo a las garantías sino también a los "derechos", precisando además que en ambos casos se trata del ejercicio de unas y otras, y iii) incluir dos cambios de redacción: uno, el relativo a la Comisión Permanente, y el otro, la sustitución de las expresiones "determinado individuo" por "determinada persona" y "sin demora" por "de inmediato". Dicho párrafo quedó en los siguientes términos: "En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuración General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y la garantía que fuesen obstáculo para hacer frente, rápido y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevención generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde". Asimismo, se adicionaron los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto

al precepto de referencia.¹⁰⁶

Por otro lado, se reformó la fracción X del artículo 89 constitucional, para incluir: "el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos" como uno de los principios normativos que deberá observar el Presidente en la condición de la política exterior. Dicha fracción quedó redactada en los siguientes términos: "Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar, reservar y formular declaraciones interpretativas sobre los mismo, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la condición de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales".

En relación con el artículo 102 constitucional, apartado B, se reformó el párrafo segundo: "Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o

¹⁰⁶ Así quedó el texto constitucional: "...En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, I - 50 racionalidad, proclamación, publica y no discriminación. Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión. Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez."

servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa". Asimismo, se reformó el párrafo tercero para incluir los asuntos laborales dentro de la competencia de estos organismos; en sentido contrario, el párrafo de referencia quedó redactado de la siguiente forma: "Estos organismos no serán competente tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales". Por otro lado, se adicionaron los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero, recorriéndose en su orden los actuales, al apartado y artículo de referencia.

En relación con el régimen transitorio, de conformidad con el artículo primero, como quedó apuntado, el Decreto de referencia entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, esto es, el sábado 11 de junio de 2011. Por otro lado, en términos de lo dispuesto por los artículos segundo, tercero, cuarto, quinto, séptimo y octavo transitorios, respectivamente, se estableció un plazo máximo de un año, contado a partir de aquella fecha, para: i) expedir la ley a que se refiere el párrafo tercero del artículo 1o constitucional, sobre reparación; ii) expedir la ley a que se refiere el artículo 11 de la Constitución, sobre el asilo; iii) que el Congreso de la Unión expida la Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional, en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías; iv) que el Congreso de la Unión expida la Ley Reglamentaria del artículo 33 de la Constitución, en materia de expulsión de extranjeros —mientras tanto este precepto seguirá aplicando en los términos del texto hasta entonces vigente—; v) que las legislaturas realicen las adecuaciones que correspondan, en lo que se refiere al apartado B del artículo 102 constitucional, y la autonomía de los organismos locales de derechos humanos; y, vi) que el Congreso de la Unión realice las adecuaciones conducentes a la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

En otro orden de ideas, de conformidad con el artículo sexto transitorio, los casos previstos en el párrafo segundo del artículo 97 constitucional, que estén pendientes de resolución al momento de entrar en vigor la reforma, los continuará desahogando la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta su conclusión. Por último, en términos del artículo noveno transitorio: “Se derogan todas las disposiciones que contravengan el presente decreto”.

1.6.1 El cambio de denominación

La reforma implica un cambio conceptual, como lo pretendió el primer dictamen de la Cámara de Senados, toda vez que, bajo el argumento de la adecuación del texto constitucional al derecho internacional, reconoció claramente a los derechos humanos y los ubicó como el objeto de regulación, con lo que se resolvió el problema consistente en centrar la atención en la regulación —garantías— y no en lo regulado —derechos humanos—. A partir de la reforma de 2011, debemos interpretar que la adopción de la expresión “derechos humanos” implica que lo regulado a la manera de garantías o a través de cualquier otra estructura jurídica son derechos humanos.

En la práctica, es indispensable esta interpretación para aplicar la reforma en materia de amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, así como para resolver la contradicción de términos suscitada con motivo de la creación de los organismos de protección de los derechos humanos, a partir de la adición de un apartado B al artículo 102 de la Constitución, por Decreto publicado en el mismo Diario Oficial el 28 de enero de 1992.

Sin embargo, la crítica a la reforma es el empleo simultáneo de los términos “derechos humanos” y “garantías” en el rumbo del Capítulo I del Título Primero y, en otros, en el artículo 1o de la Constitución, toda vez que si con motivo de aquella se reconoció claramente a los derechos humanos, ubicándolos con el objeto de regulación, debió suprimirse el término garantías, porque éste, como quedó apuntado líneas arriba, tuvo una connotación particular desde mediados

del siglo XIX y todo el XX, toda vez que, por una parte, fue entendido como relaciones jurídicas que se establecen entre el gobernado, sujeto activo y, el Estado y sus autoridades, como sujetos pasivos, uno de cuyos objetos es el derecho subjetivo público en favor del primero.

Por otra parte, los términos derechos humanos y garantías son expresiones de una misma realidad: derechos creados en atención a la idea de la dignidad humana, que le permiten al hombre desarrollarse y que constituyen un límite a la actuación del poder público. La solución es el cambio de denominación. Sostengo que es necesario reemplazar el término “garantías” por el de “mecanismos de protección de los derechos humanos”; afirmación que implica, distinguir entre la concreta manera de regulación jurídica de los derechos en la Constitución y los medios previstos en la misma para su protección, para remediar su violación.

En ese tenor, la primera propuesta es la modificación de la denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución, para quedar: “De los Derechos Humanos”, a la manera de la contenida en el primer dictamen de la Cámara de Diputados, que sin ofrecer razón alguna varió el Senado. El argumento, además de lo expuesto, parafraseando a don Emilio Rabasa, es que lo que contiene el capítulo de mérito son derechos humanos —regulados a través de diferentes estructuras jurídicas— pero no mecanismos para su protección. La segunda propuesta es la reforma del párrafo primero del artículo 1o constitucional, para quedar: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de los mecanismos para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. El primer argumento es que los derechos humanos como quedó apuntado, no existen en sí mismos, sino que son creados por el orden jurídico en respuesta a la idea de la dignidad humana. Por tanto, el verbo que se propone para la redacción del precepto es establecer. El segundo argumento es que

debemos evitar el empleo del término garantías en el texto constitucional, porque este, conforme a nuestra tradición, tiene una connotación diferente a la de mecanismo de protección. Así, el término que se propone el artículo 1o es precisamente el de mecanismos de protección, evitando así cualquier confusión con aquel resabio de nuestro constitucionalismo nacional: la idea de garantía.

No obstante esta crítica, la protección de la reforma es de la mayor relevancia. En primer término, por la adaptación de la Constitución del término "derechos humanos". Por otra parte, se dio cumplimiento a la recomendación formulada por la Oficina en México de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, toda vez que estos derechos fueron incorporados al sistema constitucional de manera plena y clara. Esta idea, en la que coincidieron iniciativas y dictámenes, tuvo como argumento la adecuación del texto constitucional al derecho internacional, empleando para ello la terminología comúnmente aceptada: derechos humanos. De igual forma, con esta adopción fue resuelta la contradicción de términos expuesta líneas arriba.

En segundo lugar, apuntaremos que la reforma les dio carácter constitucional a los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, conforme al párrafo primero del artículo 1o de la Constitución. El primer efecto es que este tipo de derechos se incorporan a la Constitución sin necesidad de modificarla, y gozar de su misma jerarquía normativa frente al resto del orden jurídico. El segundo efecto, conforme a la reforma del 6 de junio de 2011, es la procedencia del juicio de amparo por la violación de estos derechos.

La tercera aportación fue la incorporación a la Constitución del principio *pro homine*, conforme al párrafo segundo del artículo 1o constitucional: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo a todo tiempo a las personas la protección más amplia". El doctor José Cossio Díaz

explica este principio al sostener que la prevalencia de una norma sobre otra para su mayor protección de los derechos fundamentales, independientemente de su ubicación en el entramado jurídico.¹⁰⁷ La premisa de la que parte el Ministro es que los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano no debe ser equiparados a los instrumentos internacionales incorporados a derecho interno en otra materia, toda vez que tienen una naturaleza jurídica distinta, su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. De este modo, al aprobar tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su imperio.¹⁰⁸

En resumen, apunta el doctor Cossío, que el principio *pro homine* obliga a que una norma que protege derechos humanos con mayor amplitud, prevalezca sobre una norma con disposiciones más restrictivas; que las normas de un tratado, en la medida en que su contenido enriquezca las disposiciones de una norma constitucional que contenga derechos fundamentales, deben prevalecer en el orden jurídico interno, o viceversa, es decir, que, si en una ley determinado derecho fundamental está consagrado con un alcance mayor que el establecido por las normas internacionales, será aquella la que prevalecerá.¹⁰⁹

Por tanto, este principio se traduce en un criterio de interpretación en favor del hombre, que resolverá la aplicación de la norma más favorable o bien, de la menos restrictiva en materia de derechos humanos, en caso de antinomia entre el texto constitucional y el del tratado internacional respectivo. En este sentido, el principio puede ser entendido desde un punto de vista positivo —la norma que más favorezca— y desde uno negativo —la norma menos restrictiva.

¹⁰⁷ Cossío Díaz, José Ramón, "Los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales y el principio *pro homine*" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, 2007, T. LVII, núm. 247, enero-junio de 2007, p. 381.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 378.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 382.

CAPÍTULO SEGUNDO

MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este capítulo explicaré de manera general los medios de protección de los derechos humanos, en los diferentes planos y latitudes en que se encuentran.

Asimismo, analizaré la importancia que tiene la interrelación de la protección nacional e internacional de mi objeto de estudio, lo que posteriormente dará lugar para hacer una clasificación de los medios de tutela jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales, en cuyos ámbitos complementarios se ventilan las quejas y denuncias por violaciones a derechos humanos, tomando en cuenta que la fuerza jurídica de sus resoluciones tienen una naturaleza diferente.

Cabe señalar que puede haber diversas categorías de clasificación de los derechos humanos, pero a mi modo de ver, esta sería la más ejemplificativa para desarrollar un esquema que me permita llegar a la conclusión final.

2.1 Interrelación de la protección nacional e internacional

El progresivo impulso que ha tenido el tema de los derechos humanos en el mundo, ha sido ocasión para que los sistemas jurídico, incluido el nuestro, planteen soluciones a la inquietud de si los organismos jurisdiccionales de derechos humanos son o no complementarios, o si bien deben considerarse como subsidiarios. De ello, se deriva otra pregunta; esta vez sobre el carácter obligatorio de las resoluciones de estos organismos en el ámbito interno, así como su compatibilidad con la jurisdicción de los tribunales nacionales.

Este movimiento que se ha calificado de "progresivo", no parece que vaya a detenerse. Antes bien, la proliferación de organismos internacionales competentes para conocer asuntos de derechos humanos, y la mayor extensión de sus atribuciones, demuestra que la tendencia está en aumento, y que es

necesario que los sistemas jurídicos prevean modelos de compatibilidad y armonización adecuados.

Para abordar todas las problemáticas planteadas, habrá que recordar que todo orden constitucional es soberano por definición. Supremacía que, como atinadamente señala el maestro Jorge Carpizo,¹¹⁰ es de dos formas: material y formal. De aquí que la vinculación que tengan las disposiciones internacionales con el derecho interno dependerá de lo que defina la propia constitución.

La supremacía desde el punto de vista material, implica que todo acto contra la constitución carece de valor jurídico, incluyendo los tratados internacionales, ya que no se pueden delegar las facultades otorgadas por la Carta Magna. Los únicos competentes para celebrar tratados son aquellos a los que la Constitución les concede tal facultad.

En cuanto al punto de vista formal de la supremacía constitucional, esta consiste en que la Constitución solo es reformable mediante el procedimiento establecido por los artículos 135 y 73, fracción III, tratándose de Constituciones rígidas y escritas, como la nuestra. En conclusión, un tratado internacional para que tenga aplicabilidad debe ir conforme a la Constitución.

Un aspecto que resulta innegable, es que los tratados internacionales que firma el Presidente y que aprueba el Senado, una vez promulgados, tienen vigencia inmediata y directa en el ámbito nacional; por tanto, no requieren una legislación instrumental para incorporarlos al sistema legal nacional.¹¹¹

De conformidad a la teoría monista que adopta nuestro sistema, ambos órdenes jurídicos tienen una misma fuente de validez, que es precisamente la Constitución. Los tratados internacionales tienen toda la fuerza de una ley emitida por el Congreso de la Unión, por lo cual vinculan omnímodamente a todas las

¹¹⁰ Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, UNAM, México, 1983, pp. 13 y ss.

¹¹¹ Corcuera Cabezut, Santiago, *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Op. cit., pp. 237 y ss.

autoridades internas del país, entiéndase locales y federales. Sin embargo, esto no resuelve el problema de la jerarquía de los tratados internacionales respecto de las leyes internas, bajo lo cual se amparan muchas veces los tribunales y jueces para dejar de aplicar con todo rigor estos tratados.

A pesar de que no se ha dado aún una reforma constitucional al artículo 133, el conflicto jerárquico entre leyes y tratados internacionales —entiéndase también la relación del orden jurídico internacional y el interno— recibió un giro en 2015 mediante la jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte DE Justicia de la Nación de rubro “DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA.”, en la que sostuvo que los tratados internacionales se ubican por encima de las leyes federales, pero —al igual que en el caso de la Constitución—, siempre y cuando no exista una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, lugar en el que se deberá atender a lo que indica la norma constitucional, criterio que no se comparte al resultar una limitación efectiva a los derechos humanos.

El antecedente de lo señalado, viene de un tortuoso desarrollo de la interpretación del artículo 133 Constitucional, especialmente porque la disposición constitucional, en su redacción inicial, no tuvo por objeto situar la ordenación de las fuentes, sino establecer la supremacía constitucional y la prevalencia del Pacto federal sobre el ámbito local, señalando que las normas que conformarían la ley suprema de la Unión, se situarían por encima de la legislación local y su aplicación por medio de los jueces. En realidad, la distinción es con respecto al ámbito nacional y de cara a una relación de competencia entre la Federación y las Entidades Federativas, sosteniendo las restricciones que propiamente se imponen en la Constitución.

La intencionalidad de la Corte ha sido resolver esta especie de vinculación paralela entre las leyes emanadas de la Constitución y los tratados que están de acuerdo con la misma, para constituirse como normas supremas de la Unión. En una primera postura se mantuvo la igualdad jerárquica entre ambas fuentes, por lo que consecuentemente el principio interpretativo aplicable a la norma en conflicto fue el de *lex posteriori derogatoriori*, con la problemática que esto puede traer consigo. Especialmente porque es evidente que el tratado o sus partes no pueden ser derogados por mecanismos internos, salvo que se implemente el procedimiento de denuncia que establece el propio instrumento.

La segunda postura se ha desmarcado de esta tendencia y ha establecido una clara distinción jerárquica entre leyes y tratados o leyes federales, porque no siguió un criterio distintivo entre estas y las constitucionales o generales, como ha sido hasta fechas recientes.

La postura de la Suprema Corte de Justicia, con anterioridad a la Novena Época, es decir, la que se conformó con posterioridad a las reformas de 1994 que propiciaron una nueva conformación de la Corte, y, de alguna suerte, su tránsito hacia la conformación de un auténtico Tribunal Constitucional, puede resumirse en la tesis bajo el rubro "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA",¹¹² en la que se precisaron los siguientes aspectos: a) que tanto los tratados internacionales como las leyes emanadas de la Constitución tienen rango inmediatamente inferior a la Constitución en la ordenación jerárquica de las normas; b) que, al tener ambos cuerpos normativos idéntica jerarquía, ninguno de los dos ordenamientos puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de otro.

A la postre, el problema que se presentaba era mayúsculo por las contradicciones que surgían entre leyes y tratados, y porque no era posible

¹¹² Tesis: P. C/92, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Núm. 60, Diciembre de 1992, p. 27.

derogar a los últimos, acrecentando el riesgo de caer en responsabilidad internacional por parte del Estado mexicano.

Como ya se vio, el salto cualitativo se dio con la tesis de rubro "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",¹¹³ la Corte define el sitio que en la ordenación de fuentes ocuparían las leyes "emanadas de la constitución"; esto es, las leyes constitucionales en sentido material, leyes de carácter general a leyes generales, y que, mediante la posibilidad de un desarrollo ulterior, podrían asemejarse a las leyes orgánicas.

Enfatiza que la jerarquía de los tratados internacionales se da en la medida que el Estado mexicano, al suscribirlos y además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "*pacta sunt servanda*", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone una responsabilidad de carácter internacional. Sin embargo, no se modificó el criterio con respecto a la ordenación de los tratados internacionales.¹¹⁴

Por otro lado, en el caso de los tratados internacionales sobre derechos humanos, sobre los cuales también se ha generado polémica acerca de la jerarquía constitucional que se les quiere dar, cabe señalar que son verdaderos ordenamientos de ámbito de aplicación interna, tal como son los derechos establecidos en la Constitución, y por ende deben ser respetados por las autoridades internas, tanto locales como federales. Así también, el juez nacional

¹¹³ Tesis: P. IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Abril de 2007, p. 6.

¹¹⁴ Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en España y México*, Porrúa, México, 2009, pp. 282 a 292.

que se constituya en intérprete del tratado para efectos de su aplicación en el ámbito interno, deberá tomar en cuenta los precedentes interpretativos emitidos por los órganos internacionales encargados de vigilar el cumplimiento y la interpretación de los tratados respectivos, como el Comité de Derechos Humanos creado conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por mencionar algunos.

Es los últimos años se han generado un sinnúmero de propuestas académicas y de proyectos doctrinales¹¹⁵ que permitirían dar mayor efectividad al derecho internacional en el derecho interno, como se verá más adelante.

Las dificultades para aplicar las resoluciones de organismos internacionales en el derecho interno denotan que es necesario fortalecer y hacer más explícitos los mecanismos de armonización entre las normas protectoras de los derechos humanos, internacionales e internas, dentro de los cuales destaca el tema de la aplicación de las resoluciones de carácter judicial, y la procedencia de los instrumentos judiciales internos ante el incumplimiento de la resoluciones internacionales declarado por instancias internacionales. De ahí que sea importante establecer los medios de protección con que cuenta el gobernado para garantizar el respeto a sus derechos humanos.

2.2 Medios de protección jurisdiccionales y no jurisdiccionales

Para introducirnos en este apartado, es importante sentar como base que el estado se encuentra al servicio de los individuos que lo conforman.¹¹⁶

¹¹⁵ Al respecto, José Luis Caballero Ochoa menciona: "Los cuatro elementos que me permitió seguir para su integración en el artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a los principios sobre derechos fundamentales son: la relevancia explícita de tipo constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos; el criterio de interpretación conforme de los derechos fundamentales respecto de los consignados en la norma convencional; la especificación de una cláusula *pro persona* como parámetro de aplicación de uno y otro ordenamiento en caso de antinomias; y, la obligación de ejecutar las resoluciones de los organismos previstos en los tratados, especialmente las sentencias de los tribunales". Caballero Ochoa, José Luis, Op. cit., p. 343.

¹¹⁶ George Jellinek afirma que el Estado es función y no substancia, pues no existen sociedades sin hombres que la conformen. Substancia es aquel ser que es en sí y no en otro. Es evidente que, en el Estado, la sociedad es en el hombre, luego no es substancia, función que significa aquella realidad que se desenvuelve por virtud

En razón de la premisa anterior, el gobierno de cualquier Estado democrático, en el sentido más amplio del término, se encuentra comprometido y obligado a defender y garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de cada individuo, sin importar su raza, género, edad, religión, condición social, preferencia sexual o cualquier otra distinción. Los derechos humanos en consecuencia, deben ser el fin del estado, y este solo podrá funcionar como tal si respeta en todo su significado la individualidad del ser humano. Esto que parecía incuestionable, desde el origen ha parecido desvanecerse en muchas etapas de la vida estatal, no porque se pusiera en entredicho la existencia de los derechos humanos como centro, sino porque, de alguna manera, se trastocaron los principios de jerarquía, dándose preminencia y mayor importancia a la funcionalidad de la estructura estatal por encima de los derechos fundamentales, lo que trajo consigo la desprotección de la esfera jurídica del individuo, de las comunidades y de los grupos vulnerables.

Retomando lo dicho, si el deber del Estado es defender (a través de un marco jurídico suficiente: que los derechos fundamentales formen parte del Derecho positivo y/o cuenten con un sistema de armonización en relación con las normas internacionales en la materia), promover y acrecentar el goce de los derechos humanos, se puede concluir que existe una razón especial para encomendar esta labor al Poder Judicial. Esto tiene su origen en la esencia misma de la función judicial y en el principio de división y equilibrio de los órganos de poder. Al respecto, Ricardo J. Sepúlveda Inuíniz, indica que la función judicial está orientada a la resolución de conflictos en la aplicación de la ley, por lo que su tarea está puesta al servicio del individuo que es quien puede considerarse afectado en la aplicación de la ley, ya sea frente a otro particular o bien en sus relaciones con la autoridad.¹¹⁷

de otro, en este caso, el Estado logra su existencia y cabal desarrollo en la substancia. El Estado como relación depende del hombre como substancia. Jellinek, George, *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1943, p. 111.

¹¹⁷ Sepúlveda Iguíniz, Ricardo Jesús, *La relación entre los sistemas internacional e interno en la protección de los Derechos Humanos, Diagnóstico y Propuestas sobre los sistemas de impartición de justicia en México*, Themis, México, 2004, pp. 918 y ss.

Por esta razón resulta altamente importante vincular la labor que realizan los jueces y magistrados, miembros del Poder Judicial, con la defensa de los derechos humanos, no solamente en términos teóricos, sino en la experiencia más práctica y cotidiana. Así, el Poder Judicial, al defender la norma escrita (cuando coincida con el contenido de un derecho humano) se convierte en defensor de los mismos.

2.3 Protección jurisdiccional en sede interna, en el continente Americano

Para explicar la protección jurisdiccional, he tomado como base dos sistemas que, por sus contrastes y similitudes, se han desarrollado en circunstancias económicas, políticas y culturales diferentes, pero que finalmente buscan un mismo objetivo: la tutela de los derechos humanos en sede interna por diversos países.

Como lo indica Fix-Zamudio, el tema de la tutela judicial de los derechos humanos en los ordenamientos latinoamericanos y su proyección en el sistema interamericano es sumamente complejo, tornando en consideración que nuestros países han recibido, en su ámbito interno, una influencia angloamericana, especialmente a través del ordenamiento constitucional de los Estados Unidos de América, que sirvió de paradigma en los primeros años de la independencia de España y, un poco más adelante, también respecto a Brasil.¹¹⁸

Además, debe tomarse en consideración que el modelo estadounidense se introdujo en Latinoamérica en ordenamientos que se habían forjado en la tradición Romano-Canónica, a través de más de tres siglos de dominación española y portuguesa, por lo que su resultado fueron productos híbridos, debido al "trasplante legal" de la revisión judicial angloamericana, que en los Estados Unidos de América debe considerarse como un principio y no como una serie de

¹¹⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos, Estudios Comparativos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1999, p. 175.

procedimientos concretos, en tanto que en nuestra región se tradujo en la creación de instituciones procesales específicas, como lo refiere Alan Watson.¹¹⁹

Así, en este capítulo, se busca trazar un panorama, forzosamente incompleto, de las principales instituciones procesales que tienen como función esencial, o en ocasiones indirecta, proteger los derechos humanos en los ordenamientos latinoamericanos.

a) Habeas corpus o exhibición personal

Esta institución de origen británico constituye la excepción a la afirmación hecha con anterioridad, acerca de que el modelo angloamericano de tutela jurisdiccional de las normas y valores constitucionales debe considerarse como un principio y no como instituciones procesales concretas, ya que esta institución tutelar de la libertad personal se conformó, desde sus orígenes, como un procedimiento específico.

El *habeas corpus*, que también recibe la denominación castellana de "exhibición personal", se ha consagrado en la casi totalidad de las Constituciones Latinoamericanas, con el significado clásico de un procedimiento judicial para la tutela de la libertad y la integridad personal en contra de detenciones arbitrarias, generalmente de carácter administrativo; es decir, las ordenadas y practicadas por el Ministerio Público o por la policía, las que son muy frecuentes en nuestra región y, de manera excepcional, se admite respecto de resoluciones judiciales.

García Belaúnde, expone que la razón por la cual este instrumento protector ha tenido una aceptación casi unánime en los ordenamientos latinoamericanos se debe, en primer término, a la influencia del derecho angloamericano, tanto de manera directa en virtud de la ley británica de 1679, como a través de su

¹¹⁹ Watson, Alan, *Legal Transplants*, Edinburgh Scottish Academic Press, 1974, p. 176.

aplicación en el derecho estadounidense,¹²⁰ pero también por el recuerdo de uno de los procesos forales aragoneses, el de "manifestación de las personas" o de "amparo", que surgió también como la institución inglesa, en la Edad Media, pero que tuvo su periodo de esplendor entre los siglos XIV y XVI, con el desarrollo más amplio que el propio *habeas corpus*, como lo han hecho notar los tratadistas que han realizado un análisis comparativo de ambas instituciones.

Si pasamos revista a las Constituciones Latinoamericanas, el *habeas corpus* o exhibición personal, está regulado en disposiciones de los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

En cuanto a las modalidades del *habeas corpus* en Latinoamérica, podemos destacar que en varias ocasiones se les ha hipertrofiado para utilizarlos, a falta de un instrumento específico, para la tutela de los Derechos Fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente. Esto refuerza nuestra convicción de la necesidad de instrumentos adecuados a la protección procesal de los citados Derechos Humanos, como se advierte tratándose del amparo y del mandado de seguridad, que subsisten al lado del propio *habeas corpus*, en los casos de Argentina, Bolivia, Brasil y Perú.

b) Derecho de Amparo

Fix-Zamudio, refiere que el proceso de amparo, calificado a veces como juicio y en otras como acción o recurso, surgió en el derecho latinoamericano como un aspecto de la revisión judicial estadounidense, pues si bien su denominación se debe a la tradición hispánica,¹²¹ los creadores de la institución

¹²⁰ García Belaúnde, Domingo, *El Hábeas Corpus en el Perú*, Lima, Universidad Nacional de San Marco, Perú, 1979, pp. 1 a 45.

¹²¹ Fix-Zamudio, Héctor, "The writ of Amparo in Latin America", trad. de Carl E. Schwarz, en *Lawyers of the Americas*, Vol. 13, Núm. 3, Invierno 1981, pp. 304 a 391.

en el ordenamiento mexicano, es decir, Manuel Crescencio Rejón en la Constitución de Yucatán de 1841, Mariano Otero en el Acta de Reformas a la Constitución de 1824, expedida en mayo de 1847, y los constituyentes de 1856 y 1857, quienes consagraron la institución el 5 de febrero de 1857, se inspiraron en el sistema judicial estadounidense, tal como fue divulgado por Alexis de Tocqueville en su libro *La Democracia en América*.

Una vez establecido en México el juicio de amparo como instrumento para la tutela de los derechos de carácter individual, trascendió a varios ordenamientos de América Latina.

El primer país que introdujo al juicio de amparo siguiendo al modelo mexicano, fue El Salvador en su Constitución del 13 de agosto de 1886; lo siguieron Honduras y Nicaragua, ambas en 1894; Guatemala y Argentina el 13 de agosto de 1921; Panamá el 2 de enero de 1941 y Ecuador en 1967, entre otros.

También se estatuyó el amparo en las dos constituciones que pretendieron restablecer el régimen federal centroamericano disuelto en 1836. Es decir, en la Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica (Honduras, Nicaragua y El Salvador) promulgada en 1898, y en la Carta de la República Centroamericana del 9 de septiembre de 1921.

En la actualidad, el derecho de amparo está regulado por los ordenamientos fundamentales de los mencionados países; a los que se debe agregar las disposiciones fundamentales que consagran instituciones similares, como el llamado "recurso de protección" establecido por el artículo 20 de la Constitución Chilena y el mandato de segurança consagrado por el artículo 5o de la Constitución Federal Brasileña de 1988.

En un primer sentido, el amparo se entiende de manera exclusiva como un instrumento equivalente al *habeas corpus*, pues sólo puede utilizarse para la tutela de la libertad de las personas físicas, contra las detenciones indebidas, maltratos e irregularidades en el procedimiento.

En las legislaciones de Argentina; Venezuela, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Panamá, Bolivia, Paraguay, Ecuador, Perú y Uruguay, el recurso o acción de amparo se regula como instrumento protector de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal, que se tutela de manera autónoma a través de *habeas corpus*, como lo cita Estévez Gasmuri.¹²²

A. Argentina

Debemos distinguir dos sectores. Primero, el ámbito provisional en virtud de que la regulación de las materias procesales corresponden tanto a la Federación como a las entidades federativas y, en segundo, lograr la esfera nacional. En el ordenamiento provincial el recurso de amparo se consagró desde 1921, y, además de los ordenamientos constitucionales tanto de carácter local como federal, se expidieron numerosas leyes reglamentarias. En la actualidad existe un movimiento de renovación constitucional en las provincias argentinas.

B. Venezuela

La Constitución Venezolana del 26 de enero de 1961, estatuyó el amparo para tutelar todos los derechos humanos consagrados en la constitución, con excepción de la libertad personal protegida por el *habeas corpus*.

¹²² Estévez Gasmuri, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1949, pp. 143 y 144.

C. Perú

El derecho de amparo se introdujo en su Constitución expedida en julio de 1979, y entró en vigor un año después del restablecimiento del gobierno civil.

D. Uruguay

Es el más reciente de los ordenamientos sudamericanos del actual juicio de amparo, instituido el 15 de agosto de 1984.

Existe otro sector de ordenamientos constitucionales latinoamericanos que otorgan al amparo una mayor amplitud que los antes mencionados, copiando así el modelo mexicano de la protección de los derechos humanos. La sentencia protectora se traduce en la desaplicación de las disposiciones impugnadas en beneficio exclusivo del promovente, es decir, que sus efectos son individuales, con excepción de Costa Rica y Panamá, que tienen efectos generales, como lo expone Eduardo G. Esteba.¹²³

E. México

Esta institución está consagrada en los artículos 103 y 107 de la Constitución publicada el 5 de febrero de 1917 y por la Ley de Amparo del 2 de abril de 2013.

Posee un ámbito tutelar que se divide en:

- Instrumento protector de la libertad personal.
- Como el único medio para impugnar leyes inconstitucionales.
- Medio de impugnación contra resoluciones judiciales, tanto en el ámbito federal como en el local.
- Instrumento para impugnar actos de autoridades administrativas.

¹²³ Esteba, Eduardo G., "La acción de amparo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su Nueva Integración y el texto de la sentencia de 21 de junio de 1985", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, Junio-Julio de 1985, pp. 66 y 68.

➤ Tutela procesal a los campesinos sujetos a la Reforma Agraria; que se conoce como el Amparo Social Agrario.

c) Mandado de segurança (Brasil)

La denominación "*mandado de segurança*" ha sido traducida como "mandamiento de Amparo" por su similitud. Este instrumento fue introducido por la Constitución Brasileña de 1934.

Se trata de un procedimiento especial cognitivo, de rito sumario, destinado a garantizar el pleno goce de derechos subjetivos contra actos de autoridad pública o de sujeto equiparable a ella (particulares que realizan actos típicos de poder público). De manera excluyente, entran bajo la órbita de su protección, todos aquellos derechos subjetivos que no reciben un cuidado especial mediante institutos jurídicos propios, como es el caso de los derechos amparados por el *habeas corpus* y el *habeas data*.¹²⁴

El Mandado de *segurança* procede contra los actos inconstitucionales o ilegales de autoridades administrativas y, en general, contra actos administrativos de cualquier autoridad, que afecten los derechos de los gobernados y sólo de manera excepcional contra resoluciones judiciales. Tampoco procede en contra de disposiciones legislativas que se consideren inconstitucionales. Se trata en realidad de un proceso de amparo con otra denominación únicamente por motivos de carácter político.

d) Revisión Judicial

La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, de acuerdo con el modelo estadounidense, prácticamente ha sido establecida en la totalidad de las legislaciones latinoamericanas. Inclusive en aquellos ordenamientos que

¹²⁴ *Comentarios a la Constitución Federal de 1988*. Coordinadores científicos: Bonavides, Paulo; Miranda, Jorge; De Moura Agra, Walber. Coordinadores editoriales: Bilae Pinto Filho, Francisco; Rodríguez Júnior, Octavio Luiz. Editora Forense. 1° edición, 2009.

conservaron durante más tiempo la influencia rousseauiana de la preminencia de organismo legislativo, como Ecuador y Perú. Sin embargo, asume numerosos matices, entre los cuales se pueden citar dos variantes: la primera es que se desarrolla a través del llamado control difuso, en cuanto atribuye a todos los jueces y tribunales, con independencia de su jerarquía, la facultad de decidir las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en los procesos concretos de los cuales conocen, sin perjuicio de llevar la cuestión a su decisión final por la Corte o Tribunal Supremo.

Se pueden señalar, como ejemplo, las legislaciones de Argentina y Brasil, que, además, son de carácter federal, las que por medio del recurso extraordinario de inconstitucionalidad se aproximan al paradigma estadounidense de revisión judicial. El otro sector es el de aquellos países que confieren de manera exclusiva a la Corte Suprema, la decisión de las cuestiones de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, entre las que se encuentra el llamado recurso de "inaplicabilidad" del ordenamiento chileno. Sin embargo, en todos los supuestos se conservan los lineamientos esenciales de los efectos particulares de la sentencia de inconstitucionalidad, como lo indica el doctor Fix-Zamudio.¹²⁵

Establecido el sistema de protección de los derechos humanos en sede interna por diversos países, conviene exponer lo relativo a la protección de dichos derechos pero de forma internacional. Por ejemplo, en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Africano de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de ver de manera internacional cómo se han consolidado dichos órganos regionales que tiene como objeto principal la de salvaguardar el efectivo goce de los derechos fundamentales en el ámbito de su competencia.

¹²⁵ Fix-Zamudio, Héctor, "Estado Social de Derecho y Cambio Social", en *Memoria del Tercer Congreso Nacional de Derecho Constitucional (1983)*, UNAM, México, 1984, pp. 349 a 367.

2.4 Sistema europeo de control de los derechos humanos

Cronológicamente fue el continente europeo donde primeramente se cristalizó el movimiento a favor de la regionalización de la protección de los derechos humanos, esto, a través de la firma en 1950 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y su entrada en vigor en 1953, así como de diversos protocolos adicionales al mismo.

En efecto, este sistema surge con motivo de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (Pacto de Roma), donde se instituyó un sistema conformado por la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, con la aprobación y entrada en vigor del Protocolo Número Once, desaparece la Comisión Europea y actualmente el sistema europeo de protección de los derechos humanos está a cargo del Tribunal Europeo, con sede en Estrasburgo, Francia.

2.4.1 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal está formado por tantos jueces como Estados partes, elegidos por la Asamblea Parlamentaria y forman parte del Tribunal a título individual. Su duración en el mandato es de nueve años, sin posibilidad de reelección hasta el límite de la edad establecida que es de setenta años.¹²⁶ No está prohibido que dos o más jueces elegidos a título de estados distintos tengan la misma nacionalidad (Suiza y Liechtenstein). Sin embargo, para ser jueces, deben pasar una selección previa tras la presentación por parte del Estado de una terna con el currículum vitae de cada uno de los candidatos y el sometimiento a una entrevista ante un Comité creado, con el fin de verificar su aptitud y experiencia en el campo de los derechos humanos que posteriormente formulará una recomendación a la Asamblea Parlamentaria.

¹²⁶ Artículo 23 del Convenio.

El quehacer del Tribunal exige una dedicación permanente y los jueces, además de gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas, no podrán ejercer durante su mandato ninguna actividad que sea incompatible con las exigencias de independencia, imparcialidad o disponibilidad necesaria para ejercer la actividad jurisdiccional tiempo completo.¹²⁷

2.4.1.1 Competencia

La competencia del Tribunal, se sustenta en conocer de todo asunto relativo a la interpretación y aplicación del Convenio y sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas en dicho ordenamiento.¹²⁸ Entre ellas, el incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante, así como conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se consideren víctimas de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos.

2.4.1.2 Organización y funcionamiento

El Tribunal actúa en Comités de tres jueces, Salas de siete Jueces y en dos formaciones de Gran Sala compuestas por diecisiete jueces, más suplentes.¹²⁹ Las cuestiones administrativas y de organización se discuten en el Pleno del Comité. Las Salas se constituyen en el seno de las Secciones, término que figura solo en el Reglamento del Tribunal.

Así, y partir del 1 de marzo de 2006, el Tribunal se divide en cinco Secciones de nueve jueces cada una en las que debe haber una composición equilibrada desde un punto de vista tanto geográfico como de representación de sexos, teniendo en cuenta los diferentes sistemas jurídicos existentes en los Estados

¹²⁷ Artículo 21 del Convenio.

¹²⁸ Artículo 32, 33, 34, 46 y 47 del Convenio.

¹²⁹ El Pleno del Tribunal elige a su presidente, dos vicepresidentes y tres presidentes de Sección por un periodo de tres años.

partes. Cada Sección se constituye, en periodos de doce meses, por Comités de tres jueces que constituyen un elemento importante de la nueva estructura ya que realizan la mayoría de la labor de filtro a semejanza de la efectuada por la ya desaparecida Comisión. Además, se crean Salas de siete Jueces con tres suplentes.

En cuanto a su funcionamiento, el Tribunal solo se reúne en Pleno para decidir materias de tipo administrativo; para la aprobación del Reglamento interno o para cuestiones electorales.¹³⁰ Su funcionamiento habitual se realiza a través de las cinco Secciones encabezadas por el Presidente del Tribunal. Dentro de las Secciones, los asuntos son examinados, en cuanto a la admisibilidad y el fondo, por una de las cinco Salas de siete jueces, quedando los restantes como sustitutos de los jueces. En cada Sección se han establecido tres Comités de tres jueces que pueden declarar inadmisibles por unanimidad la reclamación individual formulada de acuerdo al artículo 34 del Convenio con arreglo a los motivos de inadmisibilidad previstos en el artículo 35 del Convenio.¹³¹

El Tribunal dispone también de dos Grandes Salas de diecisiete miembros y tres jueces suplentes. Únicamente algunos casos son examinados por la Gran Sala, ya sea por la inhibición de la Sala en cualquier momento del procedimiento antes de dictar sentencia, como por remisión del caso a petición de una de las partes una vez dictada la sentencia. Dicho Tribunal cuenta con una Secretaría permanente compuesta por unas doscientas personas de las cuales cien son letrados organizados en dieciséis Unidades por razón de criterios lingüísticos y geográficos que realiza una importante labor.

Explicado lo anterior, resulta pertinente indicar de manera general el procedimiento que realiza el Tribunal Europeo a fin de resolver las controversias que son sometidas a su consideración.

¹³⁰ Artículo 26 del Convenio.

¹³¹ Artículo 28 del Convenio.

2.4.1.3 Tramitación

a) Admisión de la demanda

Todo Estado contratante o individuo que alegue ser víctima de una violación del Convenio puede dirigirse directamente al Tribunal mediante una demanda a causa de la vulneración de alguno de los derechos garantizados por el mismo, por un Estado parte.¹³²

La primera parte del procedimiento se divide en dos etapas: la prerregistral, que consiste en enviar la demanda a la Secretaría del Tribunal y una vez ahí, se entregará al letrado oportuno para que realice un examen preliminar sobre las condiciones de admisibilidad a efectos de poder registrar la demanda y que esta sea examinada por el Tribunal. La recepción de la demanda da lugar a la apertura de un expediente al que se le otorga un número de referencia.

En efecto, el procedimiento ante el Tribunal después de registrada la demanda, prosigue con el examen de la admisibilidad de ella. Para ello, la Comisión está encargada de examinar si una demanda, estatal o individual, puede ser considerada como admisible y si esta satisface las diferentes condiciones de admisibilidad previstas por el Convenio.

Del total de las siete condiciones de admisibilidad previstas en el Convenio, dos son comunes a las demandas estatales e individuales, y consisten en: una, antes de dirigirse a la comisión, el estado o los particulares según sea el caso, deben de haber agotado previamente los recursos internos; y, otra, en que la demanda debe presentarse en un plazo de seis meses contados a partir de la fecha de la sentencia ejecutoriada interna.¹³³

Las cinco condiciones restantes, se aplican únicamente a las demandas individuales y requieren que estas no sean anónimas; que no hayan sido ya

¹³² Artículos 28, 33 y 34 del Convenio.

¹³³ Artículo 35 del Convenio.

examinadas por la Comisión o sometidas a otras instancias internacionales de investigación o de arreglo de controversias, salvo que contengan hechos nuevos; que no sean incompatibles con las disposiciones del Convenio; que no sean manifiestamente infundadas, y, finalmente que no sean abusivas.¹³⁴ Las decisiones respecto a la inadmisibilidad de la demanda son inapelables.

Así, el Comité de tres jueces podrá declarar inadmisibile la demanda por unanimidad, en cuyo caso la decisión es definitiva y supone la terminación del procedimiento; sin embargo, cuando la demanda presente cuestiones más importantes que la alejan de una decisión rotunda de inadmisión o cuando precise de un razonamiento más elaborado, el caso sería examinado por una Sala de siete jueces, la cual, igualmente mediante decisión motivada, puede declarar la demanda como inadmisibile; decisión que también es definitiva y que supone el fin del procedimiento.

A la vista de las observaciones de las partes, la Sala decide sobre la admisibilidad de la demanda. En ocasiones, debido a la complejidad del asunto, puede acordar la celebración de una vista pública en la que las partes expondrán verbalmente sus alegatos. De esta forma, es claro que la admisión de la demanda es primordial, ya que en caso de no ser admitida resulta una barrera que la mayoría de las demandas no superan al ser la única instancia para su análisis.

b) Instrucción y juicio

Si la Sala la declara admisible, podrá comunicar la demanda al Estado demandado para que formule observaciones por escrito que puedan ser respondidas por el Estado demandante. A partir de este momento, el representante que actúe por cuenta del demandante deberá ser un Abogado habilitado para ejercer en una de las partes contratantes y residir en el territorio de una de ellas. Debiendo, para ello, utilizarse una de las lenguas oficiales de las

¹³⁴ Artículo 35, inciso 2o y 3o del Convenio.

partes y tener cierta comprensión de las lenguas oficiales del Consejo de Europa. El procedimiento es gratuito, los demandantes pueden defenderse a sí mismos en la primera fase del procedimiento, pero es aconsejable hacerse representar, sin que resulte necesario acudir físicamente al Tribunal ya que se puede incluso enviar por fax.

La regla general es que el procedimiento sea escrito. Lo contrario es la excepción, ya que el objeto no es repetir un juicio ni efectuar la revisión de la sentencia causante de la vulneración del Convenio. Conviene tener también presente que el Tribunal se enfrenta a un gran número de demandas cuyo examen debe efectuar dentro de un plazo razonable. La vista es pública y contradictoria a no ser que se decida otra cosa. Se puede utilizar un idioma no oficial. De hecho, el Estado español suele intervenir en español y también los demandantes convocados a una vista del Tribunal. La traducción corre a cargo del Consejo de Europa.

Los documentos deben aportarse mediante fotocopia simple, sin necesidad de ser compulsada, aunque no deben aportarse originales o copias irremplazables de documentos ya que el Tribunal no los devuelve.

c) Conciliación o acuerdos amistosos

Los acuerdos amistosos, se dan en cualquier fase del procedimiento, en donde el Tribunal pone a disposición de las partes interesadas, la conciliación que decanta en un acuerdo amistoso sobre el asunto inspirándose para ello en el respeto a los derechos humanos tal como los reconoce la Convención y sus Protocolos.¹³⁵

Su ejercicio es facultad del Secretario de las cinco Secciones y posteriormente a ello, habrá una decisión del Tribunal excluyendo el asunto de la

¹³⁵ Artículo 39 de la Convención.

lista y aceptando el arreglo amistoso. La conciliación, solo se intentará cuando el asunto sea claro y, por ejemplo, solo requiera fijar la cuantía de la indemnización por un retraso indebido en un procedimiento judicial por lo que hay que poner de acuerdo a las partes.

Esta fase del procedimiento es confidencial. Adopta forma de sentencia y se comunica por escrito a las partes y al Comité de Ministros. De esta forma, el Estado evitará ser condenado públicamente y el demandante obtiene rápidamente la satisfacción que buscaba.

d) Sentencia

Si el arreglo amistoso no se llegara a conseguir, la Sala o la Gran Sala se pronunciarán sobre el fondo; redactarán y emitirán una sentencia.¹³⁶ El Tribunal permitirá un intercambio de escritos entre las partes y, si estas insisten o el propio Tribunal cree que existe un punto poco claro, podrá celebrarse una vista oral.

A continuación, la Sala o la gran Sala deliberarán y votarán a puerta cerrada sobre la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos o de sus Protocolos y, si procede, concederán a la parte perjudicada una satisfacción equitativa. Las deliberaciones son secretas y cada juez puede expresar su opinión.

Las determinaciones se adoptan por mayoría simple (más del 50% por unanimidad), serán públicas, definitivas y obligatorias para los estados. Cualquier juez que haya tomado parte en el examen del asunto puede añadir a la sentencia su opinión individual, disidente, concordante o bien una simple declaración de disconformidad, pudiendo ser dictada en inglés o francés y pueden ser objeto de aclaraciones posteriores en el plazo de un año.¹³⁷

¹³⁶ Artículo 42 y 44 del Convenio.

¹³⁷ Artículo 79 del Reglamento del Tribunal.

La Sala que esté conociendo un caso en el que plantee cuestiones graves de interpretación del Convenio y de sus Protocolos, o que pueda entrar en contradicción con la jurisprudencia existente, puede, antes de dictar sentencia a no ser que las partes se opongan a ello, inhibirse a favor de la Gran Sala. En caso contrario, una vez que haya recaído sentencia de la Sala, cualquier parte podrá, en el plazo de tres meses a partir de dicha determinación, solicitar la remisión del asunto a la Gran Sala.

En este caso, un Colegio de cinco jueces de la Gran Sala decidirá si acepta o no la solicitud examinando si la cuestión presenta una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión importante de carácter general. Esta decisión no precisa motivación alguna y no puede ser revisada. El reexamen es excepcional y tiende a garantizar la calidad y la coherencia de la jurisprudencia europea y permitir la revisión de los asuntos más importantes.¹³⁸

La sentencia de una Sala se convierte en definitiva al expirar el plazo de tres meses, o antes, si las partes manifiestan no tener intención de solicitar la revisión a la Gran Sala o si el colegio de cinco jueces rechaza la petición.¹³⁹

Todas las sentencias son definitivas y vinculantes para los Estados implicados, siendo el Comité de Ministros del Consejo de Europa el responsable de controlar la ejecución de las sentencias por lo que le incumbe la verificación de si los Estados que han sido condenados por vulnerar el Convenio han adoptado las medidas necesarias para cumplir las obligaciones, específicas o generales, derivadas de la sentencia del Tribunal.

¹³⁸ Artículo 43 del Convenio.

¹³⁹ Artículo 44, inciso 2o, del Convenio.

2.4.2 El Comité de Ministros

El Comité de Ministros es un órgano intergubernamental competente para actuar a nombre del Consejo de Europa; comprende un representante por cada estado miembro de esta organización regional¹⁴⁰ e interviene de diferentes maneras en el funcionamiento del mecanismo de protección establecido por el Convenio.

De acuerdo con el ámbito material, el Tribunal conoce de toda violación de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio y sus protocolos adicionales, presumiblemente cometida por una de las partes contratantes.¹⁴¹

En segundo lugar, ya en el contexto de las facultades que el Convenio otorga al Comité de Ministros, este, por una parte, desempeña un papel importante en la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal, ya que, conforme al artículo 46 del Convenio, dichas sentencias se transmiten a este órgano para que vigile su ejecución.

Esta función reviste una gran importancia, pues en caso de inejecución voluntaria de la sentencia, el Comité de Ministros, actuando en el marco del Estatuto del Consejo de Europa, puede llegar a decidir la suspensión y hasta la expulsión del Estado culpable del seno de la organización regional.¹⁴²

2.4.3 Opiniones consultivas

El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos.¹⁴³ Dichas opiniones no podrán referirse ni a las

¹⁴⁰ Artículo 14 del Estatuto.

¹⁴¹ Artículos 24 y 25, inciso 1o, del Convenio.

¹⁴² Artículo 8 del Estatuto.

¹⁴³ Artículo 47 del Convenio.

cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultas de la presentación de un recurso previsto por el Convenio.

Así, de conformidad con el artículo 48 del Convenio, el Tribunal resolverá si la solicitud de opinión consultiva presentada por el Comité de Ministros, es de su competencia en relación con el numeral 47 de dicho ordenamiento.

2.5 Sistema africano de control de los derechos humanos

El sistema africano de protección de los derechos humanos es el más reciente, empero el menos avanzado de los sistemas continentales o regionales que actualmente hay. El principal instrumento convencional con el que cuenta es la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de junio de 1981, en el marco de la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana (UA), manifiesto que entró en vigor en octubre de 1986 y el cual expresa un concepto peculiar de derechos humanos que refleja las singularidades del continente.

En dicha Carta se reúnen tanto derechos individuales y colectivos, como deberes individuales, entre otras originalidades, creando inicialmente la Comisión Africana como un órgano que ejerce una supervisión continental, para luego dar paso a un Protocolo adicional a dicha epístola que establece a la Corte Africana.

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no se limita a consagrar los derechos individuales, sino que recoge también derechos de carácter colectivo: los llamados de la tercera generación o derecho de solidaridad, de los que el pueblo es el principal beneficiario. Sin embargo, es relevante entender que desde la mentalidad africana, entiende al hombre fundamentalmente como parte de un grupo, por tanto, los derechos individuales únicamente se entienden y justifican desde los derechos de la comunidad.

En efecto, la actividad de protección de la Comisión consiste esencialmente en el examen de las violaciones de los derechos y libertades garantizados por la Carta, siempre y cuando haya sido puesto de su conocimiento por medio de "comunicaciones", siendo las comisiones que puede recibir de dos tipos: comunicaciones de los estados parte y otras comunicaciones, como la de individuos y organizaciones no gubernamentales; empero, en ninguno de estos casos tiene la Comisión la Capacidad de adoptar decisiones vinculantes, pues en ambos casos se ha limitado a la elaboración de un informe cuya publicación ni siquiera está en sus manos sino que depende de la decisión de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno.

2.5.1 Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos

Fraguado el Protocolo en 1998, se prevé la creación de un Tribunal africano de derechos humanos y de los pueblos en el marco de la Organización de la Unidad Africana. Dicho tribunal, cuya sede está en Arusha, Tanzania, comenzó a funcionar en el 2006, de conformidad con el artículo 1o del Protocolo adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos, adoptada por los estados miembros de la Unión Africana en Ouagadougou, Burkina Faso.

Este órgano judicial representa el esfuerzo de instituciones de la Unión Africana en su composición, dado que la Carta al ser creada solamente contemplaba a la Comisión, promotora y protectora de los derechos humanos, pero eminentemente un órgano no jurisdiccional y con restringidas facultades para influir eficazmente a los estados.

2.5.1.1 Competencia

La competencia del Tribuna, se establece en el Protocolo en términos bastante amplios. En efecto, el artículo 3.1 indica que el Tribunal puede conocer cualquier asunto o diferencia que se le someta, concerniente a la interpretación y la aplicación de la Carta Africana, del propio Protocolo o de cualquier otro

instrumento pertinente relativo a los derechos humanos y ratificado por los Estados en cuestión. Esta última cláusula es especialmente interesante ya que, a diferencia de lo que se establece respecto de otros órganos jurisdiccionales regionales,¹⁴⁴ no limita la competencia del Tribunal a la respectiva convención, sino que la extiende a otros tratados africanos sobre derechos humanos, como la Convención de la O.U.A. sobre los refugiados de 1969, o a instrumentos de Naciones Unidas, como los Pactos internacionales de derechos humanos de 1966, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979 o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984.

En caso de controversia sobre la competencia del Tribunal, será el propio tribunal el que decida, ello lo estipula en el artículo 3.2 del Protocolo.

La competencia *ratione personae* se establece en el artículo 5o del Protocolo. En primer lugar, el Tribunal puede conocer los casos que le sometan a la Comisión, el Estado parte que hubiera sometido un caso ante la Comisión; el Estado parte demandado ante la Comisión; el Estado parte de la nacionalidad de la víctima de una violación de los derechos humanos o las organizaciones intergubernamentales africanas. Por lo tanto, es importante mencionar que, al menos en los dos últimos casos, es posible el acceso directo al Tribunal Africano sin que sea necesaria la consideración previa del asunto por la Comisión. Además, el artículo 5.2 permite el acceso al Tribunal de los Estados que tengan interés en un asunto en curso y deseen intervenir como terceros.

Por su parte, el párrafo 3 del artículo 5o otorga a los individuos y a las organizaciones no gubernamentales dotadas de estatuto de observador ante la Comisión, la posibilidad de acceder directamente al Tribunal. Sin embargo, mientras que en relación con los casos sometidos por la Comisión y por los

¹⁴⁴ Artículo 32 del Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el diverso artículo 62.3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Estados partes, la jurisdicción del Tribunal es automática, respecto a los asuntos llevados ante el Tribunal por los individuos o las organizaciones no gubernamentales, la jurisdicción es opcional.

Para que el Tribunal pueda conocer estos asuntos, los Estados partes interesados deben haber realizado una declaración de aceptación de la competencia del Tribunal conforme al artículo 34.6.

La cuestión de la competencia del Tribunal para recibir comunicaciones individuales y de organizaciones no gubernamentales fue una de las que más controversias suscitó durante la elaboración del Protocolo. Así lo expuso El-Sheikh, Ibrahim Ali Badawi.¹⁴⁵ En el primer proyecto de Protocolo se permitía a los individuos y a las organizaciones no gubernamentales someter asuntos al Tribunal solo en circunstancias excepcionales, aunque, en esos casos, la jurisdicción del Tribunal era automática. Por su parte, en la reunión de Nouakchott, se decidió que la jurisdicción del Tribunal debía ser opcional y sólo respecto de casos urgentes o violaciones serias, sistemáticas o masivas de derechos humanos. Finalmente, en Addis Abeba se llegó a una solución de compromiso, eliminando el requisito de la urgencia o seriedad o las situaciones de violaciones sistemáticas o masivas, pero manteniendo el carácter opcional de la jurisdicción del Tribunal respecto de las comunicaciones de individuos y organizaciones no gubernamentales, con el fin de que el Protocolo pudiese ser ratificado por el mayor número posible de estados.

Ciertamente, es probable que los estados que cometen las mayores violaciones de derechos humanos, como Nigeria o Sudán, no acepten la jurisdicción del Tribunal para estos casos si es que llegan a ratificar el Protocolo. Sin embargo, no hay que olvidar que el artículo 5.1 confiere a la Comisión y a las organizaciones intergubernamentales la posibilidad de someter asuntos ante el

¹⁴⁵ El-Sheikh, Ibrahim Ali Badawi, "Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and peoples, Rights", en *Revue africaine de droit international et compare*, vol. 9, 1999, pp. 946 y 947.

Tribunal, lo que permitirá, llegado el caso, el enjuiciamiento de las violaciones de derechos humanos que se cometan en estos países.

2.5.1.2 Organización y funcionamiento

Por disposición expresa del artículo 11 del Protocolo, el Tribunal Africano estará compuesto por once jueces nacionales de Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana, aunque no podrá haber más de un juez de la misma nacionalidad, como lo establece en su diverso 10o. No hay, pues, a diferencia de lo que sucede en el Tribunal Europeo, tantos jueces como Estados parte,¹⁴⁶ sino que sigue el modelo americano,¹⁴⁷ lo cual parece razonable, dado el número de estos en la Carta Africana.

Además, únicamente se requiere que los jueces sean nacionales de Estados que sean miembros de la Organización, aunque no haya ratificado el Protocolo ni la Carta Africana. Conforme al artículo 12, cada Estado parte en el Protocolo puede presentar hasta tres candidatos, de los cuales al menos dos serán nacionales suyos, con lo cual se ofrece la oportunidad de proponer jueces procedentes de otros Estados miembros de la O.U.A.

Los jueces serán elegidos por la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la O.U.A, de tal forma que en la elección de los jueces no solo participan los Estados que hayan ratificado el Protocolo, que son al fin y al cabo los que se someten a la jurisdicción del Tribunal, sino todos los miembros de la O.U.A.

Al elegir a los jueces, la Conferencia deberá tener en cuenta, por un lado, que la composición del Tribunal refleje un reparto geográfico equitativo y, por otro lado, que se asegure la representación adecuada de ambos sexos.

¹⁴⁶ Artículo 20 del Protocolo II al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos que establece: "el Tribunal se compondrá de un número de jueces igual al de las Altas Partes Contratantes".

¹⁴⁷ Artículo 52, de la Convención Americana de Derechos Humanos, o también conocida como Pacto de San José.

2.5.1.3 Tramitación

a) Admisión de la demanda

Previo a que se resuelva sobre la admisión o no de un asunto conforme al artículo 5.3 (esto es, por individuos u organizaciones no gubernamentales), el Tribunal puede solicitar la opinión de la Comisión.¹⁴⁸ De esta forma y de conformidad con el diverso artículo 6.2 del Protocolo, el Tribunal dictaminará sobre la admisibilidad de estas demandas teniendo en cuenta los criterios enunciados en el artículo 56 de la Carta de Banjul. Es decir, las condiciones que se fijaban para que la Comisión admitiera a examen las "otras comunicaciones", en atención a que el numeral 6.3 da la opción al Tribunal de conocer esas demandas o enviarlas ante la Comisión.

Así, el Tribunal fijará en su Reglamento interno las condiciones de examen de las demandas, teniendo en cuenta la complementariedad entre él y la Comisión, como lo expone el artículo 8 del ordenamiento internacional.

b) Instrucción y juicio

Como estipula el artículo 10, las audiencias del Tribunal serán públicas, aunque podrán celebrarse audiencias privadas de acuerdo con las condiciones que prevea el Reglamento interno del Tribunal. Sin embargo, ello debe de aplicarse, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 59 de la Carta Africana establece la confidencialidad de todo el procedimiento ante la Comisión.

Las partes podrán recibir asistencia jurídica, que será gratuita en los casos en que así lo exija el interés de la justicia. Además, se asegurará la protección y las facilidades necesarias, conforme al Derecho internacional, a todas las personas, testigos o representantes de las partes llamadas a comparecer ante el Tribunal.

¹⁴⁸ Artículo 6.1 del Protocolo.

Según el artículo 26, el Tribunal realizará un examen contradictorio del caso; procederá a una encuesta si lo considera necesario y podrá recibir todos los medios de prueba, orales o escritos, que considere apropiados, con lo cual se le deja un amplio margen de discrecionalidad. Por su parte, el artículo 27.2 habilita al Tribunal Africano para ordenar la adopción de medidas provisionales en casos de extrema gravedad o de urgencia, o cuando lo estime necesario, para evitar daños irreparables a las personas.

c) Conciliación

En cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 9 del Protocolo, en cualquier momento del proceso, el Tribunal puede tratar de lograr un arreglo amistoso de los asuntos que le son sometidos. Esta disposición provocó una división de opiniones entre los que estimaban que este papel debía corresponder en exclusiva a la Comisión y aquellos que estaban de acuerdo en que el Tribunal pudiese desempeñar también un papel conciliador, acorde con la mentalidad africana. En todo caso, el arreglo amistoso deberá hacerse siempre inspirándose en el respeto de los derechos humanos y de los pueblos.

d) Sentencia

En un plazo de noventa días desde la conclusión de la instrucción, el Tribunal dictará sentencia.¹⁴⁹ En caso de constatar la violación de un derecho, ordenará las medidas apropiadas para remediar la situación, las cuales pueden incluir el pago de una compensación justa o la obtención de una reparación.¹⁵⁰

La sentencia, que se adopta por mayoría, se pronunciará en audiencia pública, será motivada y los jueces podrán expresar sus opiniones individuales o disidentes. De esta forma, la sentencia es definitiva y no puede ser objeto de apelación. Únicamente cabrá la revisión de la sentencia cuando aparezcan pruebas que no fuesen conocidas en el momento de la decisión y en las

¹⁴⁹ Artículo 28 del Protocolo.

¹⁵⁰ Artículo 27.1 del Protocolo.

condiciones que determine el Reglamento interno. La interpretación de la sentencia corresponde al Tribunal.

Cuando la Corte estime que el Estado demandado cometió violaciones a los derechos humanos deberá ordenar la reparación del daño en favor de las víctimas. Entre otras, el pago de una justa compensación.¹⁵¹ Es en esta parte donde sobresalen las amplias facultades que tiene para determinar las reparaciones, dado que la Corte Europea de Derechos Humanos solamente puede ordenar una justa satisfacción y, por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha extralimitado en sus facultades conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁵² En el ámbito africano es claro que la Corte puede ordenar no solamente el pago de indemnizaciones económicas, sino cualquier otro tipo de reparación que estime pertinente según el caso.

El Protocolo indica que debe notificarse la sentencia no solo a las partes, sino también a la Comisión y a todos los Estados miembros de la Unión Africana, aunque es el Consejo Ejecutivo de esta organización el encargado de supervisar su ejecución, como lo indica el artículo 29, en sus párrafos primero y segundo.

2.5.2 El Consejo de Ministros

Así, y de conformidad con el artículo 30, los Estados parte se comprometen a acatar las decisiones del Tribunal y a asegurar su ejecución en el plazo fijado por este. Sin embargo, el Protocolo no otorga al Tribunal ningún poder para hacer cumplir sus decisiones. El Consejo de Ministros de la O.U.A. —en nombre de la Conferencia— es, según el artículo 29.2, el órgano encargado de velar por la ejecución de la sentencia. Aunque el Protocolo no especifica en qué consistirá la labor de vigilancia del Consejo, parece que su función se limitará a llevar un registro del cumplimiento de las decisiones del Tribunal.

¹⁵¹ Artículo 27, párrafo 1o, 28 y 31 del Protocolo.

¹⁵² Artículo 41 de la Convención Europea y artículo 63, párrafo 1o, de la Convención Americana.

Por su parte, la única arma de que dispone el Tribunal consiste en la publicación del incumplimiento en el informe que presenta cada año ante la Conferencia, lo cual constituye una herramienta para aumentar la eficacia del mecanismo de aplicación, tal y como lo dispone el artículo 65 del Pacto de San José.

En efecto, según el artículo 31, el Tribunal somete, en cada sesión ordinaria de la Conferencia, un informe anual sobre sus actividades. Este informe se referirá en particular a los casos en que un Estado no hubiera ejecutado las decisiones del Tribunal.

2.5.3 Opiniones consultivas

Según el artículo 4 del Protocolo, a petición de un Estado miembro de la O.U.A., de la propia O.U.A., de uno de sus órganos, o de una organización africana reconocida por la O.U.A., el Tribunal Africano podrá emitir opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica relativa a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o a cualquier otro instrumento pertinente relativo a los derechos humanos. El único requisito que se establece consiste en que el objeto de la opinión consultiva no se refiera a una demanda pendiente ante la Comisión.

Esto es, la Corte puede emitir opiniones a solicitud de cualquiera de los órganos de la Unión Africana, sus Estados miembros y organizaciones legalmente reconocidas por esta, sobre cualquier disposición de la Carta Africana o cualquier otro instrumento sobre derechos humanos.

La competencia consultiva del Tribunal se establece en términos similares a la de la Corte Interamericana de Justicia y, desde luego, más amplios que la del Tribunal Europeo, que sólo puede pronunciarse a solicitud del Comité de Ministros y sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio Europeo y sus Protocolos.

Por otro lado, hay que señalar que esta competencia es concurrente con la competencia que tiene la Comisión de interpretar cualquier disposición de la Carta, a petición de un estado parte, de una institución de la O.U.A. o de una Organización africana reconocida por la O.U.A., lo cual puede plantear problemas a menos que se ponga especial cuidado en armonizar las interpretaciones y en evitar la doble consideración de las mismas cuestiones.

2.5.4 Conexidad entre el Tribunal Africano de Derechos Humanos y la Comisión

Durante la elaboración del Protocolo, se especuló con la posibilidad de que la Comisión, criticada por ineficaz, fuese abolida y reemplazada por un Tribunal. Sin embargo, prevaleció la idea según la cual el Tribunal debía reforzar el papel de la Comisión. Así, según el último párrafo del preámbulo y el artículo 2 del Protocolo, el Tribunal debe completar y reforzar la función de protección de los derechos humanos conferida por la Carta a la Comisión.

Con la creación del Tribunal, la protección de los derechos humanos y de los pueblos se encomienda a ambos órganos, sin que el Protocolo delimite claramente las funciones de uno u otro. Tanto la Comisión como el Tribunal están capacitados para interpretar la Carta Africana. En cuanto a los asuntos contenciosos, el Protocolo no aclara cuándo deberán ser sometidos al Tribunal y en qué casos habrán de llevarse ante la Comisión, ya que es pertinente recordar que la Comisión tiene competencia para recibir comunicaciones de los Estados parte, así como "otras comunicaciones".

En principio, el demandante podría elegir someter el caso ante uno u otro órgano. Podría incluso suceder que un mismo caso fuese llevado ante ambos órganos, por lo que, para evitar el prolongamiento excesivo de los debates, la solución de esta cuestión se pospuso hasta la adopción del Reglamento interno del Tribunal. Efectivamente, según el artículo 8 del Protocolo, el Tribunal fijará en

su Reglamento interno las condiciones de examen de las demandas que le sean sometidas teniendo en cuenta el carácter complementario entre la Comisión y el Tribunal. La cooperación entre ambos órganos durante la elaboración de este Reglamento ayudará a evitar la duplicación de funciones y con ello las fricciones entre la Comisión y el Tribunal.

Ahora toca ver a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien es el órgano regional que nos somete a sus determinaciones ante la violación de los derechos humanos en los que el Estado mexicano ha sido condenado.

2.6 La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye la culminación del sistema americano de protección de dichos derechos, el cual se inspiró en los lineamientos fundamentales del modelo europeo en cuanto a los órganos encargados de la tutela judicial de los propios derechos fundamentales, ya que se encomienda dicha tutela a la Comisión y a la propia Corte Interamericana. La primera, como un órgano de instrucción de las reclamaciones individuales, que no pueden plantearse directamente ante la Corte. Sin embargo, el sistema americano, en virtud de la diversa situación económica, política, social y cultural del continente, particularmente de Latinoamérica, estableció modalidades de gran importancia que se derivaron de la experiencia de la protección de los Derechos Humanos en la región, especialmente a través de la experiencia de la Comisión Interamericana que fue creada y funcionó activamente durante las dos décadas anteriores al establecimiento de la Corte Interamericana y, por ello, con antelación a la aprobación y entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como lo indica el profesor César Sepúlveda.¹⁵³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue establecida en el capítulo VIII de la Convención Americana, suscrita en la Ciudad de San José,

¹⁵³ Sepúlveda, César, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos, su Desarrollo Progresivo*, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, 1987, pp. 157 a 160.

Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigor el 18 de julio de 1978. El Estatuto de la Corte Interamericana fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en octubre de 1979, con vigencia a partir del 1 de enero de 1980. La propia Corte se instaló en la mencionada Ciudad de San José el 3 de septiembre de 1979, y aprobó su reglamento en 1980.

2.6.1 Competencia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce una competencia contenciosa, entendiendo por ésta a la competencia de que goza para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre y cuando los Estados parte en el caso, hayan reconocido o reconozcan dicha competencia.

El reconocimiento de la jurisdicción contenciosa, obligatoria de pleno derecho de la Corte Interamericana, por los Estados parte en la Convención Americana, puede hacerse en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a dicha Convención, o en cualquier momento posterior, mediante declaración o convención especiales. Asimismo, el reconocimiento de dicha jurisdicción, puede ser incondicional, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. La declaración de reconocimiento debe ser presentada al Secretario General de la OEA, quien transmitirá copia de la misma a los Estados miembros de la Convención y al Secretario de la Corte.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 1o y 2o de su estatuto, la Corte Interamericana (como órgano jurisdiccional autónomo) posee dos atribuciones esenciales; la primera de naturaleza consultiva, sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana, así como la de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos; la segunda, de carácter jurisdiccional, tiene por objeto resolver las controversias que le planteen respecto a la interpretación o aplicación de la

Convención Americana.

2.6.2 Organización y funcionamiento

La Corte Interamericana se compone de siete jueces de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos y de distintas nacionalidades de entre las pertenecientes a los estados miembros de la Organización.

Deben reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. En el caso particular de la Comisión Interamericana, esta puede encontrarse conformada por distintas clases de jueces, a saber: jueces titulares, jueces interinos y jueces *ad hoc*.

La Corte elige de entre sus miembros, a su Presidente y Vicepresidente, quienes ejercerán el cargo por un periodo de dos años, con posibilidad de ser reelectos. La elección tendrá lugar en el último período ordinario de sesiones que celebre la Corte el año anterior y se efectuará por votación secreta de los jueces titulares presentes, resultando electos quienes obtengan cuatro o más votos.

2.6.3 Tramitación

a) Admisión de la demanda

La demanda, su contestación, y los demás escritos dirigidos a la Corte podrán presentarse personalmente vía correo, facsimilar, télex, correo o cualquier otro medio generalmente utilizado. Si el envío se hace por medios electrónicos, los documentos auténticos deberán presentarse en un plazo de 15 días. El Presidente puede, consultando a la Comisión Permanente, rechazar cualquier escrito de las partes que considere manifiestamente improcedente y ordenará devolverlo al interesado sin trámite alguno.

Por su parte, en la forma oral, el presidente señalará la fecha de apertura y

fijará las audiencias que fueren necesarias. Él mismo dirigirá los debates en las audiencias, determinará el orden en que tomarán la palabra las personas que en ellas puedan intervenir y dispondrá las medidas que sean pertinentes para la mejor realización de las audiencias. Las audiencias serán públicas y tendrán lugar en la sede de la Corte. Cuando circunstancias excepcionales así lo justifiquen, la Corte podrá celebrar audiencias privadas o fuera de su sede y decidirá quiénes podrán asistir a ellas. Aun en estos casos, se levantarán actas en los términos previstos por el artículo 42 del Reglamento Procedimiento oral.

En el procedimiento oral, los Estados estarán representados por un Agente, quien a su vez podrá ser asistido por cualesquiera personas de su elección. Cuando el Estado sustituya a su Agente, tendrá que comunicarlo a la Corte y la sustitución tendrá efecto desde que sea notificada a la Corte en su sede. Podrá acreditarse un Agente Alterno, quien asistirá al Agente en el ejercicio de sus funciones y lo suplirá en sus ausencias temporales. Al acreditar a su Agente, el Estado interesado deberá señalar la dirección en la que se tendrán por oficialmente recibidas las comunicaciones pertinentes.

En dichos procesos, solo serán admitidas las pruebas ofrecidas por las partes, en el escrito de demanda, en el de su contestación y, en su caso, en el escrito de excepciones preliminares y en el de su contestación. Las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetir las. Excepcionalmente, la Corte podrá admitirlas en momento distinto a los antes señalados si alguna de las partes alegare fuerza mayor, impedimento grave o hechos supervinientes, siempre que se garantice a las partes contrarias su derecho de defensa.

Tratándose de la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la admisión de pruebas se regirá, además, por lo, dispuesto en los artículos 23, 35.4 y 36.5 del Reglamento.

b) Conciliación

Cuando la parte demandante notificare a la Corte su desistimiento, esta resolverá, oída la opinión de las otras partes en el caso, si hay lugar al desistimiento y, en consecuencia, si procede sobreseer y declarar terminado el asunto.

Si el demandado comunicare a la Corte su allanamiento a las pretensiones de la parte demandante, la Corte, oyendo el parecer de las partes en el caso, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos. En este supuesto, la Corte procederá a determinar, cuando fuere el caso, las reparaciones y costos correspondientes.

Cuando las partes en un caso ante la Corte, comunicaren a esta la existencia de una solución amistosa, de un avenimiento o de otro hecho idóneo para la solución del litigio, la Corte podrá declarar terminado el asunto.

La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los párrafos precedentes.

c) Sentencia.

Las sentencias y las resoluciones que pongan término al proceso son de la competencia exclusiva de la Corte. Las demás resoluciones serán dictadas por la Corte, si estuviere reunida; si no lo estuviere, por el Presidente, salvo disposición en contrario. Toda decisión del Presidente, que no sea de mero trámite, es recurrible ante la Corte.

Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación. Llegado el estado de sentencia, la Corte deliberará en privado y aprobará la sentencia, la cual será notificada a las partes por la Secretaria. En tanto esta no haya notificado a las partes, los textos, los razonamientos y las

votaciones permanecerán en secreto. Las sentencias serán firmadas por todos los jueces que participaron en la votación y por el Secretario. Sin embargo, será válida la sentencia firmada por la mayoría de dos jueces y por el Secretario. Los votos razonados, disidentes o concurrentes serán suscritos por los respectivos jueces que los sustenten y por el Secretario, Las sentencias concluirán con una orden de comunicación y ejecución firmada por el Presidente y por el Secretario y sellada por éste. Los originales de las sentencias quedarán depositados en los archivos de la Corte. El Secretario expedirá copias certificadas a los Estados parte, a las partes en el caso, al Consejo Permanente a través de su Presidente, al Secretario General de la OEA, y a toda otra persona interesada que lo solicite.

Todo juez que haya participado en el examen de un caso, tiene derecho a unir a la sentencia su voto razonado, concurrente o disidente. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por el Presidente, de modo que puedan ser conocidos por los jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias.

La Corte ordenará la publicación de sus sentencias y otras decisiones, incluyendo los votos razonados, disidentes o concurrentes, cuando cumplan los requisitos señalados en el artículo 55.2 del Reglamento; las piezas del expediente, excepto las que sean consideradas irrelevantes o inconvenientes para este fin; las actas de las audiencias y todo documento que se considere conveniente. Las sentencias se publicarán en los idiomas de trabajo de casa; los demás documentos se publicarán en su lengua original y los que hayan sido depositados en la Secretaría de la Corte, concernientes a casos ya sentenciados, serán accesibles al público, salvo que la Corte haya resuelto otra cosa.

En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo. La demanda de interpretación podrá promoverse en relación con las sentencias

de fondo o de reparaciones y se presentará en la Secretaría de la Corte indicándose en ella, con precisión, las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pida.

2.6.4 Opiniones consultivas

Las solicitudes de opinión consultiva deberán precisar las preguntas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. Las formuladas por un estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados, Si la iniciativa de opinión consultiva es de otro órgano de la OEA, distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además de lo anteriormente mencionado, la manera y la razón en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los estados americanos, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, así como las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta.

Todo juez que haya participado en la emisión de una opinión consultiva tiene derecho a unir a la de la Corte su voto razonado, disidente o concurrente. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por el Presidente, de modo que puedan ser conocidos por los jueces antes de la comunicación de la opinión consultiva. Para su publicación se aplicarán las mismas normas referentes a la publicación de sentencias.

Las opiniones consultivas podrán ser leídas en público.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Artículos 64, de la CADH, 2o de la ECOIDH, y 59 a 64 de la RCOIDH.

2.7 Medios de protección cuasijurisdiccionales

Dentro de las clasificaciones de los mecanismos de protección de derechos humanos hay que advertir la existencia de los cuasijurisdiccionales que han tenido distintas aplicaciones en el derecho internacional y en el derecho interno de los Estados. Estos medios participan, en una composición híbrida o ecléctica de algunas de las notas de los jurisdiccionales y no jurisdiccionales, sin que ello signifique que no tengan una naturaleza propia o que se encuentren en una etapa de transición para convertirse en un mecanismo ya sea jurisdiccional o no jurisdiccional.

El papel de estos mecanismos se justifica por su experiencia y por sus resultados.

La defensa de los derechos humanos no es exclusiva ni de la vía jurisdiccional ni de la vía administrativa o no jurisdiccional, sino que cada una aporta su propia utilidad; de la misma manera los medios cuasijurisdiccionales representan también instancias útiles para la defensa y protección de los derechos humanos. Uno de los ejemplos más claros de estos lo constituye la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La evolución de la estructura y funciones de la Comisión culminó con la expedición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, donde se encuentra regulada por los artículos 34 a 51, reglamentados por el nuevo Estatuto, aprobado por la Asamblea General de la OEA en octubre de 1979.

Respecto a la estructura y funcionamiento de la Comisión, se puede decir que la Comisión se integra con siete miembros, quienes deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida experiencia en materia de derechos del hombre, que representen a todos los miembros que integran la OEA.

De acuerdo con el artículo 41 de la Convención y el artículo 18 del Estatuto, la Comisión Interamericana posee, en esencia, las siguientes facultades: a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b) hacer recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros; c) preparar los estudios e informes que considere adecuados para el desempeño de sus funciones; d) solicitar que los gobiernos de los Estados miembros le proporcionen informes; e) recibir e investigar las peticiones y otras comunicaciones de personas privadas o entidades no gubernamentales, y g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización.

Según lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1 del Estatuto de la citada Comisión, la labor protectora del organismo está relacionada con los derechos definidos en la Convención Americana por lo que se refiere a los estados parte de la misma y, en segundo término, los derechos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, respecto de los demás estados miembros.

Están legitimados para acudir a la Comisión cualquier persona o grupos de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más estados miembros de la Organización, en su propio nombre o en el de terceras personas, para presentar quejas o denuncias referentes a presuntas violaciones a los derechos humanos ya sea en la Convención o en la Declaración Americana.¹⁵⁵

La tramitación de las denuncias y reclamaciones, tanto privadas como de los estados, puede dividirse en dos etapas: la primera se refiere a los requisitos de admisibilidad y la segunda consiste en una tramitación contradictoria.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 281.

a) Admisión de la petición

Por lo que hace a los presupuestos del procedimiento, además de los requisitos formales y de plazo, consignados en los artículos 46, incisos c) y d) de la Convención; 29 y 35 del Reglamento, la legislación respectiva ordena que se cumplan otras exigencias esenciales, entre ellas, la interposición y agotamiento de los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, salvo en los supuestos en que no exista en la legislación del Estado de que se trata, el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados; no se haya permitido al presunto lesionado el acceso a los citados recursos nacionales, o se le haya impedido agotarlos; finalmente, cuando exista retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados instrumentos internos.

b) Tramitación

Una vez admitida de manera preliminar la petición respectiva, la Comisión solicita informes al gobierno del Estado aludido. Una vez admitida en firme la denuncia o reclamación, la Comisión puede realizar una audiencia con el fin de comprobar los hechos, previa citación de las partes. En la misma podrá pedir al representante del estado demandado cualquier información pertinente, y recibir, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados. Además, cuando la misma Comisión lo considere necesario, puede realizar una investigación.¹⁵⁶

c) Resolución

Con todo el material reunido, la Comisión debe preparar un informe o resolución, aun cuando la misma no pueda imponerse de manera coactiva al Estado que se considere responsable. En el mismo, la Comisión formula proposiciones y recomendaciones que estima convenientes, las que no pueden considerarse como definitivas, puesto que si al plazo de tres meses, a partir de

¹⁵⁶ Ibidem, pp. 283 y 285.

la remisión del estado interesado de las citadas recomendaciones el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando la competencia de esta última, la propia Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de los votos de sus miembros, lo que puede considerarse la decisión final. Dicho documento se trasmite a las partes interesadas, las que no están facultadas para publicarlo.

Transcurrido el plazo fijado, la Comisión debe resolver, por la mayoría absoluta de los votos de sus miembros, si el estado responsable ha tomado o no las medidas adecuadas, y en su caso si la Comisión publica o no la resolución respectiva. La publicación de la decisión de la Comisión es el único instrumento de presión con el que cuenta el multicitado organismo cuando existe resistencia para adoptar sus recomendaciones, ya que como se ha señalado, la resolución de la Comisión no es imperativa, pero puede ser eficaz si se hace pública, en cuanto ningún gobierno estará complacido.

Cuando el Estado contra el cual se ha presentado una denuncia o reclamación ha aceptado la jurisdicción de la Corte, la Comisión tiene la facultad de decidir si somete al asunto a la Corte, una vez que ha formulado la decisión sobre las infracciones imputadas al gobierno responsable y comunicado dicha resolución al demandado. Si el Estado respectivo no reconoce la competencia de la Corte, la Comisión podrá invitarlo a que admita la jurisdicción en el caso concreto que se pretende plantear ante el citado organismo judicial.

2.7.1 Conexidad entre la Comisión y la Corte Interamericana

Tema aparte resulta la relación entre la Comisión y la Corte Interamericanas. A este respecto, es importante mencionar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos regula la relación en forma muy escueta. El artículo 33 de la propia Convención establece que son competentes la Comisión y la Corte Interamericanas para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en

dicha Convención. Han sido la práctica y, esencialmente, la jurisprudencia de la Corte, las que han establecido algunos lineamientos sobre la situación de ambos organismos y sus relaciones jurídicas y procedimentales recíprocas.¹⁵⁷

La Comisión Interamericana puede asumir varias posiciones en relación con la Corte. La primera de ellas y la más importante, es la de ser parte demandante, cuando, al no lograr una solución amistosa ni tampoco el cumplimiento de las recomendaciones que formula a determinado Estado miembro de la Organización de Estados Americanos, en virtud de que este no efectúa las actividades necesarias para reparar la violación denunciada, la Comisión opta por formular una instancia ante la Corte (la otra alternativa es publicar su resolución).¹⁵⁸ Sin embargo, la decisión de presentar un caso contencioso ante la Corte no es absolutamente discrecional, ya que la propia Corte ha sostenido que debe apoyarse "en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención".¹⁵⁹

La segunda de ellas consiste en que la Comisión, de acuerdo a lo establecido por el artículo 25, inciso 1, del Reglamento de la Corte, puede figurar también como parte demandada por un Estado que acepte la jurisdicción de la Corte Interamericana, cuando este último se encuentre en desacuerdo con las conclusiones de la propia Comisión que le afecten.

Finalmente, la Comisión puede participar en las atribuciones consultivas de la Corte Interamericana, ya sea como peticionaria de una opinión del tribunal, o bien convocada por la Corte a fin de que proporcione sus puntos de vista sobre una consulta formulada por un Estado parte de la Convención, de la OEA, o por los organismos de esta última.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 286, 287 y 515.

¹⁵⁸ En relación a esto, la Corte, en particular en los tres primeros casos contenciosos contra Honduras, estableció que el procedimiento ante la Comisión no constituye una instancia previa de carácter judicial, y por ello la Corte ejerce jurisdicción plena sobre todas las cuestiones relativas a un caso. Fix-Zamudio, Héctor, *Op. cit.*, p. 516.

¹⁵⁹ Opinión Consultiva 13/93. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resuelta el 16 de julio de 1993, párrafo 50.

Por otra parte, la Comisión, como órgano principal de la OEA, además de su carácter autónomo, no está subordinada a la Corte Interamericana, pero las decisiones de la propia Comisión, tanto en materia de presupuestos procesales como respecto de la decisión de fondo, pueden ser revisadas y por tanto modificadas o revocadas por la Corte, cuyas decisiones son firmes, puesto que no pueden ser objeto de impugnación posterior.¹⁶⁰

En conclusión, es previsible que las actividades de la Comisión y de la Corte se incrementen de manera considerable en el futuro, en cuanto los Estados miembros de la Organización que todavía no han ratificado la Convención lo hagan y se sometan de manera expresa a la jurisdicción contenciosa de la Corte, debido al convencimiento de los mismos sobre la necesidad de la instancia internacional para el perfeccionamiento del régimen de tutela de los derechos humanos.

2.8 Medios de protección no jurisdiccionales

Los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos que han tomado como modelo la institución del *ombudsman* de origen escandinavo son recientes en los ordenamientos latinoamericanos, no obstante lo cual, conjuntamente con el juicio de amparo, han sido hasta ahora las garantías constitucionales con mayor eficacia para la tutela de los derechos humanos.

Indica Jorge Madrazo que la tardía introducción de estos organismos se debió al desconocimiento que se había tenido de la institución, que en un principio parecía muy alejada de las tradiciones jurídicas latinoamericanas, pero que era necesaria por la necesidad de contar con un nuevo y moderno medio de defensa legal en contra del excesivo poder del estado y a favor de las libertades y derechos fundamentales de la persona humana.¹⁶¹

¹⁶⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos*, Estudios Comparativos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999, pp. 299 y 300.

¹⁶¹ Madrazo, Jorge, *Derechos Humanos: El Nuevo Enfoque Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 49.

En palabras del maestro Héctor Fix Zamudio,¹⁶² el *ombudsman* es el organismo dirigido por uno o varios funcionarios, designados por el órgano parlamentario, por el ejecutivo, o por ambos, los cuales, con el auxilio de personal técnico poseen la función esencial de recibir e investigar reclamaciones por la afectación de derechos e intereses legítimos —incluidos los fundamentales— de los gobernados, consagrados constitucionalmente, de manera esencial respecto de los actos u omisiones de autoridades administrativas, no sólo por infracciones de legalidad, sino también por injusticia, irrazonabilidad o retraso manifiesto.

Según el profesor Donald C. Rowat, el *ombudsman*, desde un punto de vista genérico, tiene tres características; a saber: a) es un funcionario autónomo, sin vinculación con los partidos políticos, pero que depende de una manera flexible en la mayor parte de los casos del órgano legislativo; que normalmente está regulado por los textos constitucionales, y tiene como función la fiscalización de la administración; b) conoce de quejas específicas del público, planteadas directa o indirectamente, contra la injusticia y la defectuosa actividad de las autoridades administrativas; c) posee la facultad de investigar, criticar y publicar, pero no la de revocar o anular los actos de las propias autoridades administrativas.¹⁶³

Existen diversos tipos de *ombudsman*, entre ellos el Parlamentario, que es el que forma parte de la estructura del Poder Legislativo sin que esto afecte su autonomía. Otro *ombudsman* es el administrativo o ejecutivo, el cual pertenece a la estructura de la administración pública y, uno más, es el ombudsman constitucional, el cual desarrolla la función del control del poder del Estado, distinta a los tres poderes nacionales.

¹⁶² Fix-Zamudio, Héctor, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos*, Op. cit., pp. 347 y ss.

¹⁶³ Rowat, Donald C., *El ombudsman. El defensor del ciudadano*, trad. de Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1973, pp. 15-39, citado por Fix-Zamudio, Héctor, Et al en *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, ed. Poma, México, 2005, pp. 465 y ss.

En un inicio, esta figura sirvió para investigar quejas presentadas por los ciudadanos en contra de la mala administración pública y de la mala administración de justicia. Sin embargo, la institución evolucionó hasta convertirse en un medio de defensa de los derechos fundamentales de la persona, elevándose incluso a rango constitucional en los países ibéricos, Portugal y España, en la década de los años setenta, con motivo de la transición democrática que ambos experimentaron. Lo anterior lo realizaron a través del "Promotor de Justicia Portugués" y del "Defensor de Pueblo Español", como garantes o guardianes de los Derechos Humanos.

En Latinoamérica, el *ombudsman* se adaptó a las circunstancias propias del subdesarrollo, convirtiéndose en un iniciado en el vigilante y protector de los derechos humanos, ya que en estos países proliferan las violaciones de los mismos por parte de las autoridades policíacas, instancias de procuración de justicia; grandes violaciones derivadas del bajo índice de desarrollo.¹⁶⁴

De igual manera, al constitucionalizarse el modelo, se convierte en una verdadera garantía de la dignidad de la persona humana.

En México, el *ombudsman* adoptó la denominación de Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a nivel federal, y la de Comisiones Locales en las entidades federativas.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Los datos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sobre el Índice de Desarrollo Humano (HDI), particularmente de los últimos años, buscan explicar las relaciones entre las condiciones sociales y la calidad de vida de las personas, mostrando una medida compuesta por tres dimensiones: a) vivir una vida larga y saludable (expectativa de vida); b) recibir educación (se mide por el analfabetismo adulto, y la cobertura en educación básica); e) tener un nivel de vida adecuado (se mide por el poder adquisitivo de bienes). México ocupa el lugar 51 de 179 en la lista, otros países de Latinoamérica como Costa Rica, ocupa el lugar 50. Sin embargo, las propias Naciones Unidas reconoce que el HDI no es de ninguna manera comprensivo de todas las realidades del desarrollo humano, ya que no incluye indicadores precisos sobre el respeto a los derechos humanos y a las libertades políticas. Ver www.hdr.undp.org.

¹⁶⁵ Por tanto, en la actualidad existen además de la Comisión Nacional, 32 Comisiones Locales, de las cuales corresponden 31 a los Estados, más la del Distrito Federal. Se previó también en el artículo 102 B Constitucional que respecto de las inconformidades que se presentasen en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos estatales, conocerá y tendrá competencia para hacerlo la Comisión Nacional, sin que contra la resolución de esta proceda recurso alguno.

De esta manera, las Comisiones de Derechos Humanos surgen en México, en un inicio, por decreto del Poder Ejecutivo el 5 de junio de 1990,¹⁶⁶ mediante la adopción del *ombudsman* ejecutivo como organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, que posteriormente se elevó a rango constitucional con la adición al apartado B del artículo 102,¹⁶⁷ creándose un verdadero sistema de protección y defensa cuasijurisdiccional de los Derechos Humanos; con la reforma de 1999, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos se consolidó como un órgano constitucional autónomo.¹⁶⁸

La reforma que se hizo en 1999, cambió fundamentalmente la naturaleza jurídica de la Comisión, transformándola de un organismo descentralizado a un órgano constitucional autónomo, dotándolo de personalidad jurídica, autonomía de gestión y presupuestaria. Estableció, además, el modo de designación de su presidente señalando al Senado de la República como la instancia competente para su designación con el voto de las dos terceras partes.

Esta institución constitucional no puede ser considerada, por su naturaleza jurídica, como un *ombudsman* ejecutivo, dependiente del gobierno, sino una institución autónoma del estado mexicano, por su relevancia constitucional y sus funciones de vigilancia y defensa de los derechos humanos.

En nuestro país, se ha transformado en una figura de defensa y protección de los derechos humanos, además de la típica función tradicional de ser un controlador de los actos de autoridad de la administración pública.

¹⁶⁶ El decreto preveía la existencia de un organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, parte de la Administración Pública Federal Centralizada, que se ocuparía por primera vez de la defensa de los derechos humanos en nuestro sistema.

¹⁶⁷ El 28 de enero de 1992 se publicó la adición del inciso B) al artículo 102 constitucional. Con esto, se aseguró la existencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de organismos similares en las entidades federativas. El Congreso de la Unión, en uso de la facultad que el mismo artículo 102 B le concedía, promulgó la Ley Orgánica de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, publicada el 29 de junio de 1992. Quedó sin efecto el decreto de 1990 y dejó de existir el organismo desconcentrado, para formar parte ahora de la Administración Pública Descentralizada.

¹⁶⁸Fix-Zamudio, Héctor, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos*, Op. cit. p. 24.

Sin embargo, con todo rigor se manifestaron los argumentos en contra de la creación de un organismo no jurisdiccional que conociera de violaciones de derechos humanos, ya que duplicaba funciones ya asignadas.

Por lo que toca a su funcionamiento, compete a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos según el artículo 6 de la ley reglamentaria, las siguientes atribuciones: a) recibir quejas, realizar investigaciones y supervisiones sobre violaciones a los derechos humanos; b) formular recomendaciones públicas no vinculatorias; c) actuar como segunda instancia respecto de las comisiones estatales, y d) promover y difundir los derechos humanos. Por tanto, su competencia está definida por la materia de su defensa (diferencia entre derechos legales y derechos humanos) y no solamente por la forma de hacerlo.

Así también, existen tres limitaciones competenciales para la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a saber, en materia jurisdiccional, laboral y electoral.

En palabras de Miguel Carbonell,¹⁶⁹ las recomendaciones de la Comisión no son obligatorias ni lo podrían ser porque la lógica que sigue el funcionamiento de los *ombudsman* no se basa en el respaldo de la fuerza, sino en el respaldo que, en los estados democráticos, da la autoridad moral de quien emite una recomendación. Es decir, se apoyan en una institución que genere confianza popular y cuyas resoluciones estén apoyadas solamente en hechos irrefutables, de forma que las autoridades que no estén dispuestas a observar su contenido se hagan merecedoras de un profundo descrédito en la opinión pública.

Así, las instituciones de los derechos humanos, en su función de *ombudsman*, ayudan y complementan el trabajo realizado por la administración pública en general, por el poder legislativo y judicial, ya que son colaboradores eficaces en el desempeño de la función pública, al señalar las violaciones a derechos humanos que cometen los funcionarios públicos.

¹⁶⁹Carbonell, Miguel, Op. cit., p. 94.

CAPÍTULO TERCERO CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Resulta importante para el tema abordar lo atinente al control de la constitucionalidad, ya que de esta forma se entenderá y comprenderá de mejor manera el diverso control de convencionalidad. En efecto, dichos medios tienen gran similitud en sus formas de aplicación, motivo por el cual se debe abordar estos tópicos a fin de facilitar la comprensión del tema.

3.1 Control de la Constitución

Así, y derivado de los abusos de las dictaduras de la primera mitad del siglo XX, se advirtió que ni las declaraciones de los derechos humanos ni la adecuada organización de los poderes públicos, eran suficientes para su observancia. Por el contrario, era indispensable introducir o perfeccionar un sistema que permitiera la protección y permanencia de las disposiciones constitucionales contra las extralimitaciones de los órganos del poder, que naturalmente tienden a desbordarse, como lo expone Fix-Zamudio.¹⁷⁰

En efecto, la organización que instituye la Constitución no puede ser violada, pues, en dicho caso, sus preceptos no pasarían de ser principios teóricos o mandamientos éticos; lo cual, resulta desde todos los puntos de vista inaceptable, ya que sí alguna ley debe ser cumplida y observada, es la Ley Suprema del país.

Ahora bien, el concepto del control de la Constitución, menciona el maestro Elisur Arteaga Nava, solo se entiende en función de que existe algo que por su esencia y atributos es formalmente superior y que, por su naturaleza, es ciertamente fundamental. Tiene, como base y presupuesto primordial, el principio

¹⁷⁰ Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 1, 1968, p. 89.

de supremacía constitucional.¹⁷¹

Por su parte, González Cosío, indica que la Constitución, por su carácter de ley rectora de los actos jurídicos que se lleven a cabo en el país, junto a la necesidad de que el orden constitucional permanezca, dan como consecuencia el establecimiento definitivo de un instrumento que defiende la constitución: el juicio de amparo (en México).¹⁷²

3.2 Supremacía constitucional

Ciertamente, la validez de las normas que se integran al derecho fundamental es a través de una relación de supra a subordinación entre ellas, de manera que existe una norma superior que da fundamento al resto, las cuales a su vez solamente son válidas en tanto se ajusten a lo prescrito por aquella. Esta validez se entiende en dos sentidos: el primero —en sentido formal—, solo son válidas las normas que se ajustan al proceso de creación establecido por esa norma superior; y segundo —desde un punto de vista material—, solo son válidas aquellas que sean compatibles o coherentes con la norma superior, como lo indica Miguel Carbonell.¹⁷³

Arteaga Nava, por su parte indica que la naturaleza de norma superior propia de la Constitución, y el principio de supremacía constitucional, implica que en el plano interior es el documento del cual derivan todas las demás normas jurídicas y actos de autoridad. Todos los hechos en sentido amplio que se realicen dentro del territorio nacional deben estar de acuerdo con ella; y en el plano exterior, nada le es supremo.¹⁷⁴

Luna Ramos Margarita refiere que la Constitución es la norma fundamental en sentido lógico-jurídico porque sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna norma superior de Derecho positivo, y en ella instituye al órgano creador del Derecho, el proceso de creación de las leyes

¹⁷¹ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, Oxford, México, 2008, p. 947.

¹⁷² González Cosío, Arturo, *El juicio de amparo*, Porrúa, México 1994, p. 41

¹⁷³ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, México, 2009, pp. 67 y 68.

¹⁷⁴ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, Op. cit., p. 947.

y su contenido.¹⁷⁵

Esta supremacía parte, además, de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, en donde el correlato más notable es la rigidez constitucional, en palabras de Carbonell.¹⁷⁶

En opinión del maestro Elisur Arteaga, en la Constitución mexicana, el principio que establece su supremacía es el que determina su jerarquía superior respecto de todo el orden normativo que existe en el país; el que le da el tributo de ser fundamental y que asigna a todo lo que no sea ésta el carácter de derivado; el que le atribuye su calidad de superior se ha consignado con fines netamente pragmáticos.¹⁷⁷

Un elemento muy importante es que no se ha dejado duda acerca de su imperatividad, de los sujetos a los que obliga y de los medios en virtud de los cuales procura su defensa y respeto.¹⁷⁸

En teoría constitucional, la supremacía de la Carta Magna es un elemento esencial; toda la estructura normativa del país descansa sobre esa idea. Esa es una regla general.¹⁷⁹

Por su parte, Jaime Flores Cruz, define que el principio de supremacía constitucional se encuentra consagrado en los artículos 40, 41 y 133 de la Constitución Federal. Exige que todo tratado y todo ordenamiento legal, del ámbito federal o local, así como todo acto de autoridad emanado de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, a través de cualquiera de sus entes, poderes y

¹⁷⁵ Margarita Beatriz Luna Ramos, "Supremacía constitucional y el control de convencionalidad", en García Villegas Sánchez Cordero, Paula, *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, Porrúa, México, 2013, p. 23.

¹⁷⁶ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Op. cit., p. 69.

¹⁷⁷ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, Op. cit., p. 15.

¹⁷⁸ Ídem.

¹⁷⁹ Ibídem, p. 21.

órganos, se ajuste y respete las previsiones de la propia Constitución.¹⁸⁰

Es importante mencionar que la Constitución es suprema por naturaleza, sin que tenga que existir disposición expresa. En palabras del maestro Elisur Arteaga, es inherente al concepto mismo al ser así considerada. No puede ser de otra manera porque está llamada a constituir. Para poder hacerlo, requiere que en lo interior todo le esté subordinado y estructurado siguiendo sus lineamientos generales.¹⁸¹

Agrega que se trata de un valor general y permanente, de observancia obligatoria en la emisión de leyes, decretos, actos administrativos y resoluciones judiciales. Nada que sea normativo escapa de su radio de acción. En el mundo de lo normativo y lo relacionado con él, es un valor de aplicación universal que no admite salvedades; no hay excepción que sea válida.¹⁸²

Como complemento a este principio, Elisur Arteaga menciona que deben existir las vías y las instancias respectivas a fin de hacer valer el principio de supremacía de la constitución, conminar a los que la desconocen y anular lo que es contrario a dicho principio. De no ser así, se estará frente a un documento legal que solo en teoría goza del atributo de ser supremo.¹⁸³

Apreciado el control de constitucionalidad en su forma conceptual, resulta importante indicar a cargo de quién está depositado el ejercicio de este medio de control de la Constitución, ya que resulta claro que, de no existir un órgano encargado de su vigilancia, de nada serviría dicha figura.

¹⁸⁰ Flores Cruz, Jaime, *Interpretación constitucional sobre el órgano de control constitucional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios_002.pdf. p. 3.

¹⁸¹ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, Op. cit., pp. 15-16

¹⁸² *Ibidem* p. 948.

¹⁸³ *Ibidem*. p. 46-47.

3.3 Control judicial de la Constitución

Felipe Tena Ramírez menciona que si la Constitución pudiera ser violada impunemente, los preceptos constitucionales no pasarían de ser principios teóricos o mandamientos éticos. En virtud de que la Constitución, al igual que toda norma jurídica, es susceptible de ser contravenida, es necesaria la existencia de instrumentos que aseguren su eficacia.¹⁸⁴

García Maynes Eduardo,¹⁸⁵ por su parte, expone que resulta inexcusable la desobediencia a los postulados que contiene y que estructuran al estado ideológica y orgánicamente.

Para la plena eficacia de este principio es necesario que existan los procedimientos respectivos para que se respete su texto y se anule lo que le sea contrario. Elisur Arteaga Nava define el control constitucional como un complejo y variado sistema de principios e instituciones previstos en la propia Constitución, que está encaminado a imponer el principio de supremacía constitucional.¹⁸⁶

Por su parte, Héctor Fix-Zamudio¹⁸⁷ expone la integración de la defensa de la Constitución desde un punto de vista más amplio, incluyendo aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar al poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones, como también y de manera esencial, en cuanto al respeto de los derechos humanos de los gobernados. Es decir, con estos instrumentos se pretende lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y en general, de todo órgano de autoridad.

¹⁸⁴ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 15ª edición, México, ed. Porrúa, 1977, p. 517.

¹⁸⁵ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 31a. edición, México, ed. Porrúa, 1980, p. 7.

¹⁸⁶ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, Op. cit., p. 51

¹⁸⁷ Fix- Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994. pp.17 y 18.

Por otro lado, Sánchez Gil menciona que el control constitucional, concebido *lato sensu*, estriba en aquellos medios jurídicos que previenen, reparan, nulifican o sancionan la violación de las disposiciones constitucionales.¹⁸⁸

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha conceptualizado la defensa de la Constitución como el conjunto de instrumentos de carácter procesal cuyo fin consiste en salvaguardar el contenido, los alcances y la evolución de la Ley de Leyes.¹⁸⁹

En síntesis, el control de la constitucionalidad se encarga de la regularidad o conformidad de los actos de los poderes constituidos con los indicados por la Constitución, como lo afirma Miguel Covián Andrade.¹⁹⁰

En tutela del principio de seguridad jurídica, se presume que todo acto de autoridad se encuentra conforme con la Constitución y por lo tanto es obligatorio, en tanto que no se declare inconstitucional por autoridad competente. La propia Constitución es la que determina los medios a través de los cuales se puede alegar la inconstitucionalidad de los actos; es decir, las vías de impugnación son limitadas y expresas. Esta limitación se puede referir al tiempo, a las vías, al alcance de las determinaciones judiciales y a los actos en sí.

Así, el efectivo ejercicio del control de la Constitución debe estar depositado en un órgano que haga efectivo su ejercicio y control. Empero, existen al menos dos formas que se conocen para hacer efectivo el mismo, las cuales se exponen a continuación. Esto resulta fundamental para mi exposición, pues uno de estos

¹⁸⁸ Sánchez Gil, Rubén, *El control difuso de la constitucionalidad en México*, Op. cit., 49.

¹⁸⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, p. 20.

¹⁹⁰ Covián Andrade, Miguel, "El Control de la Constitucionalidad. Fundamentos Teóricos y Sistemas de Control", en Fernando Serrano Migallón, Fernando y Arriola, Carlos, *Temas Selectos de Derecho Constitucional*, Instituto de investigaciones legislativas del Senado de la República, México, 2003. p. 100.

modelos es el que se tomará en consideración como objeto de la misma.

3.3.1 Sistemas de control constitucional

Dentro del control de constitucionalidad, se reconocen dos modelos institucionales que se deben a las distintas circunstancias históricas y a las diferentes filosofías políticas que imperaron en los Estados Unidos y en Europa en los momentos en que éstos fueron diseñados. Cada uno evidenciaba una distinta organización del estado y, muy especialmente, un distinto órgano en quien depositar la confianza o desconfianza, como lo expone Elena I. Highton.¹⁹¹ Estos sistemas son, por un lado, el sistema americano o difuso, y por otro, el sistema europeo, austríaco o concentrado.

Si bien no es objeto del presente trabajo exponer la evolución histórica de cada uno de estos sistemas, cabe mencionar lo que al respecto comenta García Morelos:¹⁹² a pesar de que el origen del control judicial se centró en la defensa de la supremacía constitucional, invalidando toda conducta estatal que resultara incompatible con esta, los sistemas procesales se adaptaron a las necesidades de cada estado, por lo que no siempre se encuentran estos sistemas de control constitucional en su forma pura, sino que es más factible encontrar sistemas de control constitucional de carácter mixto.

Debido a esta adaptación estatal, se expone la siguiente clasificación retomando los criterios que se consideran más importantes sobre los diferentes parámetros y se realiza una breve explicación puesto que resulta indispensable para la comprensión del cambio en el sistema de control de constitucionalidad en México.

¹⁹¹ Elena I. Highton, "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad" *Vol 1*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010, p. 111.

¹⁹² Gumensindo García Morelos, "El control judicial difuso de convencionalidad de los Derechos Humanos por los tribunales ordinarios en México" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El Control Difuso de Convencionalidad*, FUNDAR, Querétaro, México, 2012. pp. 187 y 188.

No se debe de perder de vista que pueden existir más parámetros de clasificación, y que todas ellas resultan arbitrarias. Sobre este aviso, se considera en el presente trabajo que los sistemas de control constitucional se pueden catalogar de la siguiente manera:

3.3.1.1 Por órgano encargado del control constitucional

a) Control constitucional concentrado

En este sistema, un solo órgano cuenta con la competencia para examinar la regularidad o conformidad de una ley o acto de autoridad con lo estipulado en la Ley fundamental y determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad para, en su caso, privarlo de efectos jurídicos. Este órgano generalmente recibe la denominación de Corte o Tribunal constitucional.

Que sea un órgano implica que excluye a los jueces ordinarios del conocimiento de las cuestiones relativas a la inconstitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad.

Menciona Miguel Covián Andrade que la base teórica de este sistema es la consideración de que la cuestión de constitucionalidad requiere de jueces dotados de un conocimiento jurídico especializado, de un prestigio y de una independencia superiores a los de los jueces ordinarios.¹⁹³

En general, la tarea del Tribunal Constitucional incluye resolver conflictos de carácter constitucional, como la revisión de la actuación del Poder Legislativo, la protección de los derechos fundamentales y la distribución de competencias entre los poderes constituidos, como lo expone Elena I. Highton.¹⁹⁴

¹⁹³ Covián Andrade, *El Control de la Constitucionalidad. Fundamentos Teóricos y Sistemas de Control*, Op. cit., p. 109.

¹⁹⁴ Highton, Elena I., "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad", Op. cit., p. 108.

b) Difuso

A diferencia del anterior, en este sistema la competencia para examinar la regularidad o conformidad de una ley o acto de autoridad con lo estipulado en la Constitución, se atribuye a todos los jueces de un Estado.

En efecto, se confiere a la totalidad de los árbitros en la materia la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando en sus sentencias el principio de la supremacía constitucional. Es decir: todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad, pudiendo anular disposiciones secundarias que contravengan la Constitución.¹⁹⁵

Sánchez Gil menciona que el control difuso podría manifestarse de diversos modos: i) otorgando exclusivamente a los órganos jurisdiccionales la facultad de estudiar la constitucionalidad de una ley o acto, y ii) otorgando además dicha facultad a las autoridades administrativas, en relación con su propia actuación y la de sus subalternos a través de los medios de impugnación ordinarios. En general únicamente se entiende por control difuso al primer supuesto.¹⁹⁶

3.3.1.2 Por el tipo de estudio

a) Abstracto

El control abstracto de la constitucionalidad, por su naturaleza sólo es aplicable a normas generales ordinarias. Al respecto, Sánchez Gil, expone que consiste en la comparación entre estas y los preceptos de la Constitución, con el fin de determinar si contravienen o no las disposiciones contenidas en la norma suprema, con absoluta independencia de su modalidad de aplicación. Es decir; en esta clase de control no se estudiará un caso concreto en el cual sea aplicada la norma ordinaria impugnada, cuyos elementos contingentes podrían limitar y determinar la percepción del sentido de las normas constitucional y ordinaria en

¹⁹⁵ Ídem.

¹⁹⁶ Sánchez Gil, Rubén, *El control difuso de la constitucionalidad en México*, Op. cit., 51.

cuestión, y determinar la decisión de inconstitucionalidad que se busca.¹⁹⁷

b) Concreto

El control concreto de constitucionalidad, a diferencia del control abstracto, implica la existencia de un caso específico de aplicación de una norma general que afecta a determinados sujetos con diversas particularidades que lo singularizan y otorgan una perspectiva especial a la forma de aplicar las normas jurídicas en juego.¹⁹⁸

3.3.1.3 Por la vía

a) Vía de acción o directa

El control constitucional por vía de acción se lleva a cabo a través de la impugnación del acto que se estima violatorio de la Ley Fundamental, en un proceso especializado ante el órgano jurisdiccional competente para declarar su inconstitucionalidad.

Menciona Ignacio Burgoa que su desarrollo se da en forma de verdadero proceso judicial, con sus respectivas partes integrantes, y en el que el actor, es decir, el afectado por el acto violatorio del orden constitucional, persigue como objetivo la declaración de su inconstitucionalidad que deba dictar una autoridad judicial distinta de la responsable.¹⁹⁹

b) Vía de excepción, indirecta o incidental

El control constitucional por vía de excepción, indirecta o incidental, se realiza a manera de defensa en un procedimiento previamente planteado, en el cual alguna de las partes reclama la inconstitucionalidad de una norma y del acto que ésta funda y le resulta perjudicial.²⁰⁰

¹⁹⁷ Ídem.

¹⁹⁸ Ídem.

¹⁹⁹ Ídem.

²⁰⁰ Sánchez Gil, Rubén, *El control difuso de la constitucionalidad en México*, Op. cit., 51.

A diferencia de la vía anterior, menciona Ignacio Burgoa, la impugnación de la ley o del acto violatorio no se hace directamente ante una autoridad judicial distinta, sino que opera a título de defensa en un juicio previo en el que uno de los litigantes invoca la ley que se reputa inconstitucional.²⁰¹

3.3.1.4 Efectos de la resolución.

a) Generales o *erga omnes*

Los efectos de la resolución del procedimiento por virtud del cual se declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma surten efectos de carácter general independientemente de las partes que intervinieron en el procedimiento.

b) Particulares

Los efectos de la resolución del procedimiento por virtud del cual se declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma únicamente surten efectos entre las partes del proceso judicial específico.

Una vez expuesta la clasificación anterior, vale la pena mencionar que los medios de control constitucional recogen varias de las categorías expuestas, de lo anterior tenemos que:

El control concentrado puede implicar un estudio abstracto o concreto de constitucionalidad, generalmente es por la vía de acción, aunque puede ser por vía de excepción. A su vez, los efectos de la resolución pueden ser tanto generales como particulares.

El control difuso también puede implicar un estudio abstracto o concreto de constitucionalidad, no obstante, se plantea por vía incidental o por excepción, y

²⁰¹ Burgoa, Ignacio, Op. cit., p. 156.

por la misma naturaleza del control difuso, los efectos de la resolución son particulares, aunque pueden constituir un precedente.

Los sistemas de control constitucional modernos han evolucionado para retomar características diversas y generar controles complejos. En sistemas de control constitucional mixto, se le asigna a un órgano especializado la función de controlar la constitucionalidad, aun cuando se permite el control difuso.

En México se mantuvo hasta 2011 un sistema de control parcialmente concentrado y parcialmente difuso. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo anterior es así, si tomamos en cuenta que la segunda parte del artículo 133, menciona que:

"...Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

Esta disposición fue una copia de la Constitución de Estados Unidos, que en su artículo VI, segundo párrafo establece que:

"Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan de conformidad con ella; y todos los tratados celebrados, o que se celebren, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema en los Estados Unidos; y los jueces en cada Estado estarán obligados a acatarla sin importar cualquier contravención establecida en la constitución o leyes estatales."²⁰²

Explica la Ministra Luna Ramos que "...la influencia del derecho anglosajón, básicamente del precedente obligatorio permeó en el derecho norteamericano para la construcción del modelo de control difuso de constitucionalidad, concretamente a partir de la sentencia dictada en el caso *"Marbury vs. Madison"*, en la que, interpretando los artículos 111, sección 2, párrafo 1, y VI, sección 2a de la Constitución norteamericana, se concluyó en la facultad de todos los jueces

²⁰² Minutti Zanatta, Rubén y González Alcántara Lammoglia, María del Rocío, *La Constitución de los Estados Unidos*, Porrúa, México, 2004.

para desaplicar las leyes cuando las estimaran inconstitucionales.²⁰³

Esta adición se incluyó en la Constitución Mexicana de 1857 en su artículo 126, y si bien es cierto que en los Estados Unidos de América rige el sistema de control de constitucionalidad difuso, en nuestro país esta misma disposición se interpretó por la Suprema Corte en un sentido distinto, como puede advertirse a partir de los siguientes criterios jurisprudenciales con rubro: CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.²⁰⁴ y CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODERJUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.²⁰⁵

El contenido de dichos criterios expone un control concentrado respecto de las acciones de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales, puesto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el artículo 105 constitucional, citado anteriormente, es el único órgano competente para su conocimiento, mientras que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es el único competente para conocer del juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano y el juicio de revisión constitucional electoral.

Como se puede observar, efectivamente se trata de un control concentrado puesto que el conocimiento del juicio de amparo se reserva al conocimiento del Poder Judicial de la Federación y no a todos los jueces. Empero, se puede decir que se trata de un control parcialmente difuso porque son varios los órganos jurisdiccionales, dentro del Poder Judicial Federal, los que conocen de este juicio.

²⁰³ Luna Ramos, Margarita Beatriz, *Supremacía constitucional y control de convencionalidad, El control de convencionalidad*, Op. cit., p. 16.

²⁰⁴ Tesis: P./J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, Agosto de 1999, p. 5.

²⁰⁵ Tesis: P./J. 73/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, Agosto de 1999, p. 18.

Analizado lo anterior en sede interna, como ya se indicó existen entre otros tipos de control de la constitución el concentrado y el difuso, los cuales son ejercidos por diversos órganos facultados en la Ley Fundamental, por lo que ahora toca abordar el contenido del control convencional del que son objeto los tratados internacionales y, en específico, en materia de derechos humanos. Para ello, realizaré una breve introducción al surgimiento de estos para contextualizar su nacimiento de manera internacional.

3.4 El derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos

3.4.1 Internacionalización del Derecho Constitucional

Al concluir la Segunda guerra mundial, el derecho internacional, y en especial el derecho internacional de los derechos humanos, cobró auge debido a las atrocidades cometidas en ésta, demostrando la necesidad de contar con instrumentos de carácter internacional que plasmaran la existencia de derechos inherentes al ser humano, más allá de la protección o no, en los derechos internos.

En ese tenor, la protección de los derechos humanos dejó de ser una cuestión interna de los Estados, y por lo tanto discrecional, para convertirse en una cuestión común de los mismos, y regirse así bajo las reglas del derecho internacional público.

Como menciona Ferrer Mac-Gregor, el derecho internacional se encontraba fundamentado en las relaciones de los Estados y no en la protección de los individuos. Este punto inicia una transformación importante, que provoca nuevos entendimientos del concepto tradicional de "soberanía".²⁰⁶

²⁰⁶ Ferrer-Mac Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano* en Ferrer-Mac Gregor, Eduardo, *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., 2012 p. 113.

Con el fin de dotar de esta protección a los derechos humanos, los Estados han creado instrumentos que prevén órganos de supervisión y control semejantes a los existentes en su interior.

La noción de tutela jurisdiccional interna se expandió a la consolidación de una garantía jurisdiccional de orden internacional. El surgimiento de tribunales y organismos cuasi-jurisdiccionales internacionales para la tutela jurídica de los derechos humanos representa la evolución de la protección del individuo, dimensionando la importancia de contar con un recurso judicial efectivo, como lo indica García Morales.²⁰⁷

3.4.2 Naturaleza de los tratados internacionales en materia de derechos humanos

Por su contenido y fines, los tratados internacionales sobre derechos humanos son de una naturaleza distinta a la de los demás tratados internacionales.

Un tratado internacional en materia de derechos humanos generalmente se inscribe en un sistema internacional de protección de los mismos. Los Estados solo asumen obligaciones a favor de los individuos sometidos a su jurisdicción, sin adquirir derechos.

Marcelo Villanova al respecto expone que, por su naturaleza, los Estados signantes de los tratados internacionales de derechos humanos no pretenden adquirir beneficios; éstos se firman en beneficio de quienes se encontraban en condición de desigualdad a su respecto.²⁰⁸

²⁰⁷ García Morelos, Gumensindo, *El control judicial difuso de convencionalidad de los Derechos Humanos por los tribunales ordinarios en México*, Op. cit., p. 188.

²⁰⁸ Villanova, Marcelo. "Sobre el control de convencionalidad -A propósito de las implicancias del control en el sistema de garantías", en *Revista Pensamiento Penal*, 2010: <http://new.oen5amientoDenal.eom.ar/01072010/doctrina04.pdf>.

Al respecto, en la Opinión Consultiva número 2, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) explica que:

"29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".²⁰⁹

En otra oportunidad, expresó la Corte:

"41. La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tiene una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados (...)"²¹⁰

3.4.3 Constitucionalización del Derecho Internacional Público en materia de derechos humanos

El Derecho internacional ha reclamado a los Estados su acción para recoger al interior de las naciones los estándares de derechos humanos que se han creado en la sede internacional, instándolos a ser los primeros en aplicarlos. En consecuencia, los Estados han recurrido a diversos métodos para la aplicación de este derecho. En algunos este proceso se ha llevado a cabo a través de reformas constitucionales y/o legales; en otros, se ha tratado de labor jurisprudencial.

²⁰⁹ Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2 http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_eso.pdf

²¹⁰ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_55_esp.pdf

La constitucionalización del Derecho Internacional en materia de derechos humanos encuentra su fundamento en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el mismo arábigo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respectivamente:

“Artículo 2

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

“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 otras disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Al respecto Ferrer Mac-Gregor refiere que una de las manifestaciones más claras sobre esta se da al otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, superando la clásica concepción de su equiparación legal. Es posible que incluso algunos ordenamientos les otorguen jerarquía supranacional en la medida en que sean más favorables a la protección de derechos.²¹¹

Agregamos aquí que otra de las dimensiones de esta Constitucionalización ha sido la incorporación de principios o criterios hermenéuticos como el principio *pro homine o pro libertatis*.²¹²

En este sentido, se puede afirmar que la teoría del control de convencionalidad se trata de un claro ejemplo de la internacionalización del derecho constitucional, y de cómo ha evolucionado al proceso inverso; es decir,

²¹¹ Ferrer-Mac Gregor, *Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Op. cit. p. 121.

²¹² *Ibidem*, p. 122.

de Constitucionalización del Derecho Internacional en materia de derechos humanos.

Karla Quintana afirma que hoy en día, con diferentes matices, el diálogo entre el derecho internacional y el nacional es un hecho.²¹³

Visto lo anterior, resulta clara la necesidad de introducir uno de los objetos de la presente investigación, el cual es el control de convencionalidad, el nacimiento de este, así como su evolución. Todo ello sin dejar de apreciar su fundamento y conformación, pues resulta relevante para la comprensión y aplicación del mismo.

3.5 Control de convencionalidad

El control de convencionalidad no encuentra un fundamento directo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otro tratado internacional. Se trata de una creación jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha evolucionado conforme a la emisión de sus sentencias.

De esta forma, para Susana Albanese, el control de convencionalidad es una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente, control enraizado en la efectiva vigencia de los derechos y garantías²¹⁴

Por su parte, Ernesto Rey Cantor afirma que el control de convencionalidad es un examen de confrontación normativa del derecho interno (leyes internas, constituciones, proyectos de reforma constitucional, actos administrativos, etc.)

²¹³ Karla I. Quintana Ozuna, "Diálogo entre la jurisprudencia interamericana y la legislación interna: el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Vol. IX, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, p. 574.

²¹⁴ Susana Albanese, "La interpretación del derecho constitucional y la constitucionalidad del derecho internacional" en Albanese, Susana (coord). *El control de convencionalidad*, EDIAR, Argentina, 2008, p. 15.

con la Convención Americana.²¹⁵

Si bien se refiere a la actividad de esta Corte desde sus inicios, la denominación no se acuñó sino hasta 2003 con el voto particular del juez mexicano Sergio García Ramírez. Así como un tribunal constitucional realiza un control de constitucionalidad para determinar la validez de normas y actos de autoridad con la norma suprema, la Corte Interamericana efectúa control de convencionalidad.

Concretamente, el control de convencionalidad se encarga de la regularidad o conformidad de los actos de un Estado con lo que se ha denominado el *corpus iuris americano* de los derechos humanos.

El destacado ex juez interamericano, Sergio García Ramírez expone que el control se inscribe en un sistema (jurídico-político) construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos, normas comunes y una instancia supranacional con poder de interpretación vinculante.²¹⁶

Agrega que dicho control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamente formulado en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden.²¹⁷

Por ello, debemos de tomar en cuenta que el control de convencionalidad no es ninguna novedad. Su origen se remonta al momento en que —aunque no bajo el mismo término, pero si con los mismos objetivos y fines— entró en vigor

²¹⁵ Rey Canto, Ernesto, "Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos", Porrúa, IMDPC, México, 2008, p. 111.

²¹⁶ García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", en Ferrer-Mac Gregor, Eduardo, *El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional*, FUNDAP, Querétaro, México, 2012, p. 214.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 215.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²¹⁸

Un claro ejemplo de la función antes de que la Corte lo denominara "control de convencionalidad" es el siguiente:

"32. La Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados Partes se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Convención prevé la existencia de una Corte interamericana para "conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación" de sus disposiciones (artículo 62.3).

Cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.

33. Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana..."²¹⁹

3.5.1 Características de la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Al respecto, Salvador Mondragón Reyes indica que la función contenciosa de la Corte es facultativa, pues se requiere del consentimiento expreso del Estado para que el citado tribunal tenga competencia para conocer de un caso contencioso; dicho de otra manera, la función contenciosa de la Corte sólo puede ejercerse cuando el estado ha aceptado expresamente esa jurisdicción.²²⁰

²¹⁸ Castilla Juárez, Karlos A., "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México, a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional XI* (2011): 593-624, pp. 596 y 597.

²¹⁹ Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_67_eso.doc

²²⁰ Mondragón Reyes, Salvador. "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, no 29, 2010, p. 138.

Por otro lado, la función contenciosa de la Corte tiene carácter subsidiario o complementario, como lo indica el ilustre Sergio García Ramírez;²²¹ es decir, sólo interviene cuando la jurisdicción interna no resuelve debidamente la violación cometida, una vez agotados los recursos internos. Pero debe acudirse a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y si esta —para conocer de manera favorable la solicitud del interesado— lleva el litigio ante la Corte, como se indicó en el capítulo anterior.

Es necesario hacer notar que la responsabilidad internacional por un hecho internacionalmente ilícito nace en el momento en que este se comete, sin necesidad de que exista una declaración de algún órgano de carácter internacional. El doctor Sergio García Ramírez ha distinguido dos momentos: uno que corresponde a la aparición de la responsabilidad internacional del Estado, y otro que corresponde a la actualización de la competencia de la Corte para conocer de esa violación y resolver mediante sentencia, la inexistencia o inoperancia del recurso interno para la debida solución del agravio.²²²

Otra característica que no puede dejarse de mencionar es que los fallos de la Corte Interamericana, no se han limitado simplemente a declarar la responsabilidad internacional del Estado demandado y a disponer órdenes que obligatoriamente deben ser cumplidas por el misma, sino que han incluido en la sentencia cláusulas interpretativas de la Convención Americana. Con ello se ha implementado un sistema de precedentes, que involucra la obligatoriedad tanto de los puntos resolutivos de sus sentencias, como de los elementos doctrinales y las reglas jurisprudenciales dispuestas en la parte considerativa de sus fallos, genéricamente comprendidos bajo la denominación de "estándares", como lo indica Manuel F. Quinche Ramírez.²²³

²²¹ García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, Op. cit., p. 233.

²²² Ídem.

²²³ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. "El control de convencionalidad y el sistema colombiano", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, julio-diciembre 2009, pp. 164 a 167.

3.5.2 Desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como mencioné, la teoría del control de convencionalidad fue una creación jurisprudencial muy interesante que la Corte Interamericana ha venido desarrollando, tanto en los votos razonados, como en estándares de las sentencias.

De esta forma, para contar con un panorama de cómo surgió dicha figura resulta conveniente separar el contenido en dos: primero, se expone el surgimiento del término en votos del mexicano Sergio García Ramírez, previo a ser incluido en el cuerpo de las sentencias de la Corte Interamericana y, segundo, su evolución dentro de los razonamientos de las sentencias.

a. Antecedentes en los votos de Sergio García Ramírez

La primera vez que se esgrimió el concepto de "control de convencionalidad" fue en un voto del juez Sergio García Ramírez, quien parece que da por sentado el concepto al suponer que la división de poderes es irrelevante para el Derecho Internacional Público:

1) Voto concurrente razonado a la sentencia del Caso Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, que en su parte conducente señala:

“27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.”²²⁴

²²⁴ Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/voios/vsc_earcia_101_esp.doc

En los siguientes votos, el Juez explica a lo que se refiere con el término de control de convencionalidad.

2) Voto concurrente razonado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, el cual en lo concerniente indica:

"3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía." ²²⁵

3) Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso López Álvarez vs. Honduras, del 1 de febrero de 2006, que al respecto señala:

"30. Al analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención —es decir, el órgano que practica el "control de convencionalidad"— debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes." ²²⁶

²²⁵ Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_101_esp.doc

²²⁶ Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1A febrero de 2006. Serie C No. 141 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_141_esp.doc

En el siguiente caso explica con mayor abundancia la función de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana en comparación con un Tribunal Constitucional y la no constitución de otra instancia judicial.

4) Voto razonado a propósito de la sentencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos en el Caso Vargas Areco vs. Paraguay del 26 de septiembre de 2006, del que se desprende lo siguiente:

“6. La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos.

7. Valga, para estos fines, el cotejo con la misión de un tribunal de constitucionalidad, que tampoco podría absorber el conocimiento de la contienda civil o penal, en sus casos, sino sólo examinar la conformidad del proceso y de las decisiones correspondientes con la Constitución nacional. Otro tanto ocurre con la Corte Interamericana. Esta sólo puede confrontar los hechos internos —leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo— con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza. No emprende, pues, una nueva etapa —instancia— del juicio ordinario. Este comienza, se desarrolla y concluye en el ámbito de la jurisdicción interna. Por ello, el juez internacional, al igual que el constitucional, no sustituye al juez de la causa en la apreciación de hechos y pruebas y la emisión de absoluciones o condenas.”²²⁷

El siguiente voto resulta relevante puesto que se refiere al concepto de *corpus iuris* convencional para argumentar que el parámetro del control de convencionalidad no solamente se integra por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

²²⁷ Corte IDH. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155 http://www.corteidh-or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_158_eso.doc

5) Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, del cual se aprecia lo siguiente:

"2. En la especie, al referirse a un "control de convencionalidad" la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos."²²⁸

6) Voto concurrente a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso Valle Jaramillo y otros del 27 de noviembre de 2008, el que indica al respecto:

"3. La Corte Interamericana no suele aportar caracterizaciones propias acerca de esos datos determinantes para ponderar la razonabilidad del plazo observado. En mi voto en el caso López Álvarez (Honduras), que concluyó con sentencia del 1 de febrero de 2006, ensayé una descripción de aquéllos en los términos que en seguida menciono. Por lo que toca a la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención —es decir, el órgano que practica el "control de convencionalidad"— debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes."²²⁹

²²⁸ Corte IOH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_Barcia_158_eso.doc

²²⁹ Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Pondo, Reparaciones y Costas. Menda de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_15_esp.doc

b. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La manera en que se entiende el control de convencionalidad sufrió una evolución interesante que se puede entender a partir de los siguientes casos en los que las sentencias de la Corte Interamericana incluyeron el término. Como veremos más adelante, aunque no se explicó de manera clara, empero, se refirió al control de convencionalidad difuso.

1) Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, la que indica al respecto:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta (solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”²³⁰

De la cita anterior, se pueden desprender dos elementos para la construcción de la teoría del control de convencionalidad:

a) El control de convencionalidad se ejerce por el Poder Judicial de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

b) Como parámetro de control debe tomarse en cuenta la

²³⁰ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2) Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, en la que señaló:

"128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones."²³¹

En este caso, se agregaron a la teoría del control de convencionalidad dos nuevos elementos que se analizarán posteriormente:

- c) El control de convencionalidad se ejerce *ex officio*.
- d) El control de convencionalidad se ejerce en el marco de las respectivas competencias de las autoridades y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes.

En adición, la Corte IDH²³² ha fundamentado en dos principios de derecho internacional la anterior afirmación:

- i) Efecto útil de las obligaciones internacionales que deben ser cumplidas de

²³¹ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_eso.doc

²³² Corte IDH. Caso Aimonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Párrafo 125, http://www.corteldh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_eso.doc

buena fe; y

- ii) La imposibilidad de alegar derecho interno como justificación de incumplimiento, de acuerdo con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.²³³

En este sentido, y en palabras de Diego García Sayán, quien fue Presidente de la Corte Interamericana, los tribunales nacionales tienen un papel crucial como garantes de los derechos establecidos en los compromisos internacionales. Tanto porque el acceso a los órganos internacionales de protección está sujeto al previo "agotamiento de los recursos internos", como porque, en la puesta en práctica de las decisiones vinculantes de un órgano como la Corte Interamericana, los tribunales nacionales tienen una función capital que desempeñar.²³⁴

Por su parte, Karla Quintana menciona que la jurisprudencia constitucional latinoamericana hace especial énfasis en la jurisdicción constitucional, aunque se refiere a las sentencias de los jueces en general.²³⁵

María Carmelina Lodoño Lázaro indica que, como consecuencia, la omisión de este deber por parte de los jueces genera responsabilidad al Estado, puesto que es un principio de derecho internacional el que indica que todos los órganos del mismo, independientemente de su denominación interna y su jerarquía,

²³³ ARTICULO 27.- El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

²³⁴ García-Sayán, Diego. "Justicia interamericana y tribunales nacionales", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, vol. IX. México; Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. p. 465.

²³⁵ Quintana Osuna, Karla I. *Diálogo entre la jurisprudencia interamericana y la legislación interna el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos humanos*, Op. cit. p. 579.

comprometen su responsabilidad.²³⁶

Estos fundamentos no solo se encuentran en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Luis Miguel Cano²³⁷ llama la atención de que ya en el Sistema Universal también podemos encontrar algunas ideas relacionadas. Por ejemplo, en la Observación General 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que data de 1998, la cual, en sus párrafos 14 y 15 menciona que:

“14. Dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

15. Generalmente se acepta que la legislación interna debe ser interpretada en la medida de lo posible de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. Por eso, cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho intencional exige que se opte por esta última...”

Analizado el surgimiento del control de convencionalidad, resulta importante exponer que órganos se encuentran facultados para aplicarlo. De ahí la necesidad de abordar dicho tópico y así poder explicar las dos dimensiones que esencialmente existen para ello.

²³⁶ Lodoño Lázaro, María Carmelina, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencia y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 128 (mayo-agosto 2010), pp. 805-806.

²³⁷ Cano López, Luis Miguel, *Un método para ejercer el control difuso de convencionalidad*, Programa Nacional de Capacitación y Difusión en materia de Amparo. s.f. http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/TSDf%20Contorl%20Convencionalidad.pdf

3.6 Teoría general del control de convencionalidad conforme al órgano que lo aplica

Como se vio anteriormente, la teoría del control de convencionalidad se ha conformado a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, evolucionando para tener un alcance mayor y lograr una protección más eficaz de los derechos humanos.

De este modo, podemos decir que, en términos generales, el control de la convencionalidad se puede definir como el ejercicio de regularidad, conformidad o compatibilidad de los actos de un estado parte con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como tratado principal y base del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sin que se limite a ésta.

En seguimiento a la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional, se aplican al control de convencionalidad varias de las categorías utilizadas para analizar el control constitucional.

3.6.1 Órgano encargado del control de convencionalidad

Como se analiza a continuación, el control de convencionalidad tiene una doble dimensión, tanto internacional (concentrado) como nacional (difuso). Esta doble dimensión ha sido retomada de la teoría del control judicial de la Constitución para distinguir los dos niveles en los que se debe ejercer.

3.6.1.1 Control concentrado

Resulta necesario mencionar que solo recientemente se le ha denominado a este tipo de control como "concentrado". En ninguna de las sentencias de la Corte Interamericana analizadas anteriormente se encuentra la denominación, y es que la principal razón por la que se le ha llamado así es para contraponerlo al control difuso de convencionalidad.

Como ya se indicó, quien consolidó esta teoría, el doctor Sergio García Ramírez, también lo denomina como control "propio, original o externo".²³⁸

En el Sistema Interamericano, este control recae exclusivamente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que confronta actos nacionales y la normativa interamericana para determinar la conformidad entre aquellos y estos, y resuelve la controversia a través de una sentencia.

Menciona el ex juez interamericano que este control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana cuando se trata de examinar casos de los que aquella conoce y de los que aplica normas conforme a su propia competencia material.²³⁹

Como consecuencia de este ejercicio, la Corte Interamericana determina la reforma a la abrogación de ciertas prácticas o normas, según corresponda en orden a la protección de los derechos humanos. En el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno (artículo 2 de la Convención) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, la Corte impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer tal finalidad.²⁴⁰

De esta forma, se puede concluir que los tribunales internacionales son los únicos que pueden determinar la incompatibilidad de un hecho o de un acto imputable a un Estado, siendo los únicos facultados, a partir de esa determinación, para establecer la responsabilidad internacional del estado y las consecuencias que de ésta derivan. El fallo que emiten en un caso es definitivo,

²³⁸ Ídem, p. 213.

²³⁹ Ídem.

²⁴⁰ Bazán, Víctor, "Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El Control Difuso de Convencionalidad*, FUNDAP; Querétaro, México, 2012, p. 15.

como lo define Karlos A. Castilla Juárez.²⁴¹

3.6.1.2 Control difuso.

Con las definiciones anteriores, el control difuso de convencionalidad consiste en la confrontación entre actos nacionales y la normativa interamericana, que llevan a cabo los jueces nacionales.

El control de convencionalidad difuso responde a la necesidad máxima de salvaguardar el efecto útil de los tratados en materia de derechos humanos, pues se consideró que el control ejercido por la Corte Interamericana no era suficiente.

El sistema interamericano tiene un carácter subsidiario consagrado desde el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al establecer que "justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos", carácter que implica además, el agotamiento de los recursos internos. Por ello, y por el tiempo que transcurre entre el ingreso de un asunto al Sistema Interamericano y su resolución, la labor de la Corte Interamericana tenía poca permeabilidad en la tarea cotidiana de los órganos nacionales encargados de la protección de los derechos humanos.

Es así y como señala Quinche Ramírez, se consideró que el control de convencionalidad debía evolucionar a la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados parte, de efectuar no solo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana.²⁴²

²⁴¹Karlos A. Castilla Juárez, *El control de convencionalidad: un nuevo debate en México, a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco*, Op. cit., pp. 606 y 607.

²⁴² Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*, Op. cit., p. 167.

Por su parte, la Corte Interamericana consideró que había llegado el momento para los órganos judiciales de los estados democráticos de aplicar de forma natural y sistemática la Convención tal y como ha sido interpretada por el juez de San José. Se trata, en cierto modo, de una nueva era que se abre y que debe caracterizarse por la difusión en el seno de los estados de la jurisprudencia interamericana, como lo indica Laurence Burgorgue-Lene.²⁴³

De esta manera, el funcionamiento del Sistema Interamericano resultaría en un mecanismo más ágil: la Corte Interamericana establece un criterio o estándar mínimo que puede ser ampliado al interior de los Estados parte, y los órganos nacionales competentes lo aplican en los asuntos de su conocimiento. De esta manera, se tutela la protección y el respeto de los derechos humanos desde el interior de los Estados.

Sergio García Ramírez agrega un elemento práctico al ejercicio del control de convencionalidad difuso, al indicar que:

“Diré, de paso, que a mi Juicio resulta evidente que la Corte Interamericana no podría ni debería asumir el conocimiento de un gran número de casos, sería impracticable y perturbador; su “oficio” es el conocimiento de grandes temas — frecuentemente aplicados con nuevas vertientes, perspectivas o aplicaciones— a los que aportará soluciones que permanecerán los ordenamientos internos.”²⁴⁴

Además, hace el recordatorio de que todo el sistema jurisdiccional internacional esté montado sobre la idea de dar al Estado la oportunidad de resolver internamente el litigio, a través de los medios domésticos conducentes a ese fin. Queda a la vista el doble papel del Juzgador; por una parte, es el órgano que resuelve una controversia y decide sobre derechos y obligaciones de los contendientes; por la otra, es garante de los derechos humanos. Es así como los Jueces se convierten en actores relevantes en el cumplimiento de las

²⁴³Laurence Burgorgue-Lene, “La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El Control Difuso de Convencionalidad*, FUNDAP, Querétaro, México, 2012, pp. 41 y 42.

²⁴⁴ García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, Op. cit., p. 218.

obligaciones internacionales.

Por último, tomando en cuenta que al ser el control de convencionalidad obligación primaria de los órganos competentes de los Estados parte, y como diálogo jurisprudencial entre Cortes, la Corte Interamericana ha retomado en sus sentencias casos del derecho interno de los Estados para fundamentar sus interpretaciones:

“143. Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.”²⁴⁵

Ciertamente, el presente capítulo tuvo como finalidad abordar el imperativo del control de constitucional para luego, bajo similares tópicos, abordar el control de convencionalidad, centrándonos en su inicio y evolución, tipos y, finalmente, el órgano encargado de su aplicación y control, en sede interna e internacional.

De esta forma, no menos importante es aclarar que nuestro sistema jurídico penal ha tenido una transformación respecto a cómo se venía practicando. Por ello resulta importante exponer a manera de contextualizar las determinaciones relevantes en el proceso escrito o tradicional, así como en el oral o adversarial, pues de ello dependerá el método o sistema a ocupar para aplicar el control difuso de convencionalidad.

²⁴⁵ Caso Masacre de santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones de 30 de noviembre de 2012, serie C No 259.

CAPÍTULO CUARTO

RESOLUCIONES JURISDICCIONALES DE APLICACIÓN DIFUSA DE CONVENCIONALIDAD

Para el fin que propone el presente trabajo se debe tomar en cuenta previamente a su conclusión tres aspectos; el primero, en atención a la reforma constitucional acontecida el 8 de junio de 2008, publicada en el Diario Oficial de la Federación, en la que reforma y adiciona los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la cual implicó profundos cambios a diez artículos, siete de ellos en materia penal —artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 Constitucionales—, sentando así las bases para el tránsito de un sistema jurídico penal inquisitivo a uno acusatorio democrático *ad hoc*, con estándares de derechos humanos constitucionalmente reconocidos.

Por otra parte, las resoluciones relevantes procesalmente hablando, en las que se pueden aplicar y analizar el control difuso de convencionalidad. Para ello, se expondrá el auto de radicación, diligencia de declaración preparatoria, auto de plazo constitucional y sentencia (sistema inquisitivo); así como audiencia inicial, audiencia de control de legalidad de la detención, auto de formal prisión, audiencia de medidas cautelares, audiencia de vinculación a proceso, audiencia de juicio oral, deliberación del fallo y sentencia (sistema acusatorio). Esto es, lo que comprende el sistema penal judicial en su primera instancia.

Finalmente, se debe tomar en cuenta la normatividad aplicable al Código Federal de Procedimientos Penales para el sistema inquisitivo, de conformidad al Transitorio Cuarto de la citada reforma del 2008, al exponer que los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto y el Código Nacional de Procedimientos

Penales por lo que respecta al sistema acusatorio; lo anterior, con el fin de establecer el marco normativo que gobernará cada etapa procesal como referencia preceptiva del capítulo a abordar.

4.1 Sistema jurídico penal mexicano inquisitivo o escrito

El tema central del Derecho penal es el delito, el cual consiste en un acto típico, antijurídico y culpable. Como se puede advertir, no se incluye en lo anterior lo penal, dado que se considera que este elemento es una consecuencia directa de la acreditación de los anteriores, y no un elemento autónomo.

Así, el delito es la esencia del Derecho penal. Por ello es que al ser su objeto de estudio se debe de tener presente, al igual que la pena a imponer por el hecho ilícito acontecido provoca la ejemplaridad, entre otros efectos más, manteniendo el orden social.

En efecto, para un auténtico estado de Derecho no basta la mera existencia del Código Penal para lograr tal fin, dado que, como se ha visto a través de la historia, es indispensable que los órganos estatales competentes observen un conjunto de actos y formas capaces de justificar la actualización de la pena, y esta circunstancia, conduce precisamente a una de las disciplinas integrantes del ordenamiento jurídico: el derecho procesal penal.

4.1.1 Concepto

Resulta pertinente identificar y fijar la denominación de esta disciplina jurídica y los nombres con que ha sido conocida, tales como: práctica forense, procedimientos judiciales, procedimientos criminales, materia criminal forense, práctica criminal, derecho rituario, derecho formal, derecho adjetivo, procedimientos penales, derecho procesal penal, etcétera. De tal forma que diversos autores han elaborado diferentes conceptos en dicha materia.

Para Clariá Olmedo, el Derecho Procesal Penal es la disciplina jurídica reguladora de la efectiva realización del Derecho Penal. Establece los principios que gobiernan esa realización y determina los órganos, la actividad y el procedimiento para actuar la Ley Penal Sustantiva.²⁴⁶

Según Ernest Beling, el Derecho Procesal Penal es la rama jurídica que regula la actividad titular del Derecho Penal (justicia penal-administrativa de justicia penal).²⁴⁷

Manzini afirma que es un conjunto de normas, directa e indirectamente sancionadas que se funda en la institución del órgano jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicables, en concreto, el Derecho Penal Sustantivo.²⁴⁸

Javier Piña y Palacios expresa que es la disciplina jurídica que explica el origen, función, objeto y fines de las normas mediante las cuales se fija el *quantum* de la sanción aplicable para prevenir y reprimir el acto u omisión que sanciona la ley penal.²⁴⁹

De las referidas concepciones se deduce que el contenido del Derecho Procesal Penal está construido por las normas procedimentales vigentes, cuyo propósito es hacer efectivo el objeto y fines del Derecho Penal Sustantivo, debiéndose precisar que, si bien dentro de su contenido existen normas dirigidas a los jueces, al agente del Ministerio Público, a la defensa, a los testigos, etcétera, los destinatarios son no únicamente los referidos, sino todos los que intervengan en el procedimiento; en cambio, el titular siempre será el Estado, a través de la persona física que lo representa.

²⁴⁶ Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo I*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, ¿AÑO?, p. 49.

²⁴⁷ Ernest Beling, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, trad. David SZLAPOCZNICK, ed. DIN Editora, España, 2000, p. 1.

²⁴⁸ Vicenzo Manzini, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p. 107.

²⁴⁹ Piña y Palacios, Javier, *Derecho Procesal Penal*, México, 1948, p. 7.

No menos importantes son las fuentes de dicha disciplina, dado que será un tema esencial para el objeto de este trabajo.

4.1.2 Fuentes

Como se sabe, de acuerdo con su connotación más común, fuente del Derecho, es aquello que le da vida, lo hace existir o lo produce. A fin de no extender el tema, al no ser objeto del presente trabajo, basta para los fines que se persigue, clasificarlas en fuentes de producción y fuentes de conocimiento. Las primeras se refieren a "la voluntad que dictan las normas jurídicas", y las segundas a "la forma que el Derecho objetivo asume en la vida social", como lo expone Sebastián Soler.²⁵⁰ La única fuente de producción, es el Estado, quien en uso de su soberanía manifiesta su voluntad a través de las leyes.

Con respecto a las fuentes de conocimiento, el legislador mexicano, reconoce: la ley, la costumbre, los usos, la equidad, la jurisprudencia y los tratados internacionales; por tanto, se precisa que por lo que hace a las leyes, debe hacerse desde un punto de vista genérico, para no hacer alusión, exclusivamente, al código de procedimientos penales; sino también a las disposiciones esenciales del procedimiento, como la Constitución y otras que regulan aspectos importantes del mismo. Al respecto conviene jerarquizar la ley realizadora y así precisar que en los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución es la fuente principal del procedimiento, dado que marca las directrices esenciales sobre las que deberá actuarse para llegar a actualizar la norma penal. En otras palabras, es la pauta imperativa de donde se derivan las instituciones del código adjetivo penal.

Como se apuntó, también resultan fuentes del Derecho, los tratados internacionales, una vez que estos sean ratificados por los integrantes del

²⁵⁰ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo I, 10ª reimpresión, Editora Argentina, Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 117.

Senado de la República, y en ese supuesto quedan incorporados a la legislación interna, de conformidad con el artículo 1o de la Ley Suprema, y como corolario de lo anterior, basta citar el artículo 133 del Pacto Federal.

La costumbre no es fuente del derecho en los procedimientos penales, pues no se obliga a ninguna persona interviniente en el procedimiento. Este tal vez contribuya a interpretar la ley, pero no es base sólida para otorgarle el carácter de fuente. Sin embargo, González Bustamante indica: "que si da origen al establecimiento de una jurisprudencia uniforme, queda también comprendida como una fuente del derecho procesal".²⁵¹

Por su parte, la jurisprudencia ha sido aceptada por algunos autores como fuente del Derecho, aunque otros rechazan esta aseveración, sosteniendo que no es función de quienes integran los tribunales legislar, sino aplicar el Derecho. Este criterio, lo comparte Alberto González Blanco,²⁵² por la razón apuntada.

La doctrina tampoco es fuente del Derecho; esta puede ser contraria a una ley particularmente. Por ejemplo, el comentario explicativo de un código. Empero, debe tomarse en cuenta que, tanto para la formación de un funcionario judicial, como también para el legislador, puede influir considerablemente, razón por la cual sirve de complemento a la ley, o, en su caso, para robustecer un punto de vista.

Por lo que respecta a la equidad, este es elemento de carácter fundamental en los procedimientos penales porque no debe de ser contraria al espíritu de la norma, independientemente de que debe darse siempre un criterio equitativo en cuanto a la aplicación de la misma. A mayor abundamiento, puede advertirse que, a fin de lograr la prevalencia de la equidad, para la aplicación de las penas, la legislación establece en su artículo 52 del Código Penal Federal, la obligación de

²⁵¹ González Bustamante, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Mexicano*, IV, Porrúa, México, 1959, p. 58.

²⁵² González Blanco, Alberto, *El procedimiento penal mexicano*, Porrúa, México, 1975, p. 15.

que el juez valore, en efecto, una serie de elementos que le llevan a precisar, el *quantum* de la pena, de la medida de seguridad y demás consecuencias del delito.

4.2 Procedimiento escrito o tradicional a la luz del Código Federal de Procedimientos Penales

De conformidad con el Código Federal de Procedimientos Penales, el procedimiento penal comprende las siguientes etapas: averiguación previa, preinstrucción, instrucción, primera instancia, segunda instancia, ejecución y los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, de conformidad con el artículo 1o de la citada normatividad.

Efectivamente, el artículo 1o del Código Federal de Procedimientos Penales, divide el proceso penal en siete etapas; sin embargo, a consideración personal son seis, puesto que la relativa al procedimiento de inimputables, a menores y a quienes tienen la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos es un procedimiento especial paralelo al ordinario.

Para comprender la gran importancia que tiene delimitar los componentes del proceso penal, se habrá de analizar la confusión terminológica, frecuente en dicha disciplina, acerca de los vocablos proceso, procedimiento y averiguación previa.

Acerca del proceso, antes que nada es el medio por el cual el Estado cumple con su deber de prestar el servicio judicial; es un método de debate que sirve para constatar la procedencia o improcedencia de las pretensiones o excepciones deducidas por las partes; o un conjunto de reglas, expectativas, posibilidades y cargas mediante las cuales se trata de encontrar la certeza del interés que, en justicia, se debe tutelar en la sentencia definitiva. En este sentido el proceso penal resulta ser, dentro del cúmulo de actos de política criminal del

Estado, un medio idóneo para dirimir imparcialmente, por auto de juicio de la autoridad jurisdiccional, un conflicto de interés de relevancia jurídico-penal.

El procedimiento, en cambio, puede ser administrativo, legislativo, y no necesariamente jurisdiccional. Carece de la finalidad del proceso y, en lo procesal, o como segmento del proceso, se reduce a ser, simplemente, un conjunto de actos procesales concatenados y coordinados entre sí, dirigidos hacia un determinado objetivo. En este sentido, el proceso es un todo, consta de etapas o partes y más bien de procedimientos de preinstrucción, instrucción, conclusiones y sentencia y, por último, el de segunda instancia, los cuales en su conjunto forman el proceso judicial.

Finalmente, al lado e independientemente del proceso judicial, la averiguación previa es un procedimiento que no pertenece al proceso penal, sino que es de naturaleza *sui generis* emanada de la Constitución. Equivale al cúmulo de actos que corresponde realizar al Ministerio Público durante su función investigadora. Corresponde a un conjunto de actos concatenados entre sí que sirven para indagar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, y, de acreditarse estos, ejercitar la acción penal y proceder punitivamente ante el órgano jurisdiccional.

En ese tenor es de considerar que la averiguación previa no forma parte del proceso, dado que en aquella no se da la relación procesal, no existe el órgano jurisdiccional y, además *per se*, carece de la finalidad de resolver en definitiva el problema de derecho penal del cual conoce, ya que en la averiguación previa no se investiga el delito —entendiendo éste como conducta típica, antijurídica y culpable. El elemento de la culpabilidad únicamente puede ser analizado por el juez, principalmente al sentenciar, pues es hasta este momento que formula el juicio de reproche para establecer el *quantum* de la pena en aquellos casos en que sea condenatorio el fallo definitivo. En la averiguación previa sólo se investiga el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado.

De ahí que resulte importante indicar qué es la averiguación previa, para luego tocar la preinstrucción, instrucción, primera instancia y ejecución; fases que comprenden todo el proceso penal. De esta manera, podremos conocer de manera general dichas etapas y tener un panorama de tiempo y relevancia de las mismas.

4.2.1 Averiguación previa

Efectivamente, como se refirió anteriormente la averiguación previa no es parte del proceso penal, lo cual es cierto e irrefutable, dado que aquella, como antes se indicó, además de no tener la misma teleología de este (llegar a la solución de las pretensiones punitivas mediante sentencia con calidad de cosa juzgada), carece de relación procesal, de la posibilidad jurisdiccional de resolver en definitiva el litigio, además de no intervenir en los órganos jurisdiccionales (juez o tribunal).

De tal forma, podemos apuntar que es un conjunto de actos jurídicos-adjetivos concatenados entre sí con el objeto común de obtener o llegar a un fin determinado por la ley. La averiguación previa debe entenderse, pues, como un procedimiento autónomo que se da antes del proceso penal y, por ende, fuera de éste. Sus finalidades son que se indague sobre la *notitia criminis*, a fin de probar la existencia del cuerpo del delito relativo y de la probable responsabilidad del inculpado, que constituye propiamente la función investigadora del Ministerio Público, en este caso Federal, para después determinar la pertinencia o no de ejercitar la acción penal y pretender o no de ejercitar la acción penal y pretender punitivamente. Actos estos que corresponden, a su vez, a la función acusatoria del aludido representante social de la federación.

4.2.2 Preinstrucción

Resulta entonces que el proceso empieza y surte efectos a partir del procedimiento de preinstrucción, el que, a su vez, únicamente puede iniciarse

con la consignación del detenido, pues, si la consignación se hiciera sin detenido, sería inconstitucional y procesalmente imposible que el juez realizara las actuaciones que ordena esta etapa en rebeldía o en ausencia del inculpado: no habría relación procesal, ni menos aún proceso. Esto equivaldría, por ejemplo, a las simples actuaciones procedimentales que se dan en cualquiera de otras ramas procesales, por virtud de las cuales el órgano jurisdiccional recibe la demanda, dicta el auto admisorio, pero no emplaza al demandado, situación que no constituye la relación procesal ni, tampoco, proceso, por falta de una de las partes.

4.2.3 Instrucción

La instrucción supone la presencia del procesado, del defensor y del Ministerio Público, así como de su intervención. Dicha etapa empieza con el dictado del auto de formal prisión o de sujeción a proceso, pues, obviamente, solo a partir de estos se concibe incoar, investigar y probar la responsabilidad o irresponsabilidad penal del inculpado.

La instrucción recibe este nombre porque en ella se instruye el juez para llegar al conocimiento de los hechos y de las pruebas, y concluye con la resolución que la declare cerrada como lo ordenan los artículos 150 y 152 del Código Federal de Procedimientos Penales, según se trate de proceso ordinario, sumario o sumarísimo.

4.2.4. Primera Instancia

Es en esta etapa que el agente del Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el Tribunal, el cual valora las pruebas y pronuncia la sentencia en dicha instancia. Dicha etapa alude a nuestro sistema de acusación penal, que se traduce en la facultad que tiene el Ministerio Público de fijar en sus conclusiones la pretensión punitiva y el delito a virtud del cual el juez tendrá que sentenciar. Ello significa que el representante social puede legalmente reclasificar en sus conclusiones el delito por el cual habrá de fallarse en definitiva.

En efecto, en nuestro sistema procesal penal es de reconocido derecho que el Ministerio Público, al ejercer la acción penal y pretender punitivamente, consigna hechos a la autoridad judicial, a la que corresponde, por medio del auto de formal prisión, hacer la clasificación inicial del delito sobre el cual versará la instancia.

Cabe hacer notar que el legislador, en la fracción IV, del artículo 1o del código adjetivo en la materia penal federal, por un error al procedimiento relativo lo denominó "de primera instancia", malamente puede llamarse de esta manera a tal procedimiento, dado que esta en sí misma abarca todos los procedimientos del proceso hasta la sentencia definitiva dictada por *a quo*; luego entonces, la primera instancia, técnicamente se compone además de la etapa de conclusiones y sentencia, de los procedimientos señalados en las fracciones II y III del artículo 1o del citado código. Es comprensiva del cúmulo de actos a partir del auto de radicación hasta la sentencia definitiva de primera instancia.

4.2.5 Segunda Instancia

Efectivamente, es la segunda instancia en la que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos interpuestos en la primera, como prolongación del proceso ante el *ad quem* a fin de resolver la apelación contra la sentencia de primera instancia, dada la inconformidad de una o todas sus partes (procesado, defensor, Ministerio Público, ofendido o víctima) .

Resulta pertinente aclarar el sentido otorgado al vocablo instancia como acepción dada a cada una de las etapas, procedimientos o grados integradores del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia emitida; o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte. Se habla, así pues, de "sentencia de primera instancia" o "de segunda instancia", de jueces "de primera o de segunda instancia", "de pruebas de primera o segunda instancia".

Así, el proceso penal federal se desenvuelve en instancias, grados o procedimientos. Este desenvolvimiento de tal manera ordenado se apoya en el principio de preclusión. Una instancia sucede a la otra o precede a la otra; y no es concebida una segunda instancia sin haberse agotado los trámites de la primera. Así, la relación existente entre el proceso y la instancia es la que existe entre el todo y la parte. El proceso es el todo; la instancia es un fragmento o parte del proceso. Pero una y otra forma de instancia, como componentes del proceso penal federal, tiene elementos comunes y, por tanto, reciben una regulación común de dicho ordenamiento; así, sus títulos preliminar y sexto, son aplicables en primera o segunda instancia, según el caso.

4.2.6 Ejecución

La ejecución hace referencia a la ejecución de la sentencia con cargo al Poder Ejecutivo, como lo señala el artículo 529 de dicho ordenamiento, estableciendo sus particularidades a ello.

Empero, resulta oportuno indicar que, como se indicó al inicio del capítulo, el 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la reforma a diversos artículos de la Constitución, entre los que se encuentra el numeral 18, segundo párrafo; reforma que precisa que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacidad para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, así como el diverso 21, párrafo tercero, en el que se establece que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

Sobre los aspectos del proceso legislativo que dio origen a esta reforma constitucional, se destaca que la justificación que motivó la transformación del sistema penitenciario fue el reconocimiento de los sentenciados como sujetos de derechos humanos, cuya protección exigía la restructuración completa de dicho

sistema a partir del redireccionamiento de sus fines.

Se dijo que esta posición provocó que las prisiones se convirtieran en lugares donde sistemáticamente se violan los derechos humanos de los reclusos, a pesar de que, por mandato constitucional, estos tienen derecho a la salud, a la educación, al trabajo y a la capacitación para este. Sin embargo, la realidad es que en las prisiones no existen las condiciones necesarias para que los reclusos ejerzan esos derechos, pues existen problemas de alimentación, alojamiento, hacinamiento y precariedad económica, condiciones que no hacen posible una verdadera "readaptación social".

Así, el motivo de la reforma de los artículos 18 y 21 constitucionales indicados —que introdujo el modelo penitenciario de reinserción social y judicialización del régimen; la modificación y duración de las penas, así como la creación de la figura del juez de ejecución— es el de transformar el sistema penitenciario tomando como base la protección de los derechos humanos, entre ellos el de la libertad.

Lo anterior no sería posible, mientras la ejecución de las penas permaneciera bajo el control absoluto del Ejecutivo. Por ello, la facultad de ejecutar la pena debía trasladarse al Poder Judicial: el dejar la ejecución manos de la administración pública rompe una secuencia, en el entendido de que la misma autoridad judicial que pronunció la sentencia debía vigilar que la pena se cumpliera estrictamente conforme a derecho, en la forma pronunciada en la ejecutoria.

Sin embargo, la reforma citada ordenó la emisión de una ley secundaria que rigiese dicha etapa, la cual aconteció el 16 de junio de 2016, ante la expedición de la Ley Nacional de Ejecución Penal, la cual tiene por objeto establecer las normas que deben observarse durante el internamiento por prisión preventiva, en la ejecución de penas y en las medidas de seguridad impuestas como

consecuencia de una resolución judicial; establecer los procedimientos para resolver las controversias que surjan con motivo de la ejecución penal, y regular los medios para lograr la reinserción social con base en los principios, garantías y derechos consagrados en la Constitución, tratados internacionales en los que el Estado mexicano es parte, y en dicha normatividad.

4.3 Determinaciones relevantes en el procedimiento escrito o tradicional

Ahora bien, expuesto lo anterior resulta oportuno abordar el tema del presente capítulo, el cual son las determinaciones relevantes a consideración personal para poder aplicar el control difuso de convencionalidad en ambos sistemas. Esto es: el tradicional o escrito y el adversarial u oral.

4.3.1 Auto de radicación

El auto de radicación es la primera resolución que dicta el juez. Con esta se manifiesta en forma efectiva la relación procesal. Es indudable que tanto el agente del Ministerio Público como el procesado quedan sujetos, a partir de ese momento, a la potestad del juez instructor.

Ramón F. Valdés lo nombra como el auto de inicio o cabeza de proceso, auto que pone el juez de la causa de manera oficiosa para proceder a la averiguación sumaria del delito y su comitente. Lo llamó también auto de proceder, tomando el nombre de cabeza de proceso, porque lo es en efecto y es la piedra fundamental del procedimiento de oficio.²⁵³

González Blanco expone que dicho auto tiene por objeto establecer la jurisdicción de la autoridad judicial que lo dicta y, como consecuencia, decidir todas las cuestiones que se deriven del hecho delictuoso motivo de la consignación, y a la vez, someter a ella a los sujetos procesales y a los terceros

²⁵³ Valdés, Ramón Francisco, *Diccionario de jurisprudencia criminal mexicana*, Tip de G. Torres, México, 1850, p. 81.

que deban intervenir en las providencias que se dicten en el caso.²⁵⁴

En torno a ello, García Ramírez refiere que en el primer acuerdo judicial se adopta el auto denominado de radicación, de inicio o de cabeza de proceso, que carece de requisitos formales específicos.²⁵⁵

Respecto al tópico, Arilla Bas alude que el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, obliga al órgano jurisdiccional a resolver sobre la petición que aquél deduce. En consecuencia, tan luego como el juez recibe la consignación, dictará auto de radicación, en el que resolverá si el ejercicio de la acción penal reúne o no los requisitos del artículo 16 Constitucional. Dicha determinación sujeta a las partes y a los terceros al órgano jurisdiccional e inicia el periodo de preparación del proceso. A partir del momento en que se recibe la consignación del detenido, el juez dispone de un término de cuarenta y ocho horas para tomar dentro de él, la declaración preparatoria del consignado, y de otro de setenta y dos horas para resolver, también dentro de él, si decreta la formal prisión o la libertad de aquél.²⁵⁶

Resulta oportuno aclarar que, tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente debe radicarse el asunto, y dentro de las veinticuatro horas siguientes, la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión. Si el juez no resuelve oportunamente sobre esos puntos, el Ministerio Público procederá a interponer el recurso previsto por el legislador para esos casos, que es la queja.

En materia federal y tratándose de delitos no graves, el juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo solicitado por el Ministerio Público, dentro de los diez días contados a partir del día en que se haya acordado la radicación.

²⁵⁴ González Blanco, Alberto, *El procedimiento penal mexicano*, Op. cit., p. 96.

²⁵⁵ García Ramírez, Sergio, *Curso de Derecho procesal penal*, Porrúa, México, 1988, p. 539.

²⁵⁶ Arilla Bas, Fernando, *El procedimiento Penal en México*, Porrúa, México, 1997, p. 87.

Si dentro de los casos antes mencionados el juez no dicta auto de radicación o no resuelve sobre los pedimentos de aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, el Ministerio Público podrá ocurrir en queja ante el Tribunal Unitario de Circuito que corresponda.

Para el caso de que el juez niegue la orden de aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, por considerar que no están reunidos los requisitos de los artículos 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 195 del Código Federal de Procedimientos Penales, se regresará el expediente al Ministerio Público para el trámite que correspondiere, como lo expone el artículo 142 del ordenamiento procesal.

Ahora bien, aunque no existe formalismo alguno para la elaboración de dicha determinación, se considera que el auto de radicación debe contener los requisitos siguientes: la fecha y hora en que se recibe la consignación; la orden para que se registre en el libro de gobierno y se den los avisos correspondientes, tanto al superior jerárquico del órgano que radica, como al agente del Ministerio Público adscrito, para que éste último intervenga de acuerdo a sus atribuciones y practique las diligencias señaladas en el Pacto Federal, y, finalmente, el código adjetivo, donde señala día y hora para que se recabe la declaración preparatoria del inculpado y se proceda a calificar la legalidad de la detención que realizaron en su contra. Esto siempre y cuando sea bajo el supuesto de una consignación con detenido.

Cuando no haya detenido, el juez deberá ordenar que se hagan constar solo los datos primeramente citados, para que, previo estudio de las diligencias, esté en aptitud de dictar la orden de aprehensión, reaprehensión, comparecencia o en su caso negarlas.

Los efectos jurídicos del auto mencionado, dependerán de la forma en que

se haya dado la consignación (sin detenido o con detenido). En la primera hipótesis, al dictar el auto de radicación, el juez tomará en cuenta si los hechos ameritan una sanción corporal, o si, por el contrario, se sancionan con una pena alternativa, puesto que ambas situaciones derivan hacia consecuencias jurídicas diferentes. En el primer caso, previa la satisfacción de los requisitos indicados en el artículo 16 constitucional, procederá la orden de captura; en el segundo, el libramiento de la citada orden de comparecencia, o en su caso, la orden de presentación para lograr la presencia del sujeto ante el juez.

En la segunda hipótesis se tomará en cuenta lo ordenado en el artículo 19 constitucional, que indica: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes referido, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrán al inculpado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación por separado, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente".

En esta disposición, se contienen un conjunto de garantías, fiel reflejo, no únicamente del sentimiento profundo de los humanistas más notables de la época, sino también, de la evolución del Derecho de Procedimientos Penales, en

cuanto a su objeto y fines.

Como consecuencia, cuando hay detenido, en acatamiento a lo indicado, y en relación con la fracción II del artículo 20 de la Ley Suprema, se practicarán un conjunto de diligencias, dentro de las primeras cuarenta y ocho horas del término de setenta y dos con que cuenta el juez.

Resulta oportuno establecer que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia por contradicción de rubro: COMPETENCIA TERRITORIAL DE EXCEPCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 10, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. SI EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL ES CON DETENIDO, EL JUEZ DE DISTRITO QUE RECIBA LA CONSIGNACIÓN DEBERÁ PRACTICAR LAS DILIGENCIAS QUE NO ADMITAN DEMORA, AUN CUANDO SE CONSIDERE INCOMPETENTE,²⁵⁷ estableció en lo que interesa, que cuando el ejercicio de la acción penal sea con detenido, al margen de que el juez de Distrito que recibe la consignación pudiera considerarse legalmente incompetente para conocer del asunto por no actualizarse algún extremo de competencia por excepción; empero, está obligado a practicar las diligencias que no admitan demora, como son calificar de legal o no la restricción de libertad de imputado, así como resolver su situación jurídica.

Definitivamente, bajo el supuesto que la consignación sea con detenido, el juez de Distrito debe de recibir la consignación, radicarla y practicar las diligencias más urgentes para finalmente resolver la situación jurídica del implicado.

4.3.2 Diligencia de declaración preparatoria

La declaración preparatoria es el acto procesal en el que comparece el procesado ante el juez, para que le haga saber la conducta o hecho antijurídico

²⁵⁷ Tesis: 1a./J. 3/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 30, Mayo de 2016, Tomo II, p. 953.

y culpable por el que el agente del Ministerio Público ejercitó la acción penal en su contra, para que, bajo ese supuesto, manifieste lo que a sus intereses convenga y se defienda, para que luego entonces el juez resuelva la situación jurídica planteada antes de que fenezca el término de setenta y dos horas.

Si bien diversos autores han denominado de diversa forma a esta diligencia, como indagatoria —Julio Acero y Alcalá Zamora— e inquisitiva, como en algunas prácticas le denominan.

Empero, se considera acertado el término de declaración preparatoria, como lo expone González Bustamante, dado que indica que no solo corresponde al sistema de enjuiciamiento que reconocen nuestras leyes en vigor, sino porque permite distinguirlo de otras locuciones empleadas en los sistemas de enjuiciamiento inquisitorio y mixto. Declarar significa exponer hechos; es una manifestación del ánimo o de la intención o la deposición que hace un inculpado en causas criminales. Preparar quiere decir prevenir, disponer de alguien para una acción que se ha de seguir. En este sentido, la declaración preparatoria tiene por finalidad informar al inculpado sobre el procedimiento judicial instaurado en su contra para que conteste los cargos.²⁵⁸

Para Borja Osorno, la declaración preparatoria es la primera manifestación que como acusado hace una persona ante un juez. A su vez, subraya que es su declaración como acusado, porque bien puede suceder que en las diligencias de Policía Judicial haya declarado o bien, que en el procedimiento judicial lo haya hecho, pero estas declaraciones no son preparatorias; no preparan la defensa, puesto que no lo ha realizado con el título de acusado.²⁵⁹

Así, Fenech lo define como un acto procesal en virtud del cual el acusado emite una declaración de conocimiento sobre los hechos que se le imputan como

²⁵⁸ González Bustamante, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Mexicano*, p. 59

²⁵⁹ Borja Osorno, Guillermo, *Derecho procesal penal*, Ed. José M. Cajica Jr., S.A. Puebla, 1969, p. 229.

consecuencia de una investigación judicial, preceptivo para el titular del órgano jurisdiccional y encaminado a formar su convencimiento sobre la verdad de los hechos en que ha de fundarse su decisión sobre el objeto del proceso.²⁶⁰

González Bustamante apunta que no es un medio de investigación del delito ni tiende a procurar la confesión del inculpado sobre los hechos que se le atribuyen, porque entonces se confunde con la declaración indagatoria o declaración con cargo, en que se imponía al juez la obligación de formular preguntas, cargos y reconvenciones sobre la participación que el inculpado hubiere tenido en el delito...²⁶¹

De tal forma que el artículo 20, apartado A, de la Constitución aplicable al sistema inquisitivo expone las entonces garantías individuales del detenido en un proceso del orden penal. En ese sentido, del citado precepto constitucional, se desprenden las siguientes garantías: que el procesado conozca los hechos, motivo de la acusación y, bajo ese supuesto, pueda llevar a cabo su defensa, la cual se iniciará, ya sea con su declaración, o con los actos que realice su defensor; la del tiempo, es decir, que dentro de las cuarenta y ocho horas declare ante el juez.

Dicho término empezará a contarse a partir del momento en que el acusado fue puesto a disposición de la autoridad judicial. Por eso es importante hacer constar la fecha y la hora en el auto de radicación; así, la declaración preparatoria es una garantía y para que tenga plena vigencia, deberá tomarse tan pronto como empiece a transcurrir el término, no al estar por vencer, basándose para ello en el alcance de la palabra "durante". De no ser así, el procesado estará en estado de indefensión.

²⁶⁰ Fenech, Miguel, *Derecho procesal penal*, Ed. Labor, Barcelona, 1960, p. 651.

²⁶¹ González Bustamante, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Mexicano*, Op. cit., p. 226

El Capítulo II, en sus artículos 153 al 160 del Código Federal de Procedimientos Penales expone las reglas y formas en que se desarrolla dicha diligencia, así como el nombramiento del defensor.

Resulta importante destacar respecto al tema, lo expuesto por el párrafo segundo del numeral 154, que obliga la asistencia de un intérprete en caso de que el detenido pertenezca a un pueblo o comunidad indígena, así como a un defensor que conozca la lengua y cultura. De no realizar lo anterior, es causa notoria que motiva la reposición del procedimiento.

4.3.3 Auto de plazo constitucional

Una vez que fue iniciada la actividad procesal, la cual comienza a contar desde que el detenido fue puesto a disposición del juez, se cuenta con el término de setenta y dos horas, como lo expone el artículo 19 Constitucional, a fin de resolver la situación jurídica del implicado a través del dictado de un auto de formal prisión, o, en su defecto, de libertad por falta de méritos o de libertad por falta de elementos para procesar; o bien auto de sujeción a proceso, si el delito es sancionable con pena no corporal o alternativa. Dicho plazo puede ser duplicado —ciento cuarenta y cuatro horas—, de conformidad con el párrafo segundo del citado numeral.

En efecto, como se puede advertir de la lectura del artículo citado, el legislador hizo un imperativo al establecer que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, las cuales comienzan a contar a partir de que el indiciado fue puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Dicha prolongación sólo podrá ser a petición del implicado, caso contrario

será sancionada por la ley penal, precisión que también se encuentra establecida en el párrafo segundo del artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales.

De igual forma, se impone al juzgador la obligación de notificar a la autoridad responsable del establecimiento donde se encuentre detenido el inculpado, dado que, si dicho funcionario no recibe copia autorizada de la mencionada resolución, dentro de los plazos que se señalan en el precitado arábigo, en su caso, contado a partir del momento en que se puso al inculpado a disposición del juez, proceda de acuerdo a lo indicado en el primer párrafo del precitado artículo 19.

4.3.3.1 Auto de formal prisión

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, el auto de formal prisión es la resolución judicial que determina la situación jurídica del procesado al vencerse el término de setenta y dos horas, o en su caso el de ciento cuarenta y cuatro, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo del delito y los datos son suficientes para presumir la responsabilidad, y así señalar la conducta o hecho por la que ha de continuarse el proceso.

Al respecto Sergio García Ramírez y Victoria Adato Green, definen esta etapa como la resolución fundamental dentro del enjuiciamiento penal mexicano, consagrada constitucional y legalmente, teniendo como principal efecto la fijación del tema del proceso.²⁶²

Alcalá Zamora refiere que sirve esencialmente para darle un destinatario a la instrucción, y, por lo menos, una apariencia de contradictorio a la misma, aun

²⁶² García Ramírez, Sergio y otro, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Porrúa, México, 1999, p. 364.

sin erigirla en proceso entre partes.²⁶³

Por su parte Jiménez Asenjo, lo describe como aquella resolución judicial interlocutoria fundada en la que imputándose provisionalmente a determinada persona o personas un hecho punible, se le sujeta directamente y con bienes bastantes, si los tiene, al resultado definitivo que dicte el Tribunal Juzgador.²⁶⁴

Así, en la formal prisión se establece y justifica el procesamiento del probable responsable, fija los elementos del cuerpo del delito relativo que será materia del proceso en estricto sentido procesal; ya que antes de la formal prisión, legalmente no existe una determinación que analice el cuerpo del delito relativo ni la probable responsabilidad del inculpado, pues, si es cierto que en toda consignación que haga el Ministerio Público Federal deben ir probados dichos elementos que expone el artículo 16 constitucional, también lo es que el juez puede modificarlos conforme a lo establecido en los artículos 1o, fracción II y 163 del Código Federal de Procedimientos Penales. Con ello se busca dar seguridad jurídica al proceso penal, en tanto puede el juez reclasificar el delito por el cual aquel correctamente se deba llevar, corrigiendo así los posibles errores de la consignación. Al tratarse de una facultad extraordinaria que no se da en ningún otro tipo de proceso, v. g., civil, mercantil, agrario o laboral, etcétera, donde el juez le está vedado modificar la *litis*.

Por esta razón procesal, excepción hecha solo del beneficio de la libertad provisional, no es posible, antes de la formal prisión, aducir qué delitos pueden calificarse como graves en términos del artículo 194 del código procesal federal, sin importar el fin jurídico que se persiga, por el hecho de que tales situaciones se derivan del tipo penal, que sólo el juez puede determinar en la resolución aludida.

²⁶³ Alcalá Zamora, Niceto, *Panorama del Derecho mexicano, Síntesis del Derecho procesal*, Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., México, 1966, p. 217.

²⁶⁴ Jiménez Asenjo, Enrique, "Derecho procesal penal", ed. de *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Volumen II, p. 1.

Por reformas y adiciones hecha al Código Federal de Procedimientos Penales, mediante decreto de 23 de diciembre de 1993, publicadas en el Diario Oficial de 10 de enero de 1994, este artículo 161 señalaba como novedad el hablar de los elementos del tipo; hoy, por decreto publicado en el Diario Oficial de 18 de mayo de 1999, se habla nuevamente del cuerpo del delito, como ahora alude la fracción II. El párrafo segundo de este precepto también tiene una modificación, en cuanto a la solicitud del inculpado por sí o por su defensor para que, al rendir su declaración preparatoria, se duplique el plazo de setenta y dos horas que se dan para resolver la situación del inculpado (mediante el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso), ampliándose ahora la oportunidad para hacer esta petición, la cual podrá formularse no solo al rendir la declaración preparatoria, sino que lo puede realizar dentro de las tres horas siguientes, condicionando ello a que la finalidad sea la de aportar y desahogar pruebas al juez.

En efecto, el auto de formal prisión contiene necesariamente requisitos formales y medulares, o de fondo. Los primeros están contenidos en el artículo 19 constitucional, que son: que estén comprobados los elementos del cuerpo del delito, así como la acreditación de la probable responsabilidad del imputado, elemento que puede no estar suficiente o plenamente acreditado, dado que se requiere solamente la presunción de que sea responsable; empero, los elementos del cuerpo del delito sí deben estar completamente acreditados.

Por su parte, los requisitos formales los encontramos inmersos en el Código Federal de Procedimientos Penales, como lo expone en su artículo 161, ya que, con independencia de que retoma los de fondo, obliga a que contenga: I- Que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o bien que conste en el expediente que aquel se rehusó a declarar; II- Que esté comprobado el cuerpo del delito que tenga señalado sanción privativa de libertad; III- Que en relación a la fracción

anterior esté demostrada la probable responsabilidad del inculpado; y IV- Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal.

Además el auto de formal prisión adquiere forma a través de la escritura iniciando con: a) La precisión de la fecha en la que se dicta; b) El número de causa en la que se dicta; c) El nombre de la persona, cuya situación jurídica se determina; d) Un resultando o varios, en donde se hace una narración relación de los hechos acontecidos durante el término de setenta y dos horas; e) La parte considerativa en la que el juez llevará a cabo la valoración de los hechos y pruebas, contrastados a la luz de los elementos del cuerpo del delito; y, f) Los resolutiveos en donde se decreta que está comprobado el cuerpo del delito, existen elementos suficientes de los que se colige una probable responsabilidad, motivos que conllevan a dictar auto de formal prisión; así como que se notifique a las partes y al centro carcelario en donde se encuentra privado de su libertad el procesado.

Hay que mencionar además que la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal en jurisprudencia de rubro: AUTO DE FORMAL PRISIÓN. ACORDE CON EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, SU DICTADO DEBE HACERSE CONFORME AL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y NO A LA LEGISLACIÓN ORDINARIA, CUANDO ÉSTA NO HA SIDO ADECUADA A LO DISPUESTO EN DICHO PRECEPTO,²⁶⁵ en la cual determinó que en razón al principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 133 del Pacto Federal, los jueces deben de acatar lo dispuesto por dicho precepto constitucional, aun y cuando la legislación local se oponga a ella, pues de hacerlo no se sostiene que otorgue mayores prerrogativas al inculpado al momento de dictar auto de formal prisión; motivo por el cual es que debe de aplicarse la Norma Fundamental en razón a que esta constituye la Ley Suprema

²⁶⁵ Tesis: 1a./J. 86/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XVII, Febrero de 2003, p. 47.

de toda la Unión.

Por su parte, los efectos jurídicos del auto de formal prisión, son los siguientes: el sujeto queda sometido a la potestad del juez; justifica la prisión preventiva; termina la primera parte de la instrucción e inicia la segunda etapa de ésta; señala el procedimiento iniciado sumario u ordinario según el ilícito por el cual se resolvió; y, ordena se lleve a cabo la identificación del procesado, como lo expone el artículo 165 de la ley adjetiva federal.

4.3.3.2 Auto de sujeción a proceso

El auto de sujeción a proceso es aquella resolución que establece los elementos del cuerpo del delito tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado, por los que se seguirá el proceso, tipo penal que sólo contemplará sanciones no privativas de libertad o alternativas. Este auto no prevé prisión preventiva.

Pérez Palma refiere que es evidente que si la sanción a imponer por el delito consignado no amerita pena corporal, la prisión preventiva sería inexplicable. Para ello, el legislador previene que cuando la sanción imponible sea no corporal o, como alternativa, que incluya una no corporal, el auto de formal prisión no tendrá otro efecto, más que el de señalar el delito o los delitos por los que habrá de ser seguido el proceso.²⁶⁶

Colín Sánchez, lo define como la resolución dictada por el Juez para los delitos que se sancionan con pena no corporal o alternativa, en el que se determina el o los hechos por los que habrá de seguirse el proceso, previa comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad.²⁶⁷

²⁶⁶ Pérez Palma, Rafael, *Guía de Derecho procesal penal*, Cárdenas, editor y distribuidor, México, 1975, p. 294.

²⁶⁷ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Porrúa, México, 2005, p. 393.

Por su parte, García Ramírez, expone que cuando en el caso la comisión de un delito no sea sancionado con pena privativa de libertad o conminado solamente con sanción alternativa, carece de sentido hablar de auto de formal prisión, pues justamente la prisión queda descartada como consecuencia de semejante auto, resultando improcedente la restricción de libertad. Por eso es mejor hablar de sujeción a proceso y así se hace con acierto.²⁶⁸

A su vez el artículo 162 del Código Federal de Procedimientos Penales, ordena que cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca pena corporal, o esté sancionado con pena alternativa, se dictará auto con todos los requisitos del de formal prisión, sujetando a proceso a la persona contra quien aparezcan datos suficientes para presumir su responsabilidad, para el solo efecto de señalar el delito por el cual se ha seguido el proceso.

Es claro que la prisión preventiva solo puede aplicarse a inculpados que presuntivamente cometieron algún delito que amerite pena privativa de libertad. A quienes se les impute la comisión de un delito que no tenga esta sanción, como por ejemplo multa, apercibimientos, caución de no ofender, etcétera, se les aplicará el término de sujeción a proceso, que implica el desarrollo de un proceso con todas las formalidades que señala a la ley, con la única diferencia de la inexistencia de prisión preventiva, pues gozará de su absoluta libertad hasta que se dicte sentencia.

Los requisitos a que está sujeta la resolución, son los mismos señalados para el auto de formal prisión, así como también sus efectos, excepto el de la prisión preventiva, dada la prohibición constitucional para restringir la libertad cuando se trata de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa. De igual forma se ordena la identificación del procesado y se llevará la forma de notificación de las partes ya indicada.

²⁶⁸ García Ramírez, Sergio y otro, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Op. cit., p. 539.

En efecto la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis asentó su criterio en la jurisprudencia intitulada: “AUTO DE SUJECCIÓN A PROCESO, NO ES NECESARIO AGOTAR EL RECURSO DE APELACIÓN PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO QUE SE INTERPONE EN SU CONTRA”,²⁶⁹ en lo que interesa la Primera Sala indicó que tanto el auto de formal prisión como el de sujeción a proceso se encuentran regulados por el artículo 19 constitucional dado que no difieren, en lo esencial, uno del otro, ya que ambos constituyen la base del proceso, que no puede seguirse por sino por el delito o delito en ellos señalados, y no pueden pronunciarse si no existen elementos suficientes para comprobar el cuerpo del delito y para hacer probable la responsabilidad del inculgado.

Resalta que la única diferencia existente entre ambas determinaciones radica en que el auto de sujeción a proceso no restringe la libertad sino solo la perturba al obligar al procesado a comparecer periódicamente ante el juez instructor y a no salir de su jurisdicción territorial si no es con su autorización.

Otra aportación la encontramos en la jurisprudencia emitida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito de rubro “SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS. ES IMPROCEDENTE DECRETARLA EN UN AUTO DE SUJECCIÓN A PROCESO, EN TÉRMINOS DE LO DISPUESTO EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”²⁷⁰, en la que el órgano colegiado determinó que, dada su naturaleza y efectos jurídicos (ya que su dictado es por delitos que no necesariamente se castigan con pena corporal, como aquellos que sólo prevén sanción pecuniaria, apercibimiento, entre otras, o bien pena alternativa), no es dable tener por actualizada la hipótesis de que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden por estar sujetos a un proceso criminal por delito que merezca penal corporal.

²⁶⁹ Tesis: 1a./J. 4/91, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo VIII, Agosto de 1991, p. 64.

²⁷⁰ Tesis: I.6o.P. J/17, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, Agosto de 2008, p. 996.

4.3.3.3 Auto de libertad por falta de elementos para procesar

Por virtud de la reforma hecha al artículo 167 del Código Federal de Procedimientos Penales, a través del Decreto de 23 de diciembre de 1987, los autos de libertad por falta de elementos para procesar o de no sujeción a proceso, carecen de la propiedad procesal de causar estado. Es decir, tales autos no son causa de sobreseimiento y, por tanto, en las causas penales relativas puede el Ministerio Público seguir actuando y ofreciendo pruebas en los términos del artículo 4º, de dicho ordenamiento, a fin de acreditar los requisitos establecidos en los artículos 161 y 162, del citado ordenamiento legal, en tanto no se produzca la prescripción establecida en el Capítulo VI del Título Quinto del Código Penal Federal. Para la comprensión de esta regla, bastaría dar por reproducida aquí la breve referencia anterior hecha al artículo 142, pues con ello nos daríamos cuenta de que nuestro sistema penal —aunque dialéctico— es considerablemente objetivo y realista, con diversas interpretaciones divergentes y contradictorias hasta antes de la importante reforma a partir de 1983, y difícilmente puede incluirse aún en la anticuada doctrina que trata de suprimir por motivos inconfesables, el proceso penal o real.

Colín Sánchez al respecto refiere que se trata de la resolución dictada por el juez al vencer el término de setenta y dos horas, en atención a que no están acreditados los elementos del tipo penal ni la probable responsabilidad; o habiéndose dado lo primero, no existe lo segundo, y cuya consecuencia es la orden para que el procesado sea restituido en el goce de su libertad.²⁷¹

En similares condiciones, Franco Villa indica que es la resolución dictada por el juez al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, en donde se ordena que el indiciado sea restituido en el goce de su libertad, en virtud de no estar integrado el cuerpo del delito ni la presunta responsabilidad, o que

²⁷¹ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Op. cit., p. 394.

habiéndose dado lo primero, no existe lo segundo.²⁷²

Las citadas resoluciones judiciales se emiten bajo las reservas de la ley, manifestándose de este modo su naturaleza de no adquirir firmeza, aun en los supuestos de no estimarse probado en aquellas el cuerpo del delito, pues, en estricto sentido procesal, en estos casos son inaplicables los artículos 298, fracción IV y 309 del código procedimental, dado que tal es la voluntad del legislador plasmada en este dispositivo que se analiza.

Lo anterior es: la fracción IV del artículo 298, en su parte relativa a las resoluciones que nos ocupa, se refiere a hechos no tipificados como delito o atípicos, v.g., cuando se deroga un tipo del Código Penal, y no, (como sí en cambio aluden los artículos 167 y 168), a hechos típicos integradores de elementos de un cuerpo de delito considerado y demostrado así por el Ministerio Público en su consignación, aunque faltando alguna prueba desestimada por el Juez —bien o mal, corrupta o ilícitamente—, al emitir el auto de libertad por falta de elementos para procesar, o el de sujeción a proceso. Entiéndase bien, estos dos autos, sea que en ellos se consideren no probados el cuerpo del delito relativo, la probable responsabilidad del inculpado o ambos, no causan estado solo por falta de prueba. Por lo mismo, el Ministerio Público puede ofrecerla y seguir actuando conforme a los artículos 4 y 180 del multicitado ordenamiento adjetivo, con el fin de acreditar los requisitos de los señalados dispositivos 161 y 162 —cuerpo del delito y probable responsabilidad del inculpado—, en tanto no prescriba la acción penal correspondiente conforme a las reglas del también ya citado capítulo VI del Título Quinto del Código Penal Federal.

Además, en atención a la interpretación de los principios de acusación, presunción de inocencia, imparcialidad judicial y defensa adecuada, que configuran el derecho humano al debido proceso, la autoridad jurisdiccional carece de facultades para deducir y configurar la conducta que se le atribuye al

²⁷² Franco Villa, José, *El Ministerio Público Federal*, ed. Porrúa, México, 1985, p. 281.

inculpado, que no especificó el Ministerio Público en su escrito de consignación, a través de la revisión oficiosa de la averiguación previa, para resolver la situación jurídica del implicado mediante el auto de plazo constitucional, ya que de actualizarse esta deficiencia, el juez de Distrito de procesos penales federales, debe limitarse a analizar las circunstancias precisadas en el pliego de consignación y destacar la omisión en que incurrió el acusador y determinar el impedimento para acreditar el cuerpo del delito y la demostración de la probable responsabilidad, que son presupuestos jurídicos para el dictado de este, ordenado su libertad, ante la falta de elementos para aperturar la instrucción del proceso penal, como lo sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia de título: "AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL. EL JUEZ DEBE LIMITARSE A RESOLVER LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL INCULPADO. DE ACUERDO AL CONTENIDO DE LA CONSIGNACIÓN, AL CARECER DE FACULTADES PARA DETERMINAR POR SÍ MISMO LOS HECHOS Y LA CONDUCTA ATRIBUIDA MEDIANTE LA REVISIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA, SI ESTAS CIRCUNSTANCIAS NO FUERON PRECISADAS POR EL MINISTERIO PÚBLICO AL EJERCER LA ACCIÓN PENAL".²⁷³

4.3.4 Sentencia

Sentencia, del latín *sentía*, significa dictamen o parecer. Por eso, generalmente, se dice: la sentencia es una decisión judicial sobre alguna controversia o disputa; de igual forma se afirma que viene del vocablo latino *sentiendo*, porque el juez, partiendo del proceso, declara lo que siente.

De esta forma, Colín expone que la sentencia penal es la resolución del Estado por conducto del juez, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas, subjetivas y normativas condicionantes del delito, en la cual se define la pretensión punitiva estatal, individualizando el derecho y

²⁷³ Tesis: 1a./J. 66/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, p. 87.

poniendo con ello fin a la instancia.²⁷⁴

Francisco Valdés, anota que es la decisión legítima del juez sobre la causa controvertida ante él, dado que se llama así al emanar de la palabra íntima *sintiendo*, porque el juez declara lo que siente, según lo que resulta del proceso, y aun por eso las leyes de Partida la llaman "juicio".²⁷⁵

Jiménez Asenjo, la define como el acto procesal de carácter jurisdiccional que, cancelando la instancia procesal, afirma o niega, absoluta o relativamente, la existencia del objeto procesal aducido por las partes y, consecuentemente, se absuelve o se asocia al hecho la pena correspondiente como su consecuencia natural, en cuanto es expresión de la voluntad de la Ley, según las circunstancias del delito y acusado que se consideran probadas.²⁷⁶

Así, el artículo 95 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece los requisitos que deben contener las sentencias que se dicten en los procedimientos del orden penal.

En efecto, el ya citado precepto indica los requisitos de forma y fondo que debe contener la sentencia como documento. En cuanto al fondo, implica necesariamente el análisis de prueba plena demostrante de los elementos del tipo penal del delito fijado por el Ministerio Público en sus conclusiones acusatorias, así como la plena responsabilidad penal del inculpado. Así, su fracción V tiene gran trascendencia para el fallo definitivo, en tanto en ella se compendian la valoración de la prueba sobre los hechos, que corresponde los juicios de tipicidad y antijuridicidad, así como también la justipreciación de las peculiaridades del delincuente, que corresponden al juicio de culpabilidad, en cumplimiento a lo ordenado en los artículos 51 y 52 del Código Penal y 146 del

²⁷⁴ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Op. cit., p. 574.

²⁷⁵ Valdés, Ramón Francisco, *Diccionario de jurisprudencia criminal mexicana*, Op. cit., p. 295.

²⁷⁶ Jiménez Asenjo, Enrique, *Derecho procesal penal*, Op. cit., p. 232.

Código Federal de Procedimientos Penales. Sin esto último, no podría el juez, en sentencias condenatorias, fundamentar ni motivar el *quantum* de la pena que imponga, entre el mínimo y máximo que señalan los tipos de la parte especial del código punitivo. En este aspecto no son idóneos los datos conocidos como "generales del inculpado" que se desprenden de la declaración preparatoria.

Algunos autores clasifican a la sentencia de la siguiente manera: 1) con base en el momento procesal en que se dictan son interlocutorias y definitivas; 2) por sus efectos en declarativas, constitutivas y de condena; y 3), por sus resultados, en de condena y absolutorias.

Las sentencias interlocutorias son resoluciones pronunciadas durante el proceso para resolver algún incidente. Sin embargo, contrario a lo generalizado, dicha determinación ventila alguna cuestión de fondo planteada durante la instrucción procesal, ajustándose a las características de un auto en donde no se satisfacen los presupuestos de la sentencia, dado que su objeto y contenido son distintos.

La clasificación en atención a los efectos de la misma es de procedencia civilista, pues trata un mismo aspecto de sus modalidades —declarativas, constitutivas y de condena—, lo anterior si tomamos en consideración que todas las sentencias declaran el derecho. Las de este tipo declarativo se distinguen en negar o afirmar la existencia o inexistencia de determinados hechos o un derecho; por su parte las constitutivas, lo hacen por declarar un hecho o un derecho produciendo así un cambio jurídico-procesal; mientras que las de condena afirman o conminan a alguien a realizar alguna prestación.

Así finalmente, en las sentencias de condena se sustentan los fines específicos del proceso penal, ya que afirma la existencia del delito y, tomando en cuenta el grado de responsabilidad de su autor, lo declara culpable, imponiéndole por ello una pena o una medida de seguridad. Por su parte la

absolutoria, determina la absolución del acusado, en virtud de que la verdad histórica patentiza la ausencia de conducta, la atipicidad; o aun siendo así, las probanzas no justifican la existencia de la relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

De lo anterior podemos anotar que la sentencia es definitiva cuando el juez de primera instancia, así lo declara al transcurrir el plazo señalado por la ley para interponer algún medio de impugnación; o cuando el o los magistrados, de segunda instancia, resuelven negativamente el recurso de apelación interpuesto en contra de aquella. Resulta pertinente indicar que no es un apropiado indicar que la sentencia de primera instancia es definitiva, en tanto que puede ser apelada. Tal adjetivo sería apropiado solo bajo el supuesto de que en contra de dicha determinación no exista medio ordinario que pueda modificar o revocarla.

Otro rasgo de las sentencias son los efectos sustanciales que producen, según sea, condenatoria o absolutoria, y sus efectos formales en ambos casos. De esta manera, en relación al procedimiento es la terminación de la primera instancia e inicio de la segunda, en caso de haberse interpuesto el recurso ordinario o bien la determinación adquiera el carácter de autoridad de cosa juzgada; en cuanto a los sujetos de la relación procesal, ya que el juez impone derechos y obligaciones para el sentenciado y el defensor, derechos para el ofendido y deberes para terceros o auxiliares.

Finalmente, las sentencias absolutorias también producen efectos sustanciales en el procedimiento y en los sujetos de dicha relación. Estos efectos entrañan deberes y derechos para las partes y para terceros; ya que en el procedimiento, la falta de pruebas y su deficiencia, general la falta de credibilidad en el ánimo del juzgador, lo dirigen a la plena comprobación de la inocencia del procesado, así como también concluye la primera instancia e inicio de la segunda en caso de ser recurrida. En cuanto a los sujetos de la relación procesal, son los señalados al igual que en la condenatoria; y, en cuanto a los

efectos formales, afirma una verdad formal pero si es verdad responde a la verdad real, dado que la sentencia al ser un documento público, con sus naturales repercusiones al elevarse a la categoría de cosa juzgada.

Mediante jurisprudencia, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito determinó que de la interpretación armónica de los artículo 16, párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que para cumplir con la obligación constitucional de fundamentar y motivar todo acto de autoridad y a fin de que el gobernado esté en posibilidad de conocer con precisión los motivos y razones legales que se tomaron en cuenta para emitir dicho acto, es necesario que el juez de Distrito precise: a) Cuáles son los elementos citados cuya actualización exige la figura delictiva correspondiente; b) Con qué pruebas se acredita cada uno de ellos y qué valor les corresponde a éstas, de acuerdo con la ley adjetiva; c) Cuáles son los preceptos legales aplicables al caso, y además, todas aquellas circunstancias que se tuvieron en consideración para ello, precisando la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, criterio que término con rubro: "SENTENCIA PENAL. NO SATISFACE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, CON LA SIMPLE RELACIÓN DE PRUEBAS SE CONCLUYE QUE SE ACREDITARON LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO".²⁷⁷

Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, al emitir la jurisprudencia titulada: "SENTENCIAS PENALES. LA AUTORIDAD QUE LAS DICTE ADEMÁS DE OBSERVAR LAS DISPOSICIONES QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DEBE CUMPLIR CON LOS REQUISITOS FORMALES DE DEBIDA FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN QUE EXIGE EL NUMERAL 71 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

²⁷⁷ Tesis: XII.2o. J/13, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XII, Agosto de 2000, p. 1123.

PARA EL ESTADO DE TABASCO"²⁷⁸ extendió que al constituir la sentencia un acto privativo de conformidad con el artículo 14 constitucional, indudablemente debe estar precedida de todo los requisitos formales del procedimiento e incluso debe cumplir con la debida citación de los preceptos legales que fundamenten el sentido en que se dicte, además de la narración pormenorizada de las consideraciones que la sustenta.

Concluidas las determinaciones en las que se considera puede realizarse un efectivo control difuso de convencionalidad, en el sistema escrito o tradicional; motivo por el cual toca lo atiente al reciente sistema oral o adversarial, que se incluyó en nuestro sistema jurídico, con la reforma constitucional de 2008.

4.4 Determinaciones relevantes en el procedimiento nuevo u oral

En el presente apartado se hará referencia al juicio adversarial u oral como un mecanismo de solución de conflictos en materia penal ya que el juicio oral constituye un avance procedimental significativo sobre lo que tradicionalmente ha existido en México. No se hablará de los principios de este proceso que son indiscutiblemente su sustento jurídico; aunque estos principios pueden tomarse como paradigma e introducirse legítimamente en el nuevo sistema, no son de vital importancia para el tema central del presente trabajo. De ahí que se aborden las determinaciones relevantes a dicho sistema.

4.4.1 Audiencia inicial

Esta audiencia, como su nombre lo indica, es la primera diligencia del procedimiento judicial. En dicha actuación se conjugan diversos tópicos, dado que se recibe el ejercicio de la acción penal, el derecho y bienes asegurados, de haberlos, y la petición del Ministerio Público para incoar el procedimiento y que se le permita realizar la investigación.

²⁷⁸ Tesis: X.3o. J/8, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XX, Septiembre de 2004, p. 1689.

La audiencia inicial se encuentra ubicada en la etapa conocida como inicial o de investigación. Esta puede iniciar con el control de detención o con la formulación de imputación. Esto depende si el imputado es detenido en flagrancia, caso urgente, o bien si compareció por mandato hecho saber en un citatorio o porque se cumplió una orden de aprehensión. Sin embargo, sin importar si la audiencia inicial comienza con el control de detención o con la formulación de imputación, nos encontramos en supuesto de la audiencia antes indicada, la cual tiene por objeto llegar dentro del término que marca nuestra Constitución a la vinculación o no del proceso.

Al respecto, Ricardo Paredes Calderón, la define como la primer audiencia del procedimiento judicial, aun cuando hubieran existido otras resoluciones prejudiciales —mediando o no audiencia—, profundizando que, en la misma, se recibe el ejercicio de la acción penal al detenido y bienes asegurados, de haberlos, y la petición ministerial para incoar procedimiento y que se le permita realizar la investigación complementaria.²⁷⁹

Dicha audiencia se ubica en el Título VI del Código Nacional de Procedimientos Penales, específicamente en el artículo 307. En efecto, dicha diligencia se sustenta cuando el ejercicio de la acción penal es con detenido, misma que establece la dinámica a seguir; esto es, hace saber al imputado sus derechos constitucionales y legales, la calificación de la detención, la recepción de la declaración del investigado, resuelve la situación jurídica del implicado al dictar el auto de vinculación a proceso y las medidas cautelares; finalmente, definiendo el plazo para el cierre de la investigación judicializada.

Por su parte, el párrafo segundo es claro en establecer quiénes deben concurrir a dicha diligencia —Ministerio Público, imputado, defensor, también así

²⁷⁹ Paredes Calderón, Ricardo, *La investigación complementaria en el proceso penal acusatorio*, Ed. Bosch, México, 2017, p. 57.

la víctima u ofendido o su asesor, en caso de encontrarse.

4.4.2 Audiencia de control de legalidad de la detención

En el sistema acusatorio se instituyó la audiencia de control de detención para cumplir con lo instruido en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, referente a la detención legal, lo cual hará el procedimiento más eficaz, ya que, de esta forma, la autoridad determina si esta procede o no donde está presente el inculpado acompañado de su defensor, donde se escucha el argumento y fundamento del agente del Ministerio Público. A su vez, este indicará el porqué de la detención y bajo qué supuesto se encuentra —flagrancia, cuasiflagrancia, flagrancia equiparada o caso urgente. De esta manera, la defensa tiene herramientas para desvirtuar el dicho de la representación social y con ello estar en equilibrio procesal.

Así, la labor del Ministerio Público radica en mostrar o hacer ver al juez de control las circunstancias con las cuales fue detenido el gobernado que es presentado como imputado a dicha audiencia, como lo impone el segundo párrafo del artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Para esto resulta necesario destacar que en dicha audiencia no será relevante mostrar al imputado como el responsable del hecho típico, o bien, acreditar de forma fehaciente que se ha cometido un delito, ya que lo trascendente de esta audiencia es establecer que se ha materializado alguno de los supuestos que para establecer flagrancia solicita, a través de sus dos fracciones, el artículo 146 del código instrumental en cita.

En este tenor, el Ministerio Público deberá mostrar al Juez de control que el implicado fue detenido al momento de realizar un hecho delictivo, sin abundar en la demostración de la existencia del hecho en sí, o bien, demostrar al Juez que el imputado fue detenido con motivo de la persecución realizada por la comisión de un hecho delictuoso, o que en todo caso, fue detenido en virtud de quien en forma reciente presencié un hecho de la citada naturaleza, ya sea como víctima,

ofendido, testigo o coimputado de aquél. Asimismo, que a dicho imputado le hayan sido encontrados objetos o indicios que hagan presumir que tuvo participación material en el hecho criminal, mismo que, se reitera, no es necesario que sea detallado por parte del agente del Ministerio Público que defienda la legal detención del implicado. Este deberá enfocarse en la justificación de los requisitos ya expuestos y que aparecen contemplados de forma individual en las fracciones I y II del ordenamiento legal en comento.

De tal forma, la audiencia de control de detención es la primera aproximación del indiciado con el Juez de control, y tiene como finalidad que dicha autoridad califique y ratifique la legalidad de la detención, bien sea por flagrancia o por caso urgente.

Ricardo Paredes Calderón señala que es el artículo 308, citado, el que se encarga de desarrollar el control de legalidad de la detención, lo que da lugar a que el juez de control la ratifique o, en su defecto, deje en libertad a la persona.²⁸⁰

Por otra parte, el hecho de que el Fiscal solicite dicha audiencia implica su voluntad de formularle imputación al detenido, que posibilite la aplicación de medidas cautelares y el dictado de un auto de vinculación a proceso. Para ello, el Fiscal deberá solicitar a la Administración General del Tribunal de Control una audiencia en la que se califique y ratifique la detención; en cuyo caso la Administración General fijará fecha y hora para la misma.

De tal forma en que esta deberá de ser practicada el día y hora señalada, iniciando con la individualización de los sujetos procesales —en primer lugar, con el Ministerio Público, quien deberá señalar domicilio dentro de la jurisdicción del Tribunal y la forma elegida para la notificación. En caso de que no comparezca el Fiscal, el Tribunal deberá comunicar de inmediato a sus superiores jerárquicos para que lo haga comparecer o sustituya cuanto antes. Lo anterior con el

²⁸⁰ Paredes Calderón, Ricardo, *La investigación complementaria en el proceso penal acusatorio*, Op. cit., p. 76.

apercibimiento contenido en la parte final del artículo 308 del código adjetivo, que es dejar en inmediata liberación al detenido; con independencia de incurrir la representación social y el superior jerárquico en responsabilidad con las disposiciones aplicables.

Para el caso de que se encuentre presente la víctima u ofendido, se individualizará en los mismos términos y se le preguntará si conoce de sus derechos, tanto constitucionales como legales, y, en caso de que manifieste que no los conoce, se le harán saber por el juzgador.

A continuación, se dará el uso de la voz al defensor quien se individualizará en los términos anteriores. Es decir, deberá señalar domicilio dentro de la jurisdicción del Tribunal y la forma para ser notificado. Luego, se le pedirá al indiciado que proporcione su nombre completo. Inmediatamente después, el juzgador le indicará y le explicará su derecho a tener una defensa técnica. Es decir, hará de su conocimiento su derecho a estar asistido por un profesional del Derecho debidamente capacitado en litigación del nuevo sistema de justicia penal; se le explicará, asimismo, que tiene derecho a nombrar al defensor particular de su preferencia, o bien, que tendrá un defensor público, el cual no le generará ningún costo, y que sólo en caso de que se niegue a cualquiera de esas posibilidades, el juzgador de oficio le nombrará a un defensor.

Se pondera lo anterior pues solo de esta manera el indiciado podrá estar debidamente asesorado antes que se dé cualquier debate en la audiencia. En seguida, después de que el indiciado tome la decisión, y para el caso de que se encuentre presente el defensor, se le preguntará a este si acepta el cargo, en cuyo caso lo tendrá para todos los efectos legales a que haya lugar en un futuro.

Si no está presente el defensor designado por el indiciado, se le dará aviso de inmediato por cualquier medio para que comparezca. De no ser nombrado

defensor, ni hallado el designado, o si éste no comparece, se le asignará inmediatamente un defensor, a quien se le dará tiempo suficiente para imponerse de la carpeta de investigación.

Después, de conformidad con los numerales 307 y 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el juez se dirigirá al indiciado para solicitarle información que permita su identificación personal, que en su caso servirá para la resolución de medida cautelar y para que señale domicilio para oír y recibir notificaciones y citaciones. Sin embargo, por la importancia de dicha información, se le apercibirá en términos de la fracción I, del artículo 168, para que, en caso de que omita deliberadamente alguno de los datos generales o proporcione información falsa al respecto de los mismos, se considerará como una presunción de que pretende sustraerse a la acción de la justicia.

La información a proporcionar será: su nombre, edad, fecha de nacimiento, de donde es originario, ocupación, escolaridad, estado civil, ingreso económico y si tiene dependientes económicos.

Luego, se le solicitará que indique el lugar donde tiene su domicilio, su lugar de trabajo, la principal fuente de sus negocios o el sitio donde se le pueda localizar, así como señalar el lugar y la forma para recibir notificaciones. De nueva cuenta se le apercibirá en términos de la fracción I del artículo 168. También se le informará de que, en caso de cualquier cambio, deberá notificar al Ministerio Público o juzgador de inmediato, por las razones y como se indicó líneas arriba.

También se le prevendrá para que instruya o informe a las personas que vivan en el domicilio señalado del proceso penal existente en su contra, para recibir notificaciones o citaciones, y que en caso de recibir alguna de esas comunicaciones a su nombre le deberán de informar de inmediato. Ello es importante puesto que solo de esta manera estará debidamente enterado de todo cuanto suceda en el proceso penal que se sigue en su contra. Enseguida se le

preguntará al indiciado si le fueron leídos sus derechos tanto constitucionales como legales y si los comprendió; en caso de que manifieste que no se los hicieron saber, se requerirá al Ministerio Público para que se manifieste de tal circunstancia, es decir, para que indique de la certeza de dicha información. Sin embargo, en cualquiera de los casos en donde el indiciado manifieste que desconoce sus derechos o que no los entendió y le quedaron dudas, el juzgador tendrá la obligación de hacerle de su conocimiento dichos derechos.

Una vez que el juzgador verificó que el indiciado se encuentra asistido con una defensa técnica, y que conoce de sus derechos, procederá a abrir el debate de la legalidad de la detención. Para ello, y de conformidad con lo que dispone el segundo párrafo del artículo 308, se concederá el uso de la voz al Ministerio Público para que justifique los motivos de la detención.

El Ministerio Público, dentro de su teoría del caso, necesariamente tendrá que manifestar la hipótesis jurídica —consistente en la disposición de la Constitución y la del código adjetivo federal para dicho proceso— que considere actualizada en el caso a discusión; la hipótesis fáctica, que consiste en la descripción de los hechos de la cual se deduzca la hipótesis legal, y, por último, la probatoria, consistente en los datos de prueba en los que se sustente los hechos planteados. Luego, en ejercicio del principio de contradicción, se dará el uso de la voz a la defensa para que, con base en su estrategia defensiva, decida si debate los hechos y los argumentos jurídicos del Ministerio Público o si controvierte los medios de prueba expresados por el Fiscal. Una vez que concluya el debate, si lo hubo, el juzgador tendrá que resolver respecto a la cuestión planteada.

Si se califica de ilegal la detención del indiciado con fundamento en el numeral 16, párrafo segundo del Pacto Federal, y 308, párrafo segundo, del código procesal, se ordenará su inmediata libertad, en cuyo caso, se le solicitará que señale domicilio donde pueda ser localizado, además de designar defensa.

Y a solicitud del Ministerio Público se le convocará para que asista a la audiencia de formulación de imputación.

4.4.3 Audiencia de formulación de imputación

La formulación de la imputación en el sistema acusatorio es el acto formal por el que el Fiscalía le comunica a una persona determinada que se lo investiga como presunto autor o partícipe de uno o más hechos que la ley señala como delito. Es una diligencia rodeada de garantías a favor del imputado y se lleva a cabo en presencia de un juez de control.

En cuando a ello, Ricardo Paredes Calderón la define como la comunicación que el Fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de control que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito. Anota que debemos de recordar que la investigación penal inicia previamente ante el Ministerio Público, y a partir de la imputación el juez de control autoriza la investigación complementaria.²⁸¹

Así, el artículo 311 del Código Nacional de Procedimientos Penales impone que será una obligación para el agente del Ministerio Público que formule la imputación, el indicar al implicado los hechos que se le causan mediante la explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, de comisión de los mismo, así como también el delito que se le imputa, la reparación del daño que se le requiere por éste, la persona que lo denuncia o se querrela en su contra, así como, por último, la forma de intervención delictiva que a juicio de la representación social se puede derivar del estudio de lo ya expuesto en el hecho criminal.

Con base en lo anterior, se considera que la actividad del Ministerio Público en la audiencia de formulación de imputación, debe ser muy precisa en cuanto a

²⁸¹ Paredes Calderón, Ricardo, *La investigación complementaria en el proceso penal acusatorio*, Op. cit., p. 77.

los puntos ya mencionados y de los cuales todavía no resulta necesario que exponga datos de prueba para justificar el contenido de la formulación que acaba de plantear, pues tal caso será procedente hasta la audiencia de vinculación a proceso. Sin embargo, sí es de resaltar la importancia de que el Ministerio Público fije de forma adecuada los hechos y el delito por el cual acusa, ya que éstos todavía no los podrá variar en la audiencia de vinculación a proceso y en caso de haberse equivocado en algún hecho o no haber formulado imputación por algún delito, ya no podrá remediar esto en la audiencia de vinculación a proceso, y por tanto, pudiese provocar un perjuicio para la víctima u ofendido al negarle la posibilidad de obtener la reparación del daño sufrido por su omisión. Este, por ejemplo, sería el caso de que en un delito de daño y lesiones sólo hubiese formulación por daños, y en la vinculación se hiciera alusión al delito de lesiones y a la reparación del daño que se aspira con base en éste. Debido a la omisión realizada por el agente del Ministerio Público, la víctima u ofendido ya no pueda planearse su pago al implicado y por tanto, sólo le queda la indemnización por el daño sufrido por negligencia del Ministerio Público en contra del Estado, quien en todo caso y después de haber pagado dicha indemnización, si se demuestra la negligencia del órgano acusador, podrá repetir el proceso contra este por el monto a pagar.

4.4.4 Audiencia de medidas cautelares

Dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales se advierte un amplio catálogo de medidas cautelares, las cuales se conciben como resoluciones judiciales dirigidas contra el investigado para asegurar su presencia en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, evitar la obstaculización del procedimiento o asegurar el pago de la reparación del daño.

De esta forma, el legislador incorporó como finalidades de la medida tres de los supuestos que tienen la menor cantidad de cuestionamientos doctrinales. Se incluye en la regulación legal la finalidad de asegurar el pago de la reparación del daño, lo que a todas luces representa un acierto. Esta finalidad no se menciona

en el artículo 19 Constitucional, lo cual podría justificarse al considerar que el poder reformador de la Constitución buscaba limitar la procedencia de la prisión preventiva, por lo que no consideró la posibilidad de las cautelares reales.

De esta manera, algunas medidas cautelares constituyen restricciones personales del implicado, las cuales deben de cumplir con el requisito constitucional contemplado en el artículo 14. Esto es: estar debidamente fundadas y motivadas, indicando con claridad qué medida va a ser impuesta, la temporalidad que tendrá y con la finalidad de sujetar al justiciable al proceso, determinación que se rige bajo el principio de petición del Ministerio Público, víctima u ofendido o en su caso de su asesor.

Ricardo Paredes Calderón, expone que, dado el carácter excepcional de la prisión preventiva, el nuevo sistema acusatorio previene otras formas legales para sujetar la presencia del imputado o sus bienes al proceso, en el entendido de que proceden a petición del Ministerio Público, las decreta el juez de control y en ello debe oír al imputado y su defensa.²⁸²

Reviste singular importancia para el Ministerio Público, pues en la misma medida será una obligación para este funcionario, el justificar la necesidad de cautela que considera existe respecto a la persona del implicado, esto es, en función de los fines de las medidas cautelares en cuanto a su naturaleza y que aparecen contemplados tanto en el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Federal, como en el numeral 157 del código adjetivo a la materia; preceptos en los que reconoce como objetivo de aquéllas: lograr la comparecencia del imputado al proceso, lograr la protección de víctimas u ofendidos, así como de la comunidad en general y provocar en la medida de lo posible la conservación del acervo probatorio. Conforme tal panorama, el agente del Ministerio Público deberá demostrar con una presunción razonable al juez de

²⁸² Paredes Calderón, Ricardo, *La investigación complementaria en el proceso penal acusatorio*, Op. cit., p. 102.

control que la medida o medidas que solicita son las idóneas para lograr tales objetivos.

Ahora bien, esta actividad argumentativa del Ministerio Público se encuentra debidamente regulada por el Código Nacional de Procedimientos Penales, pues en el mismo se indica de forma clara con qué condiciones y supuestos fácticos debe argumentar el Ministerio Público para sustentar la necesidad de cautela respecto a la persona del implicado, pues se reconoce que para esto se tienen los artículos 153, 154, 155, 156 y 157 del citado código.

Pese a ello, se le exige al juez de control para que al resolver sobre ello aplique el principio de proporcionalidad. Por ello, debe asegurarse, en primer lugar, de la idoneidad de la medida cautelar, es decir, la relación entre la restricción del derecho que se propone y la obtención del fin que se puede logra. Por otra parte, se habla de la subsidiariedad de la medida cautelar atendiendo a la medida que afecte en menor medida la libertad del imputado, y, finalmente, la proporcionalidad estricta de la medida cautelar: atendiendo a la valoración de los beneficios que conllevaría la medida impuesta según el fin procesal de la misma y su congruencia como excepción del principio de inocencia para que la restricción de la libertad personal que ha de ser afectada con la misma medida resulte mínima y viable.

También importante es lo atinente a la duración de las medidas. Así, puede afirmarse en términos generales que siempre tendrán una duración temporal definida. La regla general es que su duración no podrá ser mayor de dos o seis meses —dependiendo la penalidad del ilícito imputado—, en atención a la investigación complementaria, con la posibilidad de prorrogarse por períodos iguales, siempre que exista solicitud de parte que establezca que se mantienen las razones que la justificaron. Sin embargo, debe señalarse que la prisión preventiva tiene definido su periodo máximo de duración en el texto constitucional: dos años, salvo que sea por causas imputables al ejercicio del

derecho a la defensa. Es importante saber que la duración temporal de una medida cautelar no podrá exceder de la duración del proceso o del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso.

4.4.5 Audiencia de vinculación a proceso

Novedosa es la figura del auto de vinculación a proceso, la cual nació a partir de la reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal, del 18 de junio de 2008, lo que resultó en un inmediato histórico para el proceso penal mexicano, pues su avance respecto al texto constitucional denota un gran reto en la envergadura del sistema. Por un lado, el de las dificultades inherentes al desarrollo legislativo y su implementación, pues es un cambio profundo en el sistema de justicia, y, por otro, las propias inconsistencias en el texto reformado. En efecto, el desarrollo legislativo en torno al auto de vinculación a proceso fue uno de los grandes retos cuya implementación se ha consolidado en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ricardo Paredes Calderón lo define como la resolución distinta a la sentencia definitiva, que resuelve el periodo comprendido entre el fin de la investigación inicial y el inicio de la investigación complementaria; en la que el juez de control señala el delito por el cual se desahogará la misma.²⁸³

Así, y posterior a que se formule la imputación, que se le haya hecho saber al imputado de su derecho a declarar o a guardar silencio, el juez abrirá el debate para nuevas solicitudes, en cuyo caso, el Ministerio Público tendrá la obligación de solicitar se vincule a proceso al recién imputado; luego, se le informará de dicha situación a éste, es decir, se le explicará que el Ministerio Público considera que cuenta con datos de prueba que establecen un hecho que la ley señala como delito, además de que de los mismos se advierta que exista la posibilidad de que lo cometió o que participó en su comisión, y que por ende, solicita que continúe

²⁸³ Paredes Calderón, Ricardo, *La investigación complementaria en el proceso penal acusatorio*, Op. cit., p. 112.

la etapa de investigación, pero en su fase judicializada mediante el dictado de un auto de vinculación a proceso.

El artículo 19, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el 313 del Código Nacional de Procedimientos Penales señalan los plazos para emitir el auto de vinculación, además de la posibilidad de renunciar a los mismos.

Así, de optar por el plazo constitucional de setenta y dos horas o por la duplicidad del mismo a ciento cuarenta y cuatro horas, será con la finalidad de que se fije hora y fecha para la audiencia de vinculación a proceso, en la cual podrá, por conducto de su defensor, aportar datos de prueba que controvertan a los que, en su caso, exponga el Ministerio Público; y que, en el caso de que sí decida renunciar a dichos términos, esto tendrá como consecuencia que el juez de control resuelva su situación jurídica en esa misma audiencia. Para ello, se indicará al imputado que lo consulte con su defensor, para que, con base en una estrategia defensiva, tome una decisión.

Para el caso de que solicite el término constitucional o su duplicidad, el juez fijará fecha y hora para la diversa audiencia denominada de vinculación o no a proceso, y en términos del artículo 82, fracción I, inciso a), del Código Nacional de Procedimientos Penales, tendrá a los intervinientes legal y personalmente notificados.

De igual manera, deberá instruir al defensor que, si requiere del auxilio judicial para citar testigos o peritos a la audiencia de vinculación, tendrá que proporcionar los nombres y domicilios correctos al tribunal con veinticuatro horas de anticipación. Ello con la finalidad de auxiliar con eficacia a la defensa.

De nueva cuenta el juzgador abrirá debate para nuevas solicitudes, en cuyos casos, el Ministerio Público deberá solicitar la aplicación de medidas

cautelares, no sin antes instruir al implicado para que ponga atención, ya que posterior a la solicitud tendrá la posibilidad de manifestarse a favor o en contra de las medidas solicitadas.

Así pues, el Ministerio Público hará la solicitud de medidas cautelares en función de la necesidad de cautela que logre establecer; luego, en ejercicio del principio de contradicción se le dará el uso de la voz a la defensa para que exponga lo que a su derecho convenga. Una vez que se haya terminado el debate, en caso de que haya existido, se le dará el uso de la voz al implicado para que se manifieste en los términos antes expuestos. Por último, el juez resolverá la solicitud del Ministerio Público.

La audiencia de vinculación a proceso iniciará con el ofrecimiento de pruebas por parte del implicado y su defensor. El juez las recibirá, siempre que las mismas no hayan estado incluidas en las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Público y sean pertinentes para resolver sobre la vinculación o no del imputado a proceso, en cuyo caso, el juzgador tiene la facultad de controlar los datos de prueba en términos del artículo 314 del citado ordenamiento procesal. Realizado lo anterior, la audiencia continuará con el desahogo de las pruebas admitidas observándose en lo conducente las reglas previstas para el mismo en la audiencia de debate de juicio oral.

Desahogada la prueba, si es que la hubo, se le concederá la palabra en primer término al Ministerio Público y luego al defensor e imputado, abriendo el debido debate al respecto en apego a los principios de igualdad y contradicción entre las partes. Concluido el mismo, el Juez resolverá la vinculación o no vinculación del imputado a proceso, y solamente de forma excepcional y en los casos de extrema complejidad de los hechos, podrá decretar la autoridad un receso para resolver que no exceda de dos horas, ello en términos del artículo 315, segundo párrafo del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En caso de que el imputado renuncie al plazo de setenta y dos horas para que se resuelva su situación jurídica

Para el caso de que el inculcado renuncie a dichos plazos, el juez le concederá la voz al Ministerio Público para que exponga los antecedentes de la investigación; después, le da la voz a la defensa para que formule sus manifestaciones de descargos, si lo estima pertinente de acuerdo a su estrategia defensiva. Concluido el debate, el juez resolverá, y, solamente en los casos de extrema complejidad de los hechos, podrá decretar un receso que no exceda de dos horas; ello en términos del artículo 315 del código adjetivo de la materia penal.

Hecho lo anterior, el juez de nueva cuenta abrirá el debate para nuevas solicitudes, en cuyo caso el Ministerio Público deberá solicitar la aplicación de medidas cautelares, no sin antes instruir al imputado para que ponga atención, ya que posterior a la solicitud tendrá la posibilidad de manifestarse a favor o en contra de las medidas solicitadas.

Así, el Ministerio Público hará la solicitud de medidas cautelares en función de la necesidad que logre establecer. Luego, en ejercicio del principio de contradicción se le dará el uso de la voz a la defensa para que exponga lo que a su derecho convenga. Una vez que se encuentre agotado el debate, en caso de que haya existido, se le dará el uso de la voz al imputado para que se manifieste en los términos antes expuestos. Por último, el juez resolverá la solicitud del Ministerio Público de forma inmediata, en audiencia y de preferencia sin tomar plazo alguno para su decisión. Esto, como muestra de su debido conocimiento y manejo del Derecho Penal y del nuevo proceso penal acusatorio y oral.

4.4.6 Audiencia de juicio oral

Una vez que ha concluido el desarrollo de la audiencia intermedia, el juez de control deberá dictar auto que se conoce como "auto de apertura a juicio oral".

El artículo 347 del Código Nacional de Procedimientos Penales, señala cuáles son los requisitos que debe contener el mismo, los cuales se deben tener presentes ya que de ellos derivan garantías para las partes, por lo que no puede considerarse como un auto de mero trámite.

En efecto, los requisitos que exige dicho artículo son:

- I. Dar a conocer el nombre de los jueces que integran el Tribunal de Juicio Oral que le corresponda conocer en turno. Este requisito se torna necesario con el fin de garantizar la impartición de los miembros del Tribunal con respecto a las partes con el fin de que puedan recusar a alguno de sus miembros, o bien, de que estos se excusen de conocer la causa por existir algún motivo legal para ello. Además, garantizará a las partes que ninguno de los miembros del tribunal conoció del mismo en las etapas previas del proceso.
- II. La individualización de los acusados.
- III. La acusación que deberá ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hayan realizado. Este requisito es fundamental, ya que implica la determinación de los hechos; en qué consistirá la acusación y afirma que estos deberán ser congruentes con la sentencia que se dicte en el juicio oral; esto es, no podrá introducirse al juicio oral otros hechos que no sean materia de la acusación precisada en el auto de apertura. No podrán desahogarse más pruebas que las tendientes a probar tales hechos.
- IV. Los acuerdos probatorios a los que hubieren llegado las partes.
- V. Deben señalarse las pruebas que se desahogarán en la audiencia de debate del juicio oral, individualización de sanciones y de reparación del daño. Es importante este punto ya que constituye una garantía para las partes de que no podrán introducirse en la audiencia de juicio

oral diferentes pruebas a las admitidas en la etapa intermedia, salvo, claro está, cuanto se trate de pruebas supervenientes.

- VI. Los medios de prueba admitidos que deberán ser desahogados en la audiencia de juicio, así como la prueba anticipada.
- VII. La identificación de quienes deban ser citados a la audiencia de debate de juicio oral. En este caso, el juez de control deberá realizar tal identificación a efecto de garantizar a las partes que quienes deban de comparecer al juicio serán debidamente citados por el Tribunal de juicio oral.
- VIII. Otro requisito que debe contener el auto de apertura deriva del contenido del artículo 347 del citado ordenamiento, el cual consiste en que el juez de control deberá poner a disposición del Tribunal al acusado sometido a prisión preventiva y otras medidas cautelares personales.

4.4.7 Deliberación, fallo y sentencia

Una vez que fue concluido el debate, esto es, desahogados todos los medios de prueba ofrecidos por las partes, los cuales fueron debidamente admitidos, el juez ordenará un receso para deliberar en privado, de forma continua, hasta emitir el fallo correspondiente. La deliberación no podrá exceder de veinticuatro horas ni suspenderse, salvo en caso de enfermedad grave del juez. En este caso, la suspensión de la deliberación podrá ampliarse hasta por diez días. Finalmente, el tribunal emite el fallo sobre la decisión de absolución o condena después de convocar verbalmente a las partes, nuevamente en la sala de audiencia.

Israel Alvarado Martínez y Gabriel Calvillo Díaz indican que, de acuerdo a los artículos 400 y 401 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la deliberación del Tribunal de enjuiciamiento se producirá inmediatamente después

de concluir el debate de las partes. Para ello se ordenará en forma privada, continua y aislada, hasta emitir el fallo correspondiente.²⁸⁴

En cuanto a ello, coinciden Camilo Constantino Rivera y Erika Bardales Lazcano, al referir que una vez clausurado el debate, el Tribunal oral pasará a deliberar. Esta deliberación será privada, pues no tendrá contacto con el exterior. Es decir, el lugar donde se lleve a cabo será completamente aislado. Tal deliberación no podrá durar más de veinticuatro horas ni suspenderse, salvo caso fortuito o de fuerza mayor; en este caso, la suspensión de la deliberación no podrá ampliarse por más de diez días, luego los cuales se deberá remplazar al Tribunal Oral y realizar el juicio nuevamente.²⁸⁵

Al pronunciar la sentencia, se tendrá por explicada la misma de conformidad con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicha determinación deberá ser pronunciada de forma clara y circunstanciada en modo, tiempo y lugar, con la indicación del valor otorgado a las pruebas desahogadas durante la audiencia de juicio oral o de manera anticipada. También se expresará el modo como se interpretan las normas al caso concreto, y las razones y criterios jurídicos que revisten importancia, sin dejar de analizar los argumentos de las partes y los fundamentos por ellas expuestos.

Una adecuada motivación es aquella en la que el enlace entre la totalidad de los indicios y los hechos constitutivos de delito se ajuste a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, así como a la luz de la sana crítica. Así, tenemos que, dentro de los cinco días siguientes a la explicación de la sentencia, el juez deberá redactar y agregar por escrito la misma, cuyo contenido no podrá exceder lo vertido en la exposición oral.

²⁸⁴ Alvarado Martínez, Israel y otro, *La etapa de juicio en el proceso penal acusatorio*, Ed. Bosch, México, 2017, p. 87.

²⁸⁵ Bardales Lazcano, Erika y otro, *Procedimientos Penales Especiales*, Ed. MaGister, México, 2013, p. 89.

Esta deliberación tiene sus propias reglas, las cuales están previstas en el artículo 403 del Código Nacional de Procedimientos Penales, siendo las más significativas que: el juez no puede utilizar pruebas diferentes a las incorporadas legítimamente en el juicio; asimismo, para la apreciación de las pruebas primero debe examinarlas individualmente y luego conjuntamente, aplicando para ello las reglas de la sana crítica.

La sentencia definitiva, de conformidad con el artículo 403 del Código Nacional de Procedimientos Penales, deberá contener:

1. Fecha;
2. Lugar;
3. Nombre del juez;
4. Nombre y apellido del sentenciado y demás datos que lo identifiquen, así como si se encuentra o no en libertad;
5. Nombre de la víctima u ofendido;
6. La enunciación breve de los hechos y circunstancias que hubieren sido objeto de la acusación, así como de los acuerdos probatorios; en su caso, los daños y perjuicios reclamados; la pretensión reparatoria y las defensas del acusado;
7. La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones;
8. Las razones y fundamentaciones que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias, así como para fundar el fallo;
9. La resolución que condenare o absolviere a cada uno de los sentenciados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido; y, en su caso, las sanciones penales correspondientes, así como la reparación del daño;
10. En su caso, las razones por las que se conceda o niegue al sentenciado la condena condicional o sustitutivos de las sanciones impuestas; y

11. La firma del juez que la hubiere dictado.

En cuanto no sean oportunamente recurridas, las resoluciones judiciales quedarán firmes y serán ejecutables, sin necesidad de declaración alguna.

Una vez que firme dicha determinación, el juez, dentro de los tres días, deberá remitir copia autorizada de la misma a las autoridades que intervienen en el procedimiento de ejecución para su debido cumplimiento, siendo esta disposición aplicable en los casos de las sentencias dictadas en los procedimientos simplificado o abreviado.

CAPÍTULO QUINTO

PROYECCIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN MATERIA PENAL

Dado el sufrimiento de la humanidad al término de la Segunda guerra mundial, los catálogos de derechos humanos previstos en las Constituciones de diversas naciones resultaban insuficientes. De ahí la necesidad de emitir documentos internacionales donde se les reconocieran un estándar internacional, para luego, establecer órganos de supervisión y control.

Así, surgió la inquietud de saber cómo es que los jueces en el ámbito de su competencia, sea local o federal, se encuentran aplicando el control difuso de convencionalidad en materia de derechos humanos que se encuentra contemplado en el artículo 1o, en relación al 133, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De esta forma, se pretende señalar los elementos, directrices o principios que rigen tal actuar; ya que, en la actualidad, el juzgador debe comprender que todas sus determinaciones deben de ir encaminadas a la humanización de las mismas, en atención a que dichas determinaciones formarán el criterio normativo para la aplicación del control difuso de convencionalidad en lo futuro.

En efecto, si bien en un capítulo anterior se indicó lo relativo al control difuso de convencionalidad de manera somera, con la finalidad de no agotar el tema; aquí se considera oportuno retomarlo de manera más específica.

Así, el control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter concentrado por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter difuso, por los jueces nacionales, en su ámbito interno. Por ello, para el tema nos ocuparemos en lo relativo al difuso, aplicado por juzgadores nacionales.

De esta forma, tenemos que dicho control es una nueva manifestación de la constitucionalización o nacionalización de derechos internacionales. En efecto, el control difuso de convencionalidad, consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre las normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconociendo así la fuerza normativa de tipo convencional que emana de los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta, lo que tiene sustento en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y ha sido expresamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte.

Por su parte, la reciente reforma realizada al artículo 1o, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, implementó novedades importantes que han hecho cambiar la forma de concebir, interpretar y aplicar los derechos humanos en México. Ello ha tenido un gran impacto en la sociedad mexicana y más aún en los juristas nacionales.

La cláusula de interpretación conforme una de las fórmulas más efectivas por la cual los derechos humanos contemplados en los tratados internacionales signados por los Estados y la Constitución son armonizados de la mejor manera; sin que, para ello, se deje de observar la jurisprudencia del tribunal internacional, a fin de lograr la mayor eficacia y protección. Es a través de dicha figura jurídica que podemos empezar a desarrollar el objeto de la presente investigación.

En este sentido surge la interrogante de si los tribunales internos, al ejercer el control de convencionalidad en los casos que conocen, pueden hacer sus propias interpretaciones sobre las normas convencionales en materia de derechos humanos.

Sergio García Ramírez considera que esto es posible cuando no existe jurisprudencia de la Corte Interamericana. Sin embargo, también menciona que "resultaría impertinente" que el tribunal interno formulara una interpretación que se contrapusiera con la del Tribunal Interamericano, a menos que resultara en una interpretación más favorable para la persona.²⁸⁶

5.1 La cláusula de interpretación conforme en México

Como se indicó, una de las formas más efectivas para lograr la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional es a través de la llamada cláusula de interpretación conforme. Dicha cláusula, en términos generales, podría decirse que es aquella técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales y en ocasiones con otras resoluciones y fuentes internacionales, para lograr mayor eficacia y protección.

Así, la expresión de interpretación conforme es una técnica de interpretación por la que se realiza la operación de hacer compatibles dos o más normas con una dirección de ajuste específica; es decir, una norma inferior que se interpreta conforme a una jerárquicamente superior.

La realidad es que la interpretación del derecho interno conforme a la normativa internacional implica, primero, la interpretación del mismo derecho interno, en la medida en que los tratados internacionales se convierten en derecho nacional (fuentes internacionales) una vez que son debidamente incorporados, como lo ha enseñado Fix-Zamudio.²⁸⁷

De esta forma, la construcción del contenido esencial de los derechos

²⁸⁶ *Ibidem*, pp. 225 y 226.

²⁸⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica de los derechos humanos, Estudio comparativo*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999, p. 25.

fundamentales debe ser a través de un catálogo que debe armonizar sus propias previsiones, y que va conformando implícitamente un "bloque de constitucionalidad", de tal manera que a través de la interpretación constitucional se ha venido ampliando y reforzando el contenido y alcance de los derechos y libertades fundamentales por la vía de la interpretación conforme. En definitiva, el parámetro de mínimos fijado desde los tratados internacionales podrá ser siempre superado pero nunca rebajado por los Estados.

Lo anterior no se debe de tomar como una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización que implica, incluso, en algunas ocasiones dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector que la norma nacional. Ello siempre en miras del principio *pro persona* y también derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previsto en los tratados internacionales.

En efecto, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 1°, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se prevé un mandato interpretativo en materia de derechos humanos, ya que se trata de la constitucionalización de un criterio o principio hermenéutico específico de los derechos fundamentales, que de manera poco clara y aislada venía realizando la Suprema Corte en los últimos años.

Para ello se debe de tener en cuenta que la interpretación en materia de derechos humanos no sólo es exclusivo en fuente de rango constitucional o internacional, sino también comprende a los derechos infra constitucionales, ya que este criterio interpretativo se debe de aplicar con independencia del rango o jerarquía que tenga la norma en cuestión; de tal manera que las normas que los contengan deberán de interpretarse de conformidad con los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales. Se trata, en este sentido, de una interpretación desde el texto fundamental hacia abajo.

También debe de notarse que la cláusula contiene un principio de armonización entre la Constitución y los tratados internacionales. Esto es, que el intérprete debe procurar una exégesis que permita armonizar la norma nacional y la internacional. Sin embargo, no se trata de dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme a los tratados internacionales), sino de una interpretación que armonice ambas, dado que la fórmula constitucional refiere que las normas de derechos humanos se interpretarán "de conformidad con esta Constitución y los tratados internacionales".

En todo caso, ante una eventual antinomia, debe aplicarse la norma que favorezca "a las personas la protección más amplia" como solución interpretativa que la parte final de la cláusula establece; de ahí que podría prevalecer la norma nacional en términos del artículo 29.B) de la Convención Americana.

Por su parte, la Comisión de Derechos Internacionales expuso que el principio de armonización en materia internacional ha sido establecido por la Comisión de Derechos Internacionales de las Naciones Unidas al estudiar la problemática de la "fragmentación" del Derecho internacional, ya que, de existir varias normas que tratan la misma cuestión, estas deben interpretarse en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles.²⁸⁸

En palabras de Bidart Campos, una "interpretación conciliadora" es una doble vía, en la medida que efectúa interpretación de la constitución y desde la constitución hacia abajo.²⁸⁹

²⁸⁸ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, correspondiente a la 58ª sesión, 1 mayo-9 junio y 3 de julio-11 agosto de 2006; Asamblea General de Naciones Unidas. Documentos oficiales, 61ª sesión. Suplemento no 10 (A/61/10), p. 424.

²⁸⁹ Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la constitución y su fuente normativa*, Edia-UNAM, México, 2003, p. 388

Así, la cláusula de interpretación conforme que prevé el artículo 1° constitucional, guarda una estrecha relación con el control difuso de convencionalidad que recientemente ha sido aceptado por nuestro máximo tribunal, lo que permite ejercer este tipo de control por cualquier juez mexicano, el cual previamente puede y debe realizar una interpretación conforme al mandato constitucional, y así efectuar un control sobre aquella interpretación incompatible con los parámetros constitucionales/convencionales. Y sólo en caso de incompatibilidad absoluta, donde no puede realizar ningún tipo de interpretación conforme posible, el control consistirá en dejar de aplicar la norma o declarar la invalidez de la misma, según la competencia de cada juez y el tipo de proceso de que se trate "grado de intensidad", como se verá a continuación.

5.2 El control concentrado de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como se expuso al inicio del presente capítulo, el control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter concentrado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sede internacional y otra de carácter difusa por los jueces nacionales, en sede interna.

La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración. En cuanto guardián e interprete final de la Convención Americana, es en realidad un control concentrado de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de restituir y garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Esto cuando ella decida que hubo violación de un derecho o libertad protegida por la Convención, teniendo dicho fallo carácter definitivo e inapelable, por lo que los Estados se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes.

De esta forma, el control convencional constituye la razón de ser de la Corte Internacional, al realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y el Pacto de San José y sus protocolos adicionales, en caso que la violación sea por acción u omisión, ya que la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes.

Ciertamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, quien ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto.

En efecto, la función contenciosa de la Corte Interamericana tiene carácter subsidiario o complementario. Es decir, sólo interviene cuando la jurisdicción interna no resuelve debidamente la violación cometida, una vez agotados los recursos internos. Sin embargo, debe acudirse previamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien, de resolver de manera favorable la solicitud del interesado, lleva el litigio ante la Corte Interamericana. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención, y su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención.

5.3 El control difuso de convencionalidad, realizado por los jueces en sede interna, fundamentos jurídicos

Con la emisión de la sentencia pronunciada en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile, del 26 de septiembre de 2006, se resolvió la invalidez del decreto de ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad en el periodo de 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, decreto que resultaba incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, careciendo de efectos jurídicos a la luz del tratado.

Gran relevancia tuvo el fallo, en avanzar hacia un nuevo tipo de control, teniendo en cuenta la responsabilidad internacional del Estado, estableciendo la obligación legislativa en sede interna, de adoptar disposiciones que, de conformidad con la Convención, tengan una obligación hacia el Poder Judicial, al exponer: "de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial pertenece vinculado al deber de garantizar lo establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, abstenerse de aplicar cualquier normatividad contraria a ella".²⁹⁰

De esta forma, los principios del derecho internacional descansan en la *buena fe* y *effet utile*, que involucran a su vez al conocido principio *pacta sunt servanda*; elementos que constituyen las bases internacionales para que los tratados sean cumplidos por los Estados; máximas que constantemente han sido reiterados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

De tal forma que el control difuso de convencionalidad tiene su fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José²⁹¹ en la medida en que todos los poderes u organismos de los Estados signatarios de dicho instrumento internacional, incluso jueces y órganos de administración de justicia, se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de manera más amplia el posible goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto, de sus protocolos adicionales y de otros instrumentos internacionales. Ello implica, a su

²⁹⁰ Se puede consultar el abstracto inserto en el párrafo 123 de la sentencia referida.

²⁹¹ **Artículo 29.** Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

vez, interpretaciones restrictivas cuando se trata de limitaciones a los mismos, siempre a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Al mismo tiempo, el artículo 68.1²⁹² establece que los Estados parte del Pacto se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes, lo cual no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte Interamericana adquiera eficacia directa en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como parte material, dado que al ser la Corte Interamericana el único órgano jurisdiccional internacional del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, su interpretación adquiere el mismo grado de eficacia del texto convencional.

De otra forma, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José, sus protocolos adicionales, así como de otros instrumentos internacionales derivados de su propia competencia.

Expuesto lo anterior, resulta importante indicar el *grado de intensidad* que tienen los jueces para aplicar el control difuso de convencionalidad, en atención al orden normativo que aplican; limitación con la que no se está de acuerdo pues ello resulta una barrera e impedimento jurídico para el aplicador de la ley, limitación que se encuentra en nuestro sistema jurisprudencialmente.

5.3.1 Intensidad del control difuso de convencionalidad

El control difuso de convencionalidad, de aplicación en sede interna, si bien

²⁹² **Artículo 68**

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

se puede ejercer por todos los jueces nacionales, tiene diferentes grados de intensidad y realización, ello de conformidad con el marco de su competencia y de las regulaciones procesales correspondientes.

Los grados de intensidad del control difuso de convencionalidad, resultan del examen de compatibilidad entre la norma nacional y el bloque de convencionalidad. Consisten en dejar sin efectos jurídicos aquellas interpretaciones no convencionales o las que sean menos favorables; o bien, cuando no pueda lograrse interpretación convencional alguna, la consecuencia consiste en dejar sin efectos jurídicos la norma nacional, ya sea en el caso particular o con efectos generales realizando la declaración de invalidez de conformidad con las atribuciones del juez que realice dicho control.²⁹³

En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de competencia local o federal, necesariamente deber ejercer el control difuso de convencionalidad para lograr interpretaciones conforme al *corpus juris* interamericano; y en caso de incompatibilidad debe de inaplicarse para que prevalezcan aquellas y lograr de esta manera la efectividad del derecho o libertad de que se trate, lo que también aplica a los jueces locales, de conformidad con la propia Constitución Política, en su artículo 133 vigente, el cual dispone que ellos se arreglarán conforme a la misma; leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber.

En efecto, corresponde a todos los jueces y organismos jurisdiccionales realizar una interpretación de la norma nacional a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, de sus protocolos adicionales y, eventualmente, de otros tratados, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y siempre con la regla interpretativa del principio *pro homine*.

²⁹³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, UNAM, México, p. 155.

En ese tenor, el primer grado de intensidad, se escogerá la interpretación conforme a los parámetros convencionales y, por consiguiente, se desecharán aquellas interpretaciones no convencionales, o aquellas que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad violada. Esto es: una interpretación conforme la Constitución que realizan los jueces nacionales, especialmente los jueces constitucionales.

En un segundo término, y sólo si no puede salvase la convencionalidad de la norma interna, el control difuso de convencionalidad debe realizarse con mayor intensidad, sea inaplicando la norma al caso particular, o bien, declarando que es inválida con efectos generales, como resultado de su inconventionalidad de acuerdo con las respectivas competencias de cada juez nacional.

En la doctrina se ha establecido que el grado de intensidad del control difuso de convencionalidad debe ser, evidentemente, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, sin que ello pueda invocarse como limitante para ejercer dicho control, sino como una manera de graduar la intensidad del mismo. Esto es así debido a que este tipo de control no implica necesariamente optar por aplicar la normatividad o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino que implica tratar de armonizar internamente la ley con la Convención a través de una interpretación convencional de la norma nacional.

De esta forma, en el sistema difuso de control de constitucionalidad, todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir el mandato federal. Así, el control de la convencionalidad resulta de mayor alcance, dado que todos los jueces tienen las facultades de dejar de aplicar la norma inconventional. En este supuesto es un grado intermedio de control e intensidad.

Así, el grado de intensidad del control difuso de convencionalidad disminuirá en aquellos sistemas donde no se permita el control difuso de constitucionalidad. Por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto. En otras palabras: los jueces que carecen de tal competencia, ejercerán el control difuso de convencionalidad con menor intensidad, sin que ello signifique que no puedan realizarlo en el marco de sus respectivas competencias; esto es, que no podrán dejar de aplicar la norma, al no tener esa facultad, debiendo, en todo caso, realizar una interpretación convencional de la misma, es decir una interpretación conforme no sólo con la Constitución nacional, sino también con la Convención Americana de Derechos Humanos y de la jurisprudencia.

En este tipo de interpretación se requiere de una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio *pro homine*.

De tal forma que, para el caso de incompatibilidad absoluta, donde no existe interpretación convencional posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, podrá plantear la duda de inconventionalidad ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que pueda ejercer el control de convencionalidad con mayor intensidad. Y si no tuviera esa competencia, cuando menos debería señalar en su argumentación la inconventionalidad de la norma a aplicar, como lo expone Ferrer Mac-Gregor.²⁹⁴

Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho control y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconventional, según la competencia de cada juez o tribunal.

²⁹⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid y otros, 2016, p. 722.

Por ello, se considera que el control difuso de convencionalidad debe realizarse con mayor intensidad; esto es, inaplicando la norma al caso particular, o bien declarando su inviabilidad con efectos generales como resultado de su inconventionalidad, de acuerdo con las respectivas competencias de cada juez nacional.

Es preciso destacar que en el ámbito nacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010, resolvió, entre otras cuestiones, que la reforma del artículo 1o del Pacto Federal obliga a todas las autoridades a velar por los derechos humanos establecidos no sólo en la Constitución, sino también los que están contenido en los tratados internacionales, adoptando para ello la interpretación más favorable al derecho humanos de que se trata, lo que se entiende en la doctrina como principio pro persona, como ya se ha mencionado.

De esta forma y al hace un análisis sistemático del mencionado artículo en relación con el diverso 133 de la Ley Suprema, se puede concluir que si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contemplados en los tratados internacionales en los que el Estado sea parte, sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores, dando preferencia a las contenidas no solo en la Constitución, sino también en los tratados en la materia respectiva.

De esta forma, la aplicación del control de convencionalidad y constitucionalidad debe ser de la siguiente manera:

1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden **declarar** la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos.

2. Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán **desaplicar** las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efecto del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones.
3. Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben **interpretar** los derechos humanos de la manera que más favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicar en los casos concretos.

Positivamente, dicha resolución estableció que, ante el sistema jurisdiccional que impera en el país —control concentrado—, el cual es ejercido por el Poder Judicial Federal, en cuestiones de control constitucional quedó desplazado por un control difuso que deben ejercer todos los jueces y cualquier autoridad que en algún momento pudiese valorar algún derecho humano a consideración de nuestro máximo Tribunal, competencia que no se comparte de manera alguna.

5.4 Aplicación del control difuso de convencionalidad por parte del operador judicial

El control difuso de convencionalidad debe ejercerse por todos los jueces nacionales, de ahí que, con ello, se convierten en un juez interamericano; esto es, en un auténtico guardián de la Convención Americana de Derechos Humanos, de sus protocolos adicionales y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que interpreta dicha normatividad. En efecto, es el primero de los operadores y demás órganos impartidores de justicia nacionales que tienen como misión salvaguardar los derechos fundamentales en ámbito interno, el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales cuyo compromiso asumió.

De esta forma, se insiste en que los jueces nacionales se convierten en los principales intérpretes de la normatividad internacional. Ello es así si se considera el carácter secundario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno, aunado a la salvaguarda del *corpus juris* interamericano a través del control difuso de convencionalidad.

5.4.1 Interpretación conforme y principio *pro homine*

Como ya se ha señalado, el control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana que interpreta ese *corpus iuris* interamericano.

Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control tiene sustento en la propia Convención Americana de Derechos Humanos, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y ha sido expresamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana dentro de su competencia, como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano e intérprete último y definitivo del Pacto de San José.

En ese tenor, el juzgador deberá de apreciar los derechos humanos como pilares del estado constitucional democrático y bajo la óptica neoconstitucionalista. En otras palabras, deberá de aplicar el nuevo paradigma de entender, interpretar, aplicar y argumentar los derechos humanos conforme al *corpus iuris*, dado que así lo exige la teoría jurídica contemporánea que punja por la sustancialidad del Derecho.

Como se ha desarrollado con antelación, el reformado artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos instaura en nuestro sistema jurídico el denominado control de convencionalidad que representa la confrontación entre normas y actos de naturaleza interna frente al derecho convencional en materia de derechos humanos, al que se ha comprometido normativamente el país con la firma que realizó de los tratados internacionales, y, por ende, el reconocimiento de instancias supranacionales en la materia. En efecto, como ya se indicó, existen dos clases de control de convencionalidad, el interno cuando es ejercido difusamente por los jueces nacionales y el externo, que se manifiesta a través de las instancias jurisdiccionales internacionales, cuya emisión jurisprudencial resulta vinculante para todas las autoridades nacionales.

Ahora bien, existen diversas formas de interpretación de la ley con las que cuenta el juzgador a fin de analizar la convencionalidad de la norma interna con los tratados internacionales. Por ello, indicaremos algunas propias del interés del juzgador que pueden ser explicativos mas no limitativos para hacerlo.

La interpretación conforme, surge ante la multicitada reforma constitucional en derechos humanos. Esta establece que todas las normas relativas a los derechos humanos se deberán interpretar conforme a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales, de ahí el surgimiento del bloque de constitucionalidad y convencionalidad que impera en el reciente sistema.

Así, para Guastini, la interpretación conforme alude a sentir que las leyes ordinarias deben ser interpretadas de modo que su contenido normativo se haga coherente con la Constitución previamente interpretada.²⁹⁵

²⁹⁵ Gaustini, Ricardo, *Estudios sobre Interpretación Judicial*, trad. Miguel Carbonell, Porrúa, México, 2006, p. 83.

Por su parte, el principio *pro persona* o *pro homine* supone la existencia de distintas interpretaciones de una norma jurídica, en la que se debe elegir la que más proteja al titular de un derecho humano, en caso de poder aplicar dos o más normas jurídicas. Así, el intérprete debe elegir aquella que beneficie mayormente al titular del derecho, sin importar su jerarquía normativa.

En este caso, si una autoridad advierte tenga ante sí, dos normas jurídicas que pueden ser igualmente aplicables al caso concreto que se analiza, deberá siempre preferir la aplicación de aquella norma que más beneficie a la persona y a sus derechos; aunque la norma que implica un mayor nivel de protección de los derechos de la persona sea jerárquicamente inferior, o bien, que haya sido introducida al sistema jurídico con anterioridad a otra norma menos protectora.

Este principio establece que, si se llega a presentar una contradicción entre una norma constitucional y una norma internacional en materia de derechos humanos que cuente con un contenido que garantice mayormente los derechos de la persona que la norma constitucional, deberá de aplicarse la norma internacional y viceversa: si la norma constitucional es más garantista, esta última es la que se tendrá que aplicar.

El juzgador también debe de tener en cuenta no sólo los principios esbozados con anterioridad, sino también diversos principios como base de su análisis e interpretación al momento de resolver, como es la progresividad de los derechos humanos. Esto es, se encuentra obligado a establecer los medios necesarios para la satisfacción y ejercicio de los mismos por las personas titulares de ellos. De ahí que se encuentra proscrito que se supriman o reduzcan. Contrario a ello: deben ampliarse constantemente y de forma permanente. Aunque el principio de progresividad se ha vinculado de manera más estrecha a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, la propuesta considera que su aceptación de "no regresividad" puede emplearse como un principio rector para todos los derechos humanos. Claro ejemplo se encuentra

referido en el artículo 14 de la Ley Suprema, al destacar el principio de no retroactividad de la ley en perjuicio del gobernado.

En este sentido, el Estado no solo adquiere la obligación de establecer las medidas necesarias para aplicar los derechos humanos, sino, además, la de no dar retroactividad en aquellos estándares o niveles de cumplimiento alcanzado. En síntesis, en el principio de progresividad se concretan a las exigencias de los seres humanos, de acuerdo a cada momento histórico, satisfaciendo las necesidades personales y colectivas de la época.

Por su parte, la interdependencia estima que los derechos humanos se encuentran relacionados unos con otros y entre sí, de tal modo que el reconocimiento y ejercicio de ellos implica que se respeten, protejan y garanticen diversos derechos que se encuentran vinculados. En ese sentido, cuando se reconoce un derecho, la autoridad debe garantizar los efectos que causa con respecto a otro, para que se respeten de forma integral y sistemática.

En efecto, todos los derechos son fundamentales y por tanto no se deben establecer ningún tipo de jerarquización entre ellos; mucho menos considerar que unos son más importantes que otros.

Así, la interpretación de mayor protección de los derechos humanos, siempre debe de estar en la ideología del operador judicial, pues se debe de entender que la regulación constitucional de estos es un estándar mínimo que puede y debe ser ampliado por los distintos intérpretes. Esto implica que esto no solamente incumbe al poder judicial, sino también, al legislador cuando promulga leyes; o bien, a la administración pública cuando expide reglamentos o diseña políticas públicas para hacer efectivos los derechos humanos.

Un primer elemento de mayor protección se suele encontrar en los tratados internacionales, los cuales deben ser atendidos y correctamente aplicados por los jueces nacionales. De ahí que el operador debe aceptar la necesidad de

ponderar dichos principios de forma balanceada en su estructura resolutoria, de esta forma, la ponderación no es un criterio sino un método para resolver las controversias a la luz del control difuso de convencionalidad. Esto se originó con la reforma Constitucional de dos mil once, en atención al formalismo clásico que se tenía, en el cual las controversias sólo se pueden resolver a través de un ejercicio de subsunción. Esto ya no es así.

Pérez Royo comenta que, a efecto de optimizar la fuerza normativa de la Constitución, el Estado requiere interpretar la Ley Suprema de tal manera que no se produzca el sacrificio de una norma o valor constitucional en aras de otra norma o valor. Objetivo que cumple con la ponderación de valores y bienes constitucionales protegidos, por lo que la califica de importantísima en la interpretación constitucional.²⁹⁶

Así, el reto que la reforma constitucional en materia de derechos humanos reservó a los operadores jurídicos, es la obligación de evolucionar de una simple visión formalista, a una basada en principios; a evolucionar de una simple metodología aplicativa de la subsunción a la ponderación; a realizar una hermenéutica propia de los derechos humanos contenidos en el artículo 1° de la Constitución, así como en los tratados internacionales, y a cumplir con los compromisos internacionales adquiridos a través del control de convencionalidad. Finalmente, a que todos sus actos se realicen con respeto a los derechos humanos, lo que implica que sean conformes tanto con la Constitución como con los tratados internacionales que los contienen.

Si bien es cierto que es poco probable que exista una disparidad entre la norma interna con la convencional, en atención a que las autoridades legislativas y judiciales se encuentran cada vez más al pendiente de los tratados internacionales y sus protocolos; también lo es que siguen existiendo diversos

²⁹⁶ Javier Pérez Royo, "La interpretación de la Constitución", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, Tomo II, pp. 881 a 901.

elementos que pueden hacer que se dé un verdadero control difuso de convencionalidad.

A través de lo expuesto, se considera que se cuenta con un modelo de aplicación del control de convencionalidad. Esto es, que la resolución a emitir contenga elementos normativos que sean contrastados conforme a un tratado internacional o protocolo de este. En efecto, **la primera forma en que puede materializarse la aplicación difusa de los tratados internacionales es a través de la interpretación conforme.**

Lo anterior se puede materializar de la siguiente manera, si tomamos en consideración, que, el contenido del artículo 5o, en su fracción 4, en relacionado con el diverso numeral 6o, ambos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos —que refieren al derecho a la integridad personal—, y en específico el inciso 4o, alude que: “los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”. Por su parte, el numeral 6°, refiere: “Las personas privadas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. En esa inteligencia, es dable afirmar que el juez, al ser el rector del procedimiento, es garante de la integridad física, mental, moral y psicológica, entre otras, del procesado o sentenciado que tiene a su disposición.

En este tenor, el Estado es responsable de la observancia de tales derechos. Lo anterior es así si tomamos en cuenta que la privación de la libertad trae como consecuencia ineludible, la afectación al goce de algunos derechos; singularmente, al de la libertad personal; afectación que tiene efectos colaterales, los cuales deben ser limitados de manera rigurosa.

Efectivamente, las medidas cautelares son una expresión de la potestad del estado e implican el menoscabo, privación o alteración de los derechos de las

personas como consecuencia de una conducta ilícita.

Sin embargo, las lesiones, privamientos, daños a la salud o perjuicio sufrido por una persona mientras se encuentra despojada de su libertad puede llegar a constituir una forma de pena cruel, cuando, debido a las condiciones de encierro, existe deterioro en la integridad física, psíquica y moral, lo cual se encuentran estrictamente prohibido por el inciso 2o, del artículo 5o de la Convención Americana, ya que esto no es consecuencia natural y directa de la privación de la libertad.

Por ejemplo, de comprobarse que el lugar en donde se encuentra confinada una persona resulta sumamente pequeño por la cantidad de personas que se encuentran en dicho lugar; ello a todas luces resulta inaceptable y constituye un trato cruel, inhumano y degradante, contrario a la dignidad inherente del ser humano y, por ende, violatorio del artículo 5.2 de la Convención Americana. Lo mismo ocurre si dichas instalaciones se encuentran en malas condiciones físicas y sanitarias: la falta de luz y ventilación adecuada, ya que ello puede causar sufrimiento de una intensidad que excede el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y que conlleva el sentimiento de humillación e inferioridad.

Como se puede advertir, con esta fórmula el juez puede hacer un control difuso de convencionalidad a través de la interpretación conforme, y determinar que las condiciones en que se encuentra un reo puesto a su disposición son contrarias a los estándares internacionales que se han implementado, y, de esta forma en cumplimiento a su determinación, puede coaccionar a la autoridad carcelaria a que cumpla de manera inmediata dicha resolución y cese las condiciones en que tiene al preso.

Retomando la reforma indicada, el segundo y tercer párrafo del artículo 1o, prevén un mandato interpretativo en materia de derechos humanos. Esto es, un criterio o principio hermenéutico específico de los derechos fundamentales, que

de manera poco clara y aislada venía realizando la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los últimos años. Esta pauta interpretativa se suma a la prevista por el propio texto fundamental en el párrafo cuarto de su propio numeral 14 para los juicios del orden civil, así como los criterios de interpretación aceptados por nuestro más alto tribunal vía jurisprudencial.

Lo anterior implica que los jueces deben acudir a esta técnica de interpretación en todo caso relacionado con normas de derechos humanos en los asuntos de su competencia; los legisladores tendrán que adecuar la normatividad existente utilizando este criterio y aplicarlo como parte de la técnica legislativa al emitir la norma. Todos los órganos de la administración pública deberán ajustar su actuación conforme a la nueva pauta interpretativa de Derechos Humanos, especialmente cuando se trate de restricción de los mismos.

Así, dicha técnica de interpretación que deben cumplir los jueces, resulta relevante para crear una práctica sistemática y constante de dicha pauta interpretativa en todos los niveles. De esta manera se evitará su utilización de manera meramente esporádica, en detrimento de la efectividad y cultura de los derechos humanos, constituyendo un deber y no optativo o facultativo para el intérprete de la norma en materia de derechos humanos.

De tal forma, el principio de armonización entre la Constitución y el tratado internacional, significa que el intérprete debe procurar una interpretación que permita armonizar la norma nacional y la internacional, sin que ello implique dos interpretaciones sucesivas —primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado Internacional—, sino una interpretación conforme, que armonice ambas; fórmula que se refiere a que las normas de derechos humanos se interpretarán de conformidad a la Constitución y con los tratados internacionales.

Los jueces, al ser simples aplicadores de la ley nacional, tiene la obligación de realizar una interpretación convencional, primeramente, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso en particular resultan compatibles con la Convención, caso contrario su proceder sería contrario al artículo 1.1 de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconvencional procede por sí misma una responsabilidad internacional del Estado.

De esta forma, los jueces nacionales se convierten en guardianes de la Constitución y los tratados internacionales que contengan derechos humanos. Es de esta forma que el proceso evolutivo de la recepción y aplicación nacional del derecho internacional se manifiesta claramente en las últimas reformas legislativas trascendentales, al incorporar diversas cláusulas constitucionales para recibir el influjo del derecho internacional, pues el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales, contemplado en el artículo 133 del Pacto Federal, así como la aceptación en un aspecto de supraconstitucionalidad cuanto resulten más favorables. El reconocimiento de su especificidad en esta materia se da al aplicar los principios *pro homine* o favor *libertatis* como criterios hermenéuticos nacionales.

Este criterio en la actualidad ya resulta aceptado por la Corte, pues no se debe olvidar que al conocer las implicaciones para el Poder Judicial de la Federación, relativas al cumplimiento de la sentencia del caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, esta aceptó el uso del control difuso de convencionalidad y lo llevó incluso a una nueva interpretación constitucional, lo cual desde hace varios años atrás no lo hacía.

Es de esta forma que la actual doctrina señala que los jueces deben de realizar de *ex officio*, el control de convencionalidad, evidentemente en el marco de su respectiva competencia y de las regulaciones procesales correspondientes, no puede interpretarse como limitante para ejercer el control difuso de convencionalidad, sino como una manera de graduar la intensidad del mismo.

Esto es así debido a que este tipo de control no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además, y en primer lugar, tratar de armonizar la normatividad interna con la convencional a través de una interpretación convencional de la norma nacional.

Así, en los llamados sistemas difusos de control de constitucionalidad, donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la constitución nacional, el grado de control de convencionalidad resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional.

Otro supuesto que se puede realizar, en el cual se aplica el principio *pro homine*, es cuando se ha comprobado durante el proceso penal, que el inculpado está loco; es idiota, imbecil o sufre cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mental, para lo cual el juez, deberá cesar el procedimiento que fue iniciado y se abrirá un procedimiento especial, como lo disponen los artículos 495 y 496 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Empero, puede darse el caso de que el procesado que se encuentra en dicha situación goce de la libertad provisional bajo caución, teniendo entre otras obligaciones la de presentarse cada quince días al local del juzgado en el que se encuentra su indagatoria a firmar el libro de procesados en libertad.

Así, el juzgador, como rector del proceso y en estricto cumplimiento a la norma que lo instruye, debe de revocar el beneficio de la libertad provisional y ordenar el internamiento del sujeto a un lugar especial. No obstante esto resulte perjudicial para el implicado —pues se le aplicará una medida restrictiva que colisiona con su derecho sustantivo a la libertad, consagrado en el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, antes de la reforma de 2008—; sin embargo, el principio *pro homine*

contemplado en el artículo 29, de la Convención Americana, específicamente en su inciso 2o, prohíbe la limitación del goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos gobiernos.

En ese sentido, de aplicar la normatividad procesal que le impera al juez natural, esto es, el código procesal en la materia penal se estaría transgrediendo un derecho humano. No obstante ello, puede realizar un efectivo ejercicio de aplicación de la Convención Americana y no aplicar lo específico al cuerpo normativo, resaltando que, de hacerlo le irroga un mayor perjuicio al procesado. Esto porque aplicar la medida cautelar prevista implica la restricción de su derecho sustantivo a la libertad; máxime que si éste ya ha cumplido y sobrellevado las obligaciones impuestas y no ha dado motivo alguno para su revocación, de manera alguna se justificaría la restricción a lo ya declarado.

5.4.2 Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En principio, el parámetro del control difuso de convencionalidad por parte de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no el control de constitucionalidad), es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana que la interpreta. Claramente, el parámetro de control no sólo comprende la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino también los protocolos adicionales a la misma y otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al *corpus juris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. De ahí que el objeto de su mandato "es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen

competencia",²⁹⁷ ello en palabras del propio tribunal interamericano y, por consiguiente, la interpretación de dichos tratados.

En efecto, la jurisprudencia convencional para efectos del control difuso de convencionalidad debe entenderse como toda interpretación que la Corte realice de la Convención Americana, sus protocolos adicionales y otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que integren a dicho *corpus juris* interamericano, competencia propiamente de ese Tribunal: ciertamente, se trata de una interpretación constante sobre dicho cuerpo normativo internacional.

El *corpus juris* del Derecho internacional de los derechos humanos está conformado de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por tanto, la Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.

Dicha interpretación no solo comprende las realizadas propiamente en las sentencias pronunciadas en los casos contenciosos en los que el Estado fue condenado, sino también en la interpretación efectuada en las demás resoluciones que emita, como lo son las medidas provisionales, supervisión de cumplimiento de sentencias o sobre la petición de interpretación de sentencias, de conformidad con el artículo 67 del Pacto de San José.²⁹⁸ Así también, debe

²⁹⁷ Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C. No. 217, párrafo 199.

²⁹⁸ **Artículo 67**

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

comprender las interpretaciones derivadas de las opiniones consultivas a que se refiere el diverso numeral 64, debido, precisamente a que tienen como finalidad la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.²⁹⁹

De esta manera se forma el auténtico bloque de convencionalidad como parámetro para ejercer el control difuso de convencionalidad para su aplicación por parte de los jueces nacionales. De esta forma podemos señalar que, en atención al bloque de convencionalidad, deben tener una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte; de ahí que debe interactuar de esta forma la emanada a nivel nacional como interamericanamente, a fin de establecer estándares a manera de un *ius commune*, para la protección efectiva de los derechos humanos.

Como se apuntó, esta es una diversa forma en que **el juzgador mexicano al aplicar la jurisprudencia convencional hace un efectivo control difuso de convencionalidad**, dado que, con ello, se pretende que no solo aplique la interpretación en la que fue condenado el Estado parte de la controversia, sino la emitida contra otros Estados, reduciendo así efectivamente las violaciones propias a los tratados internacionales. Lo anterior acontece dado el compromiso adquirido por los Estados nacionales al haber suscrito y ratificado o estar adheridos a ellos, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

Así, de conformidad con el artículo 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³⁰⁰ los Estados Unidos Mexicanos han reconocido la

²⁹⁹ Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982. Serie A. No. 1, relativa a "Otros Tratados", objeto de la función consultiva de la Corte, presentada por el Gobierno de Perú.

³⁰⁰ **Artículo 62**

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de mil novecientos noventa y ocho, por lo que la jurisprudencia que emita respecto a la interpretación de dicha convención es de observancia obligatoria.

De esta forma, la fuerza normativa que tiene la Convención Americana de Derechos Humanos alcanza la interpretación que de ella haga la Corte Interamericana como único órgano jurisdiccional de protección de los derechos humanos e intérprete último y definitivo de dicho Pacto. De esta forma, la interpretación realizada por el Tribunal a las disposiciones convencionales constituyen el resultado de la interpretación convencional que realiza cuyo objeto es la aplicación e interpretación del *corpus juris* interamericano.³⁰¹

En otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, constituye normas que derivan de la misma, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional.

A guisa de ejemplo, para que el juzgado mexicano pueda aplicar dicha figura metodológica en un caso concreto, se sugiere lo siguiente: bajo un sistema demostrativo deberá de exponerse los hechos, las pruebas contenidas dentro de la causa penal y exponer la jurisprudencia interamericana que considera sea aplicable al caso.

En efecto, supongamos que un juez penal del orden federal, dentro de los hechos que le fueron consignados se hacen revelar en síntesis lo siguiente:

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

³⁰¹ **Artículo 1** del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por resolución número 448 de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en la Paz, Bolivia (octubre de 1979)

En un operativo el cual fuera realizado con motivo de las denuncias realizadas por los lugareños se apreció la existencia de equipo armado especial para las Fuerzas Militares, de un cártel de la delincuencia organizada, operativo en el que intervinieron varias aeronaves que sobrevolaban los alrededores del municipio de Teotihuacán, Estado de México, en horas de la mañana y en mayor número a partir de las 09:00 am, entre las cuales sobrevolaba un helicóptero UH1H 4407 que portaba bombas cluster, al cual se le dio la indicación, dada la inminente respuesta del cartel ante la presencia del sistema militar, de alcanzar dicho dispositivo cluster ("AN-M1A2") de lo cual resultaron muertas quince personas y, según informe realizado, resultaron heridas cincuenta personas.

Dentro de la indagatoria hay diversos medios probatorios como lo son documentales, testimoniales, periciales, inspecciones, entre otras.

Así, el planteamiento del problema el cual resulta de los hechos controvertidos. Esto es: indicar si la acción del piloto de lanzar el porta bombas cluster sobre la población, en atención a la indicación de su superior jerárquico, fue correcto o no, y con ello determinar si las víctimas deberían de recibir una reparación del daño respecto a las lesiones sufridas.

Para resolver dicha premisa, el juez podrá evocar el contenido de la resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al Caso Masacre de Santos Domingo vs Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012.

Determinación en la que deberá establecer si, de acuerdo al Derecho Internacional Humanitario, se está en presencia del principio de proporcionalidad, el cual se refiere a una norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, que expone: "queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean

excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.

O bien podrá ver el diverso principio de precaución que refiere a una norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la cual establece que “las operaciones se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil”, y que “se tomarán todas las precauciones factibles para evitar o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente”.

Tomando en cuenta la norma 17 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario que dispone: “las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de guerra para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y de heridos entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente”, y la norma 18 señala que “las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para evaluar si el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.”

Y, con base en la prueba que obra en el expediente, concluir que el dispositivo AN-M1A2, es un arma imprecisa con un mecanismo de lanzamiento operado manualmente por medio de una cuerda que se jala cuando el piloto da la orden, exponiendo la no justificación de la acción del piloto de la aeronave, a pesar del peligro y las eventualidades del hecho en concreto.

Y constatar que, dada la capacidad letal y la precisión limitada del dispositivo utilizado, el lanzamiento del mismo en el lugar de Teotihuacán o cerca de ahí, era contrario al principio de precaución reconocido por el Derecho Internacional Humanitario, lo que le permitirá concluir que la situación de

desplazamiento forzado que enfrentaron las víctimas que resultaron heridas y sus familiares fue consecuencia de la explosión del dispositivo cluster, lo que generó miedo y afectaciones psicológicas que les generaron los enfrentamientos, como se advierte de dicho criterio interamericano.

También que los daños producidos por el lanzamiento de una bomba de ese tipo imputable a la Fuerza Aérea, viola el derecho a la propiedad, en perjuicio de los dueños de los lugares comerciales y viviendas afectadas.

Máxime que se violó el derecho a la vida, reconocido en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de las personas fallecidas en los hechos.

La violación al derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de las personas que resultaron heridas en los hechos, y en relación con el artículo 19 de la misma respecto de las víctimas infantiles.

También, la violación del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de los familiares de las víctimas de los hechos ocurridos.

La responsabilidad por la violación del derecho a la propiedad privada, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el 1.1 de la misma, en perjuicio de las víctimas respectivas.

Y la violación al derecho de circulación y residencia, reconocido en el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación

con el 1.1 y 5.1 de la misma, en perjuicio de las personas que sufrieron desplazamiento por los hechos del caso.

Es así que los juzgadores, no necesitan más que invocar el artículo 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues de tomar en consideración que el estado mexicano ha reconocido la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de 1998; de esta forma, la jurisprudencia que se emita respecto a la interpretación de la referida convención es de observancia obligatoria. Lo que establece un parteaguas para una nueva ola de determinaciones jurisdiccionales que tengan como sentido aplicar el derecho más humanitario al justiciable.

5.4.3 Sentencias en las que el estado mexicano ha sido condenado

En efecto, una forma de aplicar el control difuso de convencionalidad es a través de las sentencias o determinaciones que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que hemos sido condenados como Estado.

Claramente el Estado mexicano ha sido condenado por la Corte Interamericana en diversos asuntos puestos a su consideración entre los que encontramos los siguientes:

- A) Jorge Castañeda vs. México
- B) Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México
- C) Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos
- D) Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú vs. México; y
- E) Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México

Así, estas determinaciones crean un fuerte precedente para el sistema jurídico nacional, pues en ellas se contemplan ciertos tópicos en los que el Estado mexicano ha fallado en la observación de los derechos humanos de sus habitantes. Verdaderamente, aplicable al orden jurídico penal mexicano es la

relevante sentencia del Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, en la que refiere la causa de la detención, tortura y desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco atribuible a agentes militares del Ejército mexicano, así como la falta de investigación de los hechos, falta de determinación de su paradero y de reparación a sus familiares, además de que el fuero militar tomó conocimiento de los procedimientos respectivos.

En dicha determinación, la Corte declaró responsable al estado mexicano de la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida del señor Pacheco y determinó que incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en el artículo 2o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de la tipificación de dicho delito.

De lo anterior, se puede advertir otra forma de aplicar el control difuso de convencionalidad: a través de la aplicación de las sentencias en las que el Estado mexicano ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto, a través de un sistema de precedentes nacionales.

Resulta relevante resaltar la prohibición que se hace a la violación de la integridad física. En específico a la tortura. Así, de conformidad con el artículo 5o de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en relación con el 7o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ninguna persona puede ser sometida a torturas.

En ese tenor, el juez debe de vigilar que este derecho sea garantizado y robustecido por el Estado mexicano, el cual, al suscribir la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, —cuyos artículos 1, 6 y 8

disponen la obligación de prevenir y sancionar la tortura— en congruencia con los referidos deberes, estableció —en el artículo 11 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura— que cuando el servidor público, en ejercicio de sus funciones conozca de un hecho de tortura, estará obligado a denunciarlo de inmediato.

En ese sentido, con base en los artículos 1o (reformado), 22 y 133 constitucionales; 5o de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 7o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y 11 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, se puede concluir que:

A. Las personas que denuncien actos de tortura tienen derecho a que las autoridades intervengan de forma expedita para que su acusación sea investigada y, en su caso, examinada a través de un juicio penal.

B. La obligación de velar por el cumplimiento de ese derecho recae en todas las autoridades del Estado mexicano dentro del ámbito de su competencia, y no sólo en aquellas que directamente deban investigar o procesar el acto de tortura denunciado.

C. Atento al principio interpretativo "*pro homine*", para efectos del mencionado derecho, debe considerarse como denuncia de un acto de tortura a todo tipo de noticia o aviso que sobre ese hecho se formule ante cualquier autoridad con motivo de sus funciones.

D. En México está prohibida y será sancionada penalmente toda incomunicación, intimidación y tortura.

E. Dentro de los compromisos internacionales adoptados por el Estado mexicano al celebrar diversos tratados, se encuentra la de prohibir y castigar todo

medio de tortura.

F. Por tortura se entiende todo tipo de maltrato —físico o mental— que se utilice sobre una persona para obtener algún tipo de información o confesión, infligido por un servidor público o por órdenes de aquél, en ejercicio de sus funciones.

G. Los Estados se encuentran comprometidos a implementar mecanismos para impedir actos de tortura por funcionarios públicos.

Así pues, de acuerdo con las anteriores consideraciones, el juzgador deberá estimar procedente que se denuncie ante el Ministerio Público adscrito al juzgado de Distrito, los actos de tortura que refiere haber sufrido el implicado, con base en las manifestaciones formuladas en su declaración ministerial, así como a los dictámenes correspondientes; lo anterior, a fin de que la referida autoridad ministerial determine lo que a su representación social corresponda.

De esta forma es que el juzgador puede aplicar los precedentes en los que el Estado mexicano ha sido condenado, y no esperar a la emisión de la jurisprudencia que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emita al respecto, dado que de realizar ello, se estaría ante una denegación efectiva de justicia.

5.5 Efectos del control difuso de convencionalidad, retroactividad necesaria para lograr la plena efectividad del derecho o libertad

Los efectos del control difuso de convencionalidad emanan propiamente del grado de intensidad con que sea realizado. Así, el resultado del examen de compatibilidad entre la norma nacional y el bloque de convencionalidad consiste en dejar sin efectos jurídicos aquellas interpretaciones inconvencionales o las que sean menos favorables; o bien, cuando no pueda lograrse interpretación convencional alguna, la consecuencia consiste en dejar sin efectos jurídicos la norma nacional, ya sea en el caso particular o con efectos generales realizado la declaración de invalidez de conformidad con las atribuciones del juez que realiza

dicho control.

Mayor grado de complejidad hay cuando la normatividad nacional solo permite la declaración general de la norma para el futuro —efectos *ex nunc*—, y no hacia el pasado —efectos *ex tunc*—, ya que pareciera que la internacionalidad de la Corte en el momento en que se crea la doctrina del control difuso de convencionalidad es que la norma inconvencional carezca de efectos jurídicos desde un inicio, caso en el que la Corte deberá definir con precisión este aspecto sobre la temporalidad de los efectos de la norma nacional inconvencional debido a que su jurisprudencia no lo aclara.

No debe soslayarse que toda violación a los derechos humanos debe tener un efecto reparador en su integridad y por consecuencia, tener efectos hacia el pasado cuando así se requiera para lograr dicho objetivo, dado que la reparación se encuentra claramente señalada en el artículo 63.1 de la Convención Americana, al establecer:

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

Lo anterior conduce a afirmar que en todos los casos se debe garantizar el efecto del goce del derecho o libertad violado; empero, es en determinados supuestos, si no en la mayoría, en que debe de repararse las consecuencias de la norma convencional violada, lo cual solo se puede lograr teniendo o dejando sin efectos dicha normatividad nacional desde su vigencia y no a partir de la inaplicación o declaración inconvencional de la misma.

De otra manera, la retroactividad resulta indispensable para lograr un adecuado goce y disfrute del correspondiente derecho o libertad, máxime que la Corte al interpretar el citado precepto internacional, consideró que cualquier

violación a una obligación internacional que haya producido un daño comparte el deber de repararlo adecuadamente,³⁰² lo cual constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un estado.

Máxime, el cumplimiento al derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial, ya que el Estado es quien responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido.

³⁰² Caso Castillo Pérez, párrafo 43; Caso Chitay Nerch y Otros, párrafo 227 y Caso Manuel Cepeda Vargas, párrafo 211.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. La terminología más adecuada, es derechos del hombre, derechos humanos y derechos de la persona humana, ya que los podemos considerar como términos similares, empero para fines prácticos se utiliza la primera expresión (derechos humanos).

SEGUNDA. En México, el 9 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la reforma constitucional al artículo 1o, entre otros, que entró en vigor al día siguiente, lo que implicó un cambio conceptual al sistema jurídico nacional, incrustando la expresión "derechos humanos", dejando así a un lado lo que teníamos como garantías.

TERCERA. Coexisten diversos medios de protección de los derechos humanos, entre los que tenemos lo jurisdiccionales internos, que generalmente está a cargo del Poder Judicial, como lo es el juicio de amparo en México, que vela por la observancia de la Constitución; los internacionales a cargo de los Tribunales de Derechos Humanos, que velan cada uno por sus Convenciones, Tratados y Protocolos, en dicha materia y son los únicos competentes para su interpretación; también, existen medios cuasijurisdiccionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y, finalmente, los no jurisdiccionales, como algunas instituciones con ciertas semejanzas al ombudsman. En nuestro caso, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

CUARTA. El control de constitucionalidad constituye la principal herramienta del control del poder estatal, siendo un presupuesto básico del equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional. De ahí la importancia de determinar los límites con que debe ser ejercido, dado que un exceso o defecto alteraría aquellas características.

Dicho control tiene como finalidad salvaguardar el bloque de constitucionalidad, esto es, el conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país. Así, el bloque de constitucionalidad parte del supuesto según el cual las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite

De esta manera, existen diversas formas de control de la Constitución. Entre los más comunes encontramos al control constitucional concentrado, en el cual es un solo órgano quien cuenta con la competencia para examinar la regularidad o conformidad de una ley o acto de autoridad con lo estipulado en la ley fundamental y determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, para, en su caso, privarlo de efectos jurídicos, recibiendo generalmente la denominación de corte o tribunal constitucional.

Por su parte, en el sistema de control constitucional de carácter difuso, a diferencia del anterior, la competencia para examinar la regularidad o conformidad de una ley o acto de autoridad con lo estipulado en la Constitución se atribuye a todos los jueces de un Estado.

QUINTA. El control de convencionalidad, se trata de una creación jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha evolucionado en sus sentencias. Dicho control no encuentra un fundamento directo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otro tratado internacional.

De la misma forma que el control de constitucionalidad, el control de convencionalidad también tiene una doble dimensión, tanto internacional (concentrado) como nacional (difuso). En efecto, esta doble dimensión ha sido retomada de la teoría del control judicial de la Constitución para distinguir los dos

niveles en los que se debe ejercer.

Existe un control concentrado de convencionalidad, el cual recae exclusivamente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que confronta actos nacionales y la normativa interamericana para determinar la conformidad entre aquellos y estos, y resuelve la controversia a través de una sentencia.

Por su parte, el control difuso, consiste en la confrontación entre actos nacionales y la normativa interamericana, que llevan a cabo los jueces nacionales. Dicho control responde a la necesidad máxima de salvaguardar el efecto útil de los tratados en materia de derechos humanos, pues se consideró que el control ejercido por la Corte Interamericana no era suficiente.

SEXTA. La aplicación del control difuso de convencionalidad contrasta con la intensidad que se realice de él, ya que la Corte no estableció de qué manera las autoridades de los países están obligadas y en qué medida tenían que ejercer el control de convencionalidad; lo dejó a la competencia y a las regulaciones procesales de cada una.

Un primer nivel de intensidad es el mínimo, el cual consistente en realizar una interpretación convencional o conforme, armonizando todas las normas y actos internos de conformidad con la normatividad internacional. Este primer nivel puede ser llevado a cabo por cualquier autoridad pública.

El segundo nivel de intensidad se da en aquellos casos en que los jueces nacionales no estén facultados para inaplicar una norma por considerarla inconstitucional. Es decir, en los países en donde existe un control concentrado.

Un tercer nivel de intensidad, se da en aquellos países que tienen un sistema de control constitucional difuso. En ellos, el grado de "control de convencionalidad" resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales

la atribución de inaplicar la norma inconvencional.

SÉPTIMA. Con motivo de la resolución que se dictara en contra del Estado en la que fue condenado durante el Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, se sancionó al Estado mexicano y vinculó directamente al Poder Judicial a cumplimiento de algunas medidas de reparación. De esta forma, se trata también de la primera sentencia dirigida a México en la que se hace mención del control de convencionalidad que deben ejercer los jueces y tribunales nacionales.

De esta forma, surgió el expediente varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que abordó el tema de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos distinguiendo dos supuestos; para aquellas sentencias condenatorias al Estado Mexicano, y para aquellas en las que México no forma parte de la *litis*.

OCTAVA. El 8 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, un decreto de reforma y adición a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior implicó profundos cambios a diez artículos, siete de ellos en materia penal –artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 Constitucionales-, sentando así las bases para el tránsito de un sistema jurídico penal inquisitivo a uno acusatorio democrático *ad hoc*, con estándares de derechos humanos constitucionalmente reconocidos.

NOVENA. El 6 y el 10 de junio de 2011 se publicaron dos importantes reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la primera, incide en el juicio de amparo, al prever su procedencia por violaciones a los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; la segunda, en íntima relación con la anterior,

evidencia el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, mediante la expresión clara del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas.

DÉCIMA. Con la reforma en materia de derechos humanos, el juzgador mexicano cuenta con una nueva herramienta a fin de aplicar un verdadero control difuso de convencionalidad a favor del gobernado, al realizar una interpretación efectiva del contenido del artículo 1o en relación con el 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En efecto, se considera que se cuenta con formas diversas de aplicar el control difuso de convencionalidad, esto es, conforme a un tratado internacional o protocolo de este. Ciertamente, la primera representación en que puede materializarse la aplicación difusa de los tratados internacionales, es a través de la **interpretación conforme** a la luz del principio *pro homine* contemplado en el artículo 29, específicamente en su inciso 2o, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Otra forma en la que se puede ejercer el control difuso de convencionalidad es en razón a las sentencias en las que el Estado mexicano ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello a través de un sistema de antecedentes nacionales, ciertamente como **precedente** al sistema interamericano.

Finalmente, una diversa es de conformidad con el artículo 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que los Estados Unidos Mexicanos han reconocido la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que la **jurisprudencia** que emita respecto a la interpretación de dicha convención es de observancia obligatoria.

Con lo anterior se vislumbra un efectivo control de convencionalidad de aplicación difusa por los jueces del orden jurídico penal mexicano, ya que es a través de estas formas de estructuración que pueden ser plasmadas en una determinación, garantizando la efectiva observancia de los derechos humanos de todo gobernado.

BIBLIOGRAFÍA.

Albanese, Susana, "La interpretación del derecho constitucional y la constitucionalidad del derecho internacional", en Albanese, Susana (coord). *El control de convencionalidad*, EDIAR, Argentina, 2008.

Alcalá Zamora, Niceto, *Panorama del Derecho mexicano: síntesis del Derecho procesal*, Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., México, 1966.

Alvarado Martínez, Israel y otro, *La etapa de juicio en el proceso penal acusatorio*, ed. Bosch, México, 2017.

Arilla Bas, Fernando, *El procedimiento Penal en México*, 18ª edición, ed. Porrúa, México, 1997.

Arteaga Nava, Elisur:

- *Garantías individuales*, México, ed. Oxford University Press, 2009.
- *Derecho Constitucional*, 3ª edición, México, ed. Oxford, 2008.

Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, 2a edición, España, ed. Ariel, S.A., 2003.

Azuela Rivera, Mariano, *Garantías*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Autónoma de Puebla, 2005.

Bardales Lazcano, Erika y otro, *Procedimientos Penales Especiales*, ed. MaGister, México, 2013.

Bazán, Víctor, "Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad", en Ferrer Mac-Gregor, *El Control Difuso de Convencionalidad*, Querétaro, México, FUNDAP, 2012.

Bazdresch, Luis, *Garantías constitucionales. Curso introducción actualizado*, 5ª edición, México, ed. Trillas, 1998.

Bidart Campos, Germán J.:

- *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989.
- *El derecho de la constitución y su fuente normativa*, Edia-UNAM, México, 2003

Borja Osorno, Guillermo, *Derecho procesal penal*, ed. José M. Cajica Jr., S.A. Puebla, 1969.

Burgoa Orihuela, *Las garantías individuales*, 11ª edición, México, ed. Porrúa, 2005.

Burgorgue-Lene, Laurence, "La erradicación de la impunidad: Claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Mac-Gregor, Eduardo Ferrer, *El Control Difuso de Convencionalidad*, Querétaro, México, FUNDAP, 2012.

Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en España y México*, Porrúa, México, 2009.

Cano López, Luis Miguel, *Un método para ejercer el control difuso de convencionalidad, Programa Nacional de Capacitación y Difusión en materia de Amparo*. s.f.
http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/TSDf%20Contorl%20Convencionalidad.pdf

Carbajal, Juan Alberto, *Teoría de la Constitución*, Médico, ed. Porrúa, 2006.

Carbonell, Miguel:

- *Los derechos fundamentales en México*, 3ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, ed. Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, serie Doctrina Jurídica, número 185.
- *Los derechos fundamentales en México*, 3ª edición, Porrúa, 2009.

Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, UNAM, México, 1983.

Castilla Juárez, Karlos A., "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México, a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional XI* (2011): 593-624.

Claría Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo I*, Argentina, Buenos Aires, ed. Rubinzal-Culzoni Editores.

Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, ed. Porrúa, México, 2005.

Concuenda Cabezut, Santiagi, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, ed. Oxford University Press, 2002.

Covián Andrade, Miguel, "El Control de la Constitucionalidad. Fundamentos Teóricos y Sistemas de Control", en Serrano Migallón, Fernando y Arriola Woog, Carlos, *Temas Selectos de Derecho Constitucional*, Wasg, México, Instituto de investigaciones legislativas del Senado de la República, 2003.

Estévez Gasmuri, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1949.

Ernest Beling, *Derecho Procesal Penal, tomo I*, trad. David Szlapocznick, ed. DIN Editora, 2000.

Fenech, Miguel, *Derecho procesal penal*, Ed. Labor, 3ª edición, Barcelona, 1960, Volumen I.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 4a edición, España, ed. Trotta, 2004.

Ferrer-Mac Gregor, Eduardo:

- "Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" en Ferrer-Mac Gregor, Eduardo, *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., 2012.
- *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, UNAM, México.
- *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid y otros, 2016.

Fix Zamudio, Héctor:

- *El juicio de amparo*, México, ed. Porrúa, S.A., 1964.
- *Protección Jurídica de los Derechos Humanos*, Estudios Comparativos. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1999.
- *Estado Social de Derecho y Cambio Social, Memoria del Tercer Congreso Nacional de Derecho Constitucional (1983)*, UNAM, México, 1984.
- *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Poma, México, 2005.
- *Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

- *La protección jurídica de los derechos humanos, Estudio comparativo*, 2a edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999.

Flores Cruz, Jaime, *Interpretación constitucional sobre el órgano de control constitucional, Suprema Corte de Justicia de la Nacional*, 2006, http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/2/Becarios_002.pdf.

Franco Villa, José, *El Ministerio Público Federal*, Porrúa, 1ª edición, México, 1985.

Frassó, Guido, *Historia de la filosofía del derecho, tomo 1: Antigüedad y Edad Media*, 3ª edición, trad. de José F. Lorca Navarrete, España, ed. Pirámide, S.A., 1982.

García Belaúnde, Domingo, *El Hábeas Corpus en el Perú*, Lima, Universidad Nacional de San Marco, Perú, 1979.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 31ª edición, México, Porrúa, 1980.

García Morelos, Gumensindo, "El control judicial difuso de convencionalidad de los Derechos Humanos por los tribunales ordinarios en México" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El Control Difuso de Convencionalidad*, Querétaro, México: FUNDAR, 2012.

García Ramírez, Sergio:

- "El control judicial interno de convencionalidad" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El Control Difuso de Convencionalidad*, Querétaro, México: FUNDAR, 2012.
- *Curso de Derecho procesal penal*, Porrúa, México, 1988, 5ª edición.
- *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, , Porrúa, México, 1999, 9ª edición.

García-Sayán, Diego. "Justicia interamericana y tribunales nacionales" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho Vol. IX*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.

Gaustini, Ricardo, *Estudios sobre Interpretación Judicial*, trad. Miguel Carbonell, Porrúa, México, 2006.

Gómez Alcalá, Rodolfo Vidal, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, Ed. Polis, México, 1940.

González Blanco, Alberto, *El procedimiento penal mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1975.

González Bustamante, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Mexicano, IV*, Porrúa, México, 1959.

González Cosío, Arturo, *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1994.

Highton, Elena I., "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad" en Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela, *La justicia constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?, Vol. I*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.

Izquierdo Muciño, Martha Elba, *Garantías individuales*, 2ª edición, Oxford University Press, México, 2008.

Labra Rubio, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamentos, historia, declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Civitas, España, 1998.

Lozano, José María, *Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, 2a edición, facsimilar, Porrúa, México, 1972.

Luna Ramos, Margarita Beatriz, "Supremacía constitucional y el control de convencionalidad", en García Villegas Sánchez Cordero, Paula, *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, Porrúa, México, 2013.

Madrazo, Jorge, *Derechos Humanos: El Nuevo Enfoque Mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

Minutti Zanatta, Rubén y González Alcántara Lammoglia, María del Rocío, *La Constitución de los Estados Unidos*, Porrúa, México, 2004.

Montiel y Duarte, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, 4a edición, facsimilar, Porrúa, México, 1983.

Noriega Cantú, Alfonso, *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, UNAM, México, 1967.

Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, 3ª edición, Oxford University Press, México, 2009, Colección Textos Jurídicos Universitarios.

Paredes Calderón, Ricardo, *La investigación complementaria en el proceso penal acusatorio*, Ed. Bosch, México, 2017.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, España, 1999, Colección Cursos 3.

Pérez Luño, Antonio Enrique:

- Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, España, 1984.
- "Dignidad, libertad e igualdad de la persona y derechos humanos" en Moreno Catena, Víctor (coordinador), *Problemas actuales de la justicia. Homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario*, Tirant Lo Blanch, España, 1988.

Pérez Palma, Rafael, *Guía de Derecho procesal penal*, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1ª edición, México, 1975.

Pérez Royo, Javier, "La interpretación de la Constitución", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, Tomo II.

Piña y Palacios, Javier, *Derecho Procesal Penal*, México, 1948.

Quintana Osuna, Karla I. "Diálogo entre lo jurisprudencia interamericano y la legislación interna el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* Vol. IX, 573-592, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008.

Rey Canto, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Porrúa, IMDPC, México, 2008.

Rowat, Donald C., *El ombudsman. El defensor del ciudadano*, trad. de Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1973.

Sepúlveda, César, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos, su Desarrollo Progresivo*, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, 1987.

Sepúlveda Iguíniz, Ricardo Jesús, *La relación entre los sistemas internacional e interno en la protección de los Derechos Humanos, Diagnóstico y Propuestas sobre los sistemas de impartición de justicia en México*, Colección Foro de la Barra Mexicana, Tomo I, Ed. Themis, México, 2004.

Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, tomo I*, 10ª reimpresión, Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 15ª edición, Porrúa, México, 1977.

Valdés, Ramón Francisco, *Diccionario de jurisprudencia criminal mexicana*, Tip de G. Torres, México, 1850.

Vicenzo Manzini, *Derecho Procesal Penal, tomo I*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.

Watson, Alan, *Legal Transplants*, Edinburgh Scottish Academic Press, 1974.

REVISTAS

Cossio Díaz, José Ramón, "Los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales y el principio *pro homine*", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, 2007, t. LVII, núm. 247, enero-junio de 2007.

El-Sheikh, Ibrahim Ali Badawi, "Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and peoples, Rights", *Revue africaine de droit international et compare*, vol. 9, 1999.

Esteba, Eduardo G., "La acción de amparo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su Nueva Integración y el texto de la sentencia de 21 de junio de 1985", *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, Junio-Julio de 1985.

Fix-Zamudio, Hector, "The writ of Amparo in Latin America", trad. de Carl E. Schwarz, *Lawyers of the Americas*, Vol. 13, Núm. 3, Invierno 1981.

Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no 1, 1968.

Jiménez Asenjo, Enrique, "Derecho procesal penal", ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Volumen II.

Lodoño Lázaro, María Carmelina, "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencia y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no 128 (mayo-agosto 2010) 761-814.

Mondragón Reyes, Salvador. "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, no 29, 2010, 135-149.

Ortiz Ahlf, Loretta, "La protección internacional del individuo", *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 1988-1989, núm. 19, pág. 95.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando. "El control de convencionalidad y el sistema colombiano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, julio-diciembre 2009, 163-190.

Villanova, Marcelo. "Sobre el control de convencionalidad -A propósito de las implicancias del control en el sistema de garantías". *Revista Pensamiento Penal*, 2010: <http://new.oen5amientoDenal.eom.ar/01072010/doctrina04.Pdf>.

OTROS

Diccionario de la lengua española, consultable en la página de internet: www.rae.es

Página de internet www.diputados.gob.mx

Página de internet: www.hdr.undp.org

Corona Bárcenas, Luis Ignacio, *Nota sobre la suspensión de garantías y las facultades extraordinarias*, México, Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho, 2007.

Comentarios a la Constitución Federal de 1988. Coordinadores científicos: Bonavides, Paulo; Miranda, Jorge; De Moura Agra, Walber. Coordinadores editoriales: Bilae Pinto Filho, Francisco; Rodríguez Júnior, Octavio Luiz. Editora Forense. 1o edición, 2009.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional, correspondiente a la 58ª sesión, 1 mayo-9 junio y 3 de julio-11 agosto de 2006; Asamblea General de Naciones Unidas. Documentos oficiales, 61ª sesión. Suplemento no 10 (A/61/10).

IUS 2017.

Carta de la Organización de Estados Americanos (COEA), reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), suscrita en San José Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ECIDH), aprobada mediante resolución 447 de la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1 de mayo de 2001 (RCIDH).

Engrose de la resolución del Amparo Directo en Revisión 2126/2012
<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engrose/cerrados/Público/12021260.010-945.doc>

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana.

Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011.

Proceso Legislativo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y OTROS.

Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Protocolo Número 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Estatutos del Convenio Europeo.

Reglamento del Tribunal Europeo.

Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

Protocolo a la Carta Africana.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

OPINIONES CONSULTIVAS.

Opinión Consultiva 13/93. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resuelta el 16 de julio de 1993.

Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2 http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_eso.pdf

Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982. Serie A. No. 1, relativa a "Otros Tratados", objeto de la función consultiva de la Corte, presentada por el Gobierno de Perú.

SENTENCIAS INTERNACIONALES.

Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_55_esp.pdf

Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_67_eso.doc

Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/voios/vsc_earcia_101_esp.doc

Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_101_esp.doc

Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1A febrero de 2006. Serie C No. 141
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_141_esp.doc

Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155
http://www.corteidh-or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_158_eso.doc

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_Barcia_158_eso.doc

Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Pondo, Reparaciones y Costas. Menda de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_15_esp.doc

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serle C No. 154
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_eso.doc

Caso Aimonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No.

154. Párrafo 125, http://www.corteldh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_eso.doc

Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones de 30 de noviembre de 2012, serie C No 259.

Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C. No. 217, párrafo 199.

Caso Castillo Pérez, párrafo 43; Caso Chitay Nerch y Otros, párrafo 227 y Caso Manuel Cepeda Vargas, párrafo 211.