



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Benavente Chorres, Hesbert
EL JUEZ DE CONTROL COMO GARANTE DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS EN EL
NUEVO PROCESO PENAL MEXICANO
Estudios Constitucionales, vol. 10, núm. 1, 2012, pp. 145-199
Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82024258005>

- ▶ [Cómo citar el artículo](#)
- ▶ [Número completo](#)
- ▶ [Más información del artículo](#)
- ▶ [Página de la revista en redalyc.org](#)



Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL JUEZ DE CONTROL COMO GARANTE DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS EN EL NUEVO PROCESO PENAL MEXICANO

JUDGE CRIMINAL AND CONVENTIONAL CONTROL LAWS IN THE ADVERSARIAL SYSTEM IN MEXICO

HESBERT BENAVENTE CHORRES¹

Maestro en Derecho Penal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)
estudiobenavente@yahoo.com

RESUMEN: La Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, con fecha 12 de julio de 2011, estableció que todos los jueces – federales y locales– tienen la obligación de aplicar el control difuso de la convencionalidad de las normas, dentro del ámbito de sus competencias; en ese sentido, se va estudiar la aplicación del citado control en el marco de las normas penales a través de uno de los nuevos operadores jurídicos del sistema acusatorio mexicano, esto es, el juez de control; incidiendo en normas tales como: el acceso a los registros de investigación, medidas cautelares impuestas por el Ministerio Público, intervención de comunicaciones privadas sin orden judicial y la intervención judicial en la toma de muestra y fluidos corporales sin consentimiento del examinado.

ABSTRACT: In Mexico, The Suprema Court Of Justice (12 July 2011) ordered that all judges have the obligation to implement the control of the conventionality of the law. Then, in this study will examine the criminal judge and control the implementation of the conventionality of law in the adversarial system, for example, the rules for access to investigation records, injunctions, intervention in private communications and decision body fluids.

PALABRAS CLAVE: Corte Interamericana de Derechos Humanos, control difuso de la convencionalidad, normas penales, juez de control y proceso penal acusatorio.

KEYWORDS: Inter-American Court of Human Rights; conventional control laws; criminal laws; judge criminal; adversarial system.

1. INTRODUCCIÓN

El 25 de agosto de 1974, el señor Rosendo Radilla Pacheco fue presunta víctima de desaparición forzada por elementos del Ejército Mexicano destacados

¹ Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México, Miembro del Centro de Investigación en Ciencia Jurídica, Justicia Penal y Seguridad Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Artículo recibido el 3 de octubre de 2011 y aceptado el 4 de enero de 2012.

en el Municipio de Atoyac de Álvarez, Guerrero. Luego de haberse agotado los recursos internos, los familiares de Rosendo, a través de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y la Asociación de Familiares Detenidos-Desaparecidos y Víctima de Violaciones a los Derechos Humanos en México, presentaron una denuncia contra el Estado mexicano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Ante el incumplimiento del Estado mexicano respecto de las recomendaciones hechas por la Comisión, el 15 de marzo de 2008, ese órgano internacional sometió el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con fecha 23 de noviembre de 2009, la Corte dictó sentencia condenatoria, notificándola al Estado mexicano el 9 de febrero de 2010.

En la citada sentencia se estableció, en su fundamento N° 339, que el Poder Judicial mexicano debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.²

Al respecto, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), mediante resolución del 12 de Julio de 2011 determinó, en su tercer criterio, que todos los jueces del país están obligados a verificar la compatibilidad de las leyes internas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los casos que conozcan e involucren derechos humanos.³ En efecto, la resolución ordenó al Poder Judicial, sin diferenciar entre el federal y el local, realizar un control de convencionalidad de las normas internas, para asegurar que no contradigan o disminuyan el sentido de las disposiciones de la Convención Americana. En ese orden de ideas, la SCJN aprobó que todos los jueces del país podrán hacer ese control y en caso de que las normas que analicen sean contrarias a la Convención Americana o a la Constitución en materia de derechos humanos, deberán dejar de aplicarlas en el caso concreto.

En esa inteligencia, a partir del 12 de julio de 2011 se reconoce, por primera vez, que todos los jueces, federales y locales, de la República mexicana, están obligados a aplicar el control difuso de convencionalidad en materia de derechos humanos, esto es, el examen de compatibilidad entre la normatividad interna con la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Radilla Pacheco con Estados Unidos Mexicanos*, de 23 de noviembre de 2009.

³ El pronunciamiento de la Suprema Corte presenta como antecedente el siguiente caso: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Varios (*Consulta*), (2010).

dencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –y, por extensión–, la orientación que también brinden las decisiones emitidas por otros organismos internacionales en materia de protección de derechos humanos.

Al respecto, en el presente estudio analizaremos el control difuso de la convencionalidad a la luz de las atribuciones que en el nuevo sistema de justicia penal mexicano detenta el denominado juez de control, como garante del respeto a los derechos humanos; ello, porque en el marco del proceso punitivo, las normas jurídicas de aplicación inciden directamente en el ejercicio de los citados derechos, como por ejemplo, la integridad psico-física, la libertad, la inviolabilidad del domicilio, etc.

En efecto, el citado juez aparece en el horizonte del denominado proceso penal acusatorio, instaurado en el sistema de justicia penal mexicano a raíz de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008. En ese orden de ideas, si el juez de control es un órgano del Poder Judicial –tanto federal como estatal– entonces puede aplicar control difuso de la convencionalidad de las normas invocadas en el sistema punitivo que contradigan el bloque de convencionalidad, en materia de derechos humanos.

No queremos dejar de mencionar que, el párrafo decimocuarto del artículo 16º constitucional mexicano dispone que el juez de control debe garantizar los derechos de los indiciados, víctimas u ofendidos, resolviendo en forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial.

En ese orden de ideas, el juez de control funge como garante de la constitucionalidad de aquellas técnicas de investigación (ej. obtención de fluidos para la realización de exámenes corporales), medidas cautelares (ej. prisión preventiva) y providencias precautorias (ej. cateo), que afectan derechos fundamentales de aquellos que intervienen en el proceso penal.

Ello, implica que el juez de control, en el ámbito del proceso penal se constituye en garante del control de convencionalidad de las normas, así como de la constitucionalidad de aquellas técnicas de investigación que se pretenden aplicar en el proceso penal –extendiéndose dicho control a la imposición de medidas cautelares y providencias precautorias.

No obstante, y por la gran extensión que generaría estudiar ambas funciones de control, hemos decidido centrarnos en el análisis del juez de control como garante de la convencionalidad (de las normas), dejando para un posterior estudio la atribución de garante de la constitucionalidad de las técnicas de investigación en el proceso penal de corte acusatorio implementado en el sistema jurídico mexicano.

2. UNA NECESARIA DIFERENCIACIÓN: LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS Y LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS

2.1 Los sistemas de control de la constitucionalidad de las normas y el caso especial de México

Tradicionalmente puede vislumbrarse en la teoría constitucional la existencia de diversos modelos de control de constitucionalidad, los cuales revisten una naturaleza particular, identificada sobre la base de elementos característicos propios. Así, pueden perfilarse y distinguirse nítidamente los aspectos particulares determinantes de la naturaleza de los sistemas difusos y concentrados de control de constitucionalidad, así como de las magistraturas respectivas.⁴

Asimismo, los medios de control constitucional pueden ser clasificados desde los siguientes puntos de vista:

- (a) Según la naturaleza del órgano encargado del control constitucional.
- (b) Conforme al número de órganos que lo ejercen.
- (c) Por la orientación de la interpretación constitucional que requieren.

Sin embargo, la distinción más usual es la del control concentrado y la de control difuso. Al respecto, se califica como control concentrado de la constitucionalidad de las normas a aquel que se reserva a un solo órgano –sea éste el Tribunal Supremo de Justicia, sea una Sala Constitucional del mismo, sea un Tribunal Constitucional autónomo– con exclusión de los demás tribunales. En cambio, se denomina sistema de control difuso de la constitucionalidad de las normas a aquel en que cualquier tribunal puede declarar la inaplicabilidad de un precepto legal o de inferior jerarquía, que sea contrario a la Constitución, en el caso particular del cual conoce.⁵

Cuando la sentencia que dicta el órgano de control invalida o deroga la norma inconstitucional, se habla de control abstracto, que tiene efectos generales o *erga omnes*. Cuando la misma sentencia sólo deja sin aplicación el precepto legal en el caso de que se trate, se habla de control concreto de constitucionalidad, que tiene efecto particular o inter partes, quedando vigente la ley inaplicada.

Ahora bien, en lo que respecta a México, equivocadamente se ha creído que en el citado país coexisten tanto el control concentrado como el difuso,⁶ cuando en sí, la SCJN solamente ha reconocido, como jurisprudencia vinculante, al sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las normas.

⁴ NOGUEIRA (2006), pp.17-29; SAGÜES, (2001), pp. 41-72.

⁵ RÍOS (2002), p. 389.

⁶ *Idem*, p. 404.

En efecto, para entender la aplicación del control difuso vamos a partir de la definición que de la citada institución señaló Mauro Cappelletti, esto es, que el control difuso es un poder-deber de todos los jueces de desaplicar normas inconstitucionales que en principio son aplicables a casos concretos que les corresponde conocer y decidir, y aplicar preferentemente la Constitución.⁷ Definición que ha sido empleada, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional de Perú,⁸ o bien por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela.⁹

Ahora bien, la protección constitucional en México se ha estructurado a través de los artículos 1º (protección de los derechos humanos), 105º (funciones de la Suprema Corte) y 133º (principio de primacía constitucional) de la Constitución mexicana de 1917.

Si bien, el citado artículo 133º constitucional prescribe que los jueces preferirán aplicar las disposiciones de la ley fundamental, no obstante lo establecido en las leyes ordinarias, el control difuso de la constitucionalidad no ha tenido una efectividad práctica en el sistema mexicano, ya que al existir procesos especiales para combatir los actos inconformes con las prescripciones de la Constitución, los tribunales han estimado que dichos procesos son la vía que corresponde al estudio de toda cuestión de inconstitucionalidad.¹⁰

En ese sentido, en 1942, el entonces Ministro de la SCJN, Gabino Fraga, precisó que el Poder Judicial Federal es el único que puede fijar la interpretación definitiva de la Constitución.¹¹ Luego, el postulado de Gabino fue seguido, tradicionalmente, por el Poder Judicial de la Federación, cuyas decisiones han sido resumidas por el Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, Rubén Sánchez, de la siguiente manera:¹²

(a) “Para determinar si una ley local es o no contraria a la Constitución, se requiere que, previamente, haya sido resuelto el caso por los tribunales competentes que no pueden ser otros sino los federales.” (SCJN, 14 de octubre de 1935).

(b) “De ningún modo el artículo 133 invocado obliga a los Jueces Federales a declarar por sí y ante sí la inconstitucionalidad de ninguna ley expedida por el Congreso Federal.” (SCJN, 16 de julio de 1946).

⁷ CAPPELLETI (2007), p. 39.

⁸ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 0030-2005-PI/TC, de 2 de febrero de 2006. Expediente 2502-2005-PHC/TC, de 17 de mayo de 2005. Expediente 2730-2006-PA/TC, de 21 de julio de 2006.

⁹ HARO (2005), pp. 283-285.

¹⁰ SÁNCHEZ (2004), p. 200.

¹¹ GUDIÑO (1999), p. 388.

¹² SÁNCHEZ (2004), pp. 213-219.

(c) “El artículo 133 de la Constitución, es confirmativo del régimen federal y evita el predominio de las leyes locales sobre la Constitución, estableciendo con firmeza, la supremacía de la misma Carta Fundamental; pero no es fuente de competencia de la cual resulte la facultad de los tribunales federales y, por tanto, de la Suprema Corte, para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley.” (SCJN, 30 de marzo de 1948).

(d) “No son el juicio ante el Tribunal Contencioso Administrativo ni su segunda instancia ante la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las vías adecuadas para proponer el problema referente a la oposición que existe entre la Carta Federal y una ley secundaria, sino que tales problemas sólo pueden examinarse y decidirse en el juicio de amparo.” (SCJN, 23 de septiembre de 1959).

(e) “El Tribunal Fiscal de la Federación carece de competencia para estudiar y resolver sobre la inconstitucionalidad de una ley, ya que tal facultad corresponde al Poder Judicial de la Federación a través del juicio de amparo.” (SCJN, 14 de abril de 1964).

(f) “No todo órgano judicial es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino solamente el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo.” (SCJN, 8 de junio de 1972).

(g) “La negativa de un tribunal de apelación para conocer de violaciones a las garantías individuales es correcta, ya que esa autoridad carece de facultades para resolver al respecto, estando únicamente autorizados para ellos los tribunales federales.” (SCJN, 27 de mayo de 1993).

(h) “Si las leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones del Código Supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución Local correspondiente, pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del Congreso Local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia carta magna para ese efecto.” (SCJN, 29 de noviembre de 2000).

(i) “En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones.” (SCJN, Jurisprudencia, 10 de agosto de 1999).

(j) “Los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de

sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa expreso (...) por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación.” (SCJN, Jurisprudencia, 10 de agosto de 1999).

Como se aprecia, el tema en cuestión es si el principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133º constitucional faculta a todo juez a aplicar el control difuso. Al respecto, García de Enterría señala que el citado principio: “es la gigantesca aportación del constitucionalismo norteamericano a la historia universal del derecho, el cual denota que la *lex superior* asienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1985, p. 123).

En esa inteligencia, una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.¹³

Sin embargo, ¿el principio de supremacía constitucional implica el poder-deber de los jueces en aplicar el control difuso? Para la SCJN mexicana, en los fallos señalados en los párrafos anteriores, así como, para un sector de la doctrina mexicana, el artículo 133º constitucional establece, por un lado, que todas las leyes (federales y locales) y tratados deben ser conforme con la Constitución y, por otro lado, que el orden federal es preferente al orden local.¹⁴ No obstante, y ello constituye jurisprudencia vinculante por la SCJN –conforme a los dos últimos fallos mencionados anteriormente– el artículo 133º constitucional no faculta a cualquier juez ejercer algún tipo de control en torno a la constitucionalidad de las normas, dado que, y tomando en cuenta los artículos 103º y 105º constitucional, es a través del amparo y de sus órganos jurisdiccionales competentes la vía en México para el citado control de constitucionalidad de las normas.

Al respecto, el actual ministro de la SCJN, Aguirre Anguiano, indica que: “El artículo 133º constitucional impone a los jueces locales privilegiar la aplicación del derecho federal y el derecho de los tratados por encima del derecho local y nada más, pero en ningún momento autoriza a dichos jueces locales a desaplicar leyes federales, por lo cual, la determinación por esta Suprema Corte de un control difuso de leyes federales, sería contraria al propio artículo 133º en su caso, a lo que está

¹³ HAMILTON et. al. (2000), p. 332.

¹⁴ GUDIÑO (2005), p. 171.

refiriéndose este precepto es a control de leyes locales, tomando como parámetro de control, el derecho federal, incluyéndose dentro de él a los tratados, lo que además es coherente con nuestro sistema federal, cuyo marco normativo no es disponible para la jurisdicción de los jueces de los Estados.” (AGUIRRE, 2011, p. 17).

En esa inteligencia, Burgoa Orihuela postuló la proscripción del control difuso de la constitucionalidad, porque podría conducir a que el orden jurídico fuere aplicado a capricho por los órganos estatales ordinarios, bajo el pretexto de que una determinada norma o acto resultan “inconstitucionales”, lo que mermaría considerablemente la seguridad jurídica que persigue todo sistema legal.¹⁵ Asimismo, para Gudiño Pelayo, quien parte del párrafo séptimo del artículo 94º constitucional, así como, de los artículos 192º, primer párrafo, y 76 bis, ambos de la Ley de Amparo, el juez sólo deberá concretarse a inaplicar la ley declarada inconstitucional por la jurisprudencia de la Suprema Corte, de ninguna manera a pronunciarse de motu proprio sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley.¹⁶

A pesar de esta posición contraria a la aplicación del control difuso en el sistema jurídico mexicano, también es cierto que ha habido fallos de la SCJN que abogaron por lo contrario;¹⁷ así tenemos:

(a) “Tratándose de disposiciones manifiestamente contrarias a la Constitución Federal, las autoridades comunes deberán abstenerse de aplicarlas.” (SCJN, 05 de noviembre de 1935).

(b) “Las Salas del Tribunal Fiscal de la Federación pueden, al resolver las cuestiones de competencia, decidir, conforme al artículo 133 de la Carta Magna... si la ley que apoya los actos impugnados es o no constitucional, ya que ningún ordenamiento secundario y ningún acto de autoridad, pueden prevalecer contra la Constitución.” (SCJN, 27 de abril de 1942).

(c) “Debe darse oportunidad a las autoridades administrativas para que cumplan sus obligaciones, especialmente, la que tiene cualquier autoridad de colocar por encima de todos sus actos, la Carta Magna. Esta obligación consignada concretamente en el artículo 133, respecto a los Jueces de los Estados, existe sin necesidad de texto expreso, tocante a todas las autoridades del país.” (SCJN, 01 de julio de 1942).

(d) “El Tribunal de la materia está facultado para anular un acuerdo de la autoridad gubernativa tanto si no se llenaron los requisitos previstos por la norma

¹⁵ BURGOA (1997), p. 158.

¹⁶ GUDIÑO (2005), p. 182.

¹⁷ SÁNCHEZ (2004), pp. 210-211.

legal correspondiente, cuanto en el caso de que se hayan omitido las formalidades esenciales de procedimiento consagradas por la Constitución.” (SCJN, 5 de abril de 1968).

(e) “Las autoridades judiciales deben apegar estrictamente sus resoluciones a los preceptos constitucionales, teniendo en cuenta la supremacía constitucional establecida en el artículo 133 de la Constitución Federal; por tanto, si ante un tribunal de apelación se alega la violación de tales normas, como agravio, tiene el deber ineludible de examinarlas y repararlas cuando las estime fundadas.” (SCJN, 16 de agosto de 1971).

(f) “Los demás Tribunales, federales o locales, sólo podrán abstenerse de aplicar una ley local, por estimarla inconstitucional, cuando su texto sea directamente violatorio de un mandato constitucional, sin necesidad de efectuar ninguna interpretación de ambos textos, como sería, por ejemplo, el caso de que una ley local estableciera la pena de mutilación, prohibida explícitamente y sin necesidad de mayor exégesis, por el artículo 22 de la citada Constitución.” (SCJN, 8 de febrero de 1972).

(g) “Únicamente en el caso de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya emitido jurisprudencia estableciendo que una ley ordinaria es contraria a la Constitución, los tribunales del orden común deben dejar de aplicarla en acatamiento a dicha jurisprudencia.” (SCJN, jurisprudencia, 8 de junio de 1972).

Asimismo, un sector de la doctrina mexicana postula la posibilidad de aplicar control difuso en México. Así, el actual ministro de la SCJN José Ramón Cossío expresa lo siguiente: “En términos generales, podemos decir... que el control de constitucionalidad en México es de carácter concentrado en tanto lo ejercita con exclusividad el Poder Judicial de la Federación, y difuso, al corresponder a los distintos órganos que componen a ese Poder, p.e. el Tribunal Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia, los tribunales colegiados y unitarios de circuito y los jueces de distrito.” (COSSIO, 1997, p. 229).

En otra oportunidad, Cossío ha indicado que: “De conformidad con el artículo 133º de la Constitución Federal, todos los jueces de la República tienen la obligación de sujetar sus fallos a los dictados de la misma, a pesar de las disposiciones que en contrario pudiera existir en otras leyes secundarias, y siendo así, resultaría ilógico y antijurídico pretender que cumplieran con esa obligación si no tuvieran a la vez la facultad correlativa de discernir si las leyes que rigen los actos materia de la contienda, se ajustan o no al Código Supremo de la República, cuando esa cuestión forma parte del debate, ya que de aceptarse la tesis contraria sería imponer a los jueces una obligación sin darles los medios necesarios para que pudieran cumplir.” (COSSIO, 2011a, p. 28).

Igualmente, se ha pretendido justificar el control difuso en México a partir de una interpretación teleológica del artículo 133º constitucional, cuya disposición respecto al control constitucional encargado por el Constituyente a los jueces ordinarios, tiene el mismo nivel jerárquico que aquellas en las cuales se establecen los distintos medios de control constitucional a cargo del Poder Judicial de la Federación.¹⁸

En forma similar, pero a través del control de convencionalidad, Ferrer MacGregor pretende justificar la posibilidad de aplicar control difuso de la constitucionalidad de las normas, de la siguiente forma: “Como puede advertirse de la última parte de esta norma constitucional (artículo 133º), los jueces locales aplicarán la ‘Ley Suprema de toda la Unión’ (donde se encuentran los tratados internacionales) cuando exista incompatibilidad con alguna otra norma que no integre dicha ‘Ley Suprema’; lo que implica que los jueces del fuero local deben, incluso, desaplicar la norma incompatible con ese “bloque de constitucionalidad. En otras palabras, es el propio texto constitucional el que otorga facultades a los jueces del fuero común para ejercer el ‘control difuso de constitucionalidad’” (FERRER, 2011, p. 953).

Al respecto, la lógica del argumento de Eduardo Ferrer descansa en dos premisas: a) si el juez puede analizar la compatibilidad de una norma interna con los tratados internacionales, entonces, por mayoría de razón, podrá efectuar dicho examen entre la norma y la Constitución, y b) las obligaciones internacionales, interpretadas por la Corte Interamericana, no invalida el control difuso de la constitucionalidad sino que establece su coexistencia con el control difuso de la convencionalidad.

Sin embargo, es factible que los contrarios al reconocimiento del control difuso de la constitucionalidad en México señalen que no necesariamente el reconocimiento del control difuso de la convencionalidad de las normas –el cual estudiaremos en el siguiente apartado– implica el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, máxime si en la Resolución del 12 de julio de 2011 de la SCJN, se ha establecido que el test de convencionalidad se relaciona al examen de compatibilidad de las normas con la Convención Americana y el denominado bloque de convencionalidad en materia de derechos humanos. Es decir, pueda ser que el operador jurídico se encuentre con una norma secundaria que vaya en contra de la parte orgánica de la Constitución (ejemplo, al atribuirse a un órgano una atribución que la Carta Magna, en exclusivo, ha delegado a otro), y ello no significa que el juez, invocando el control de convencionalidad (referida a derechos humanos), inaplique la citada norma secundaria.

¹⁸ SÁNCHEZ (2004), p. 225.

En esa inteligencia, el propio Ferrer ha establecido que en un país, no necesariamente, pueden coexistir el control difuso de la constitucionalidad con el control difuso de la convencionalidad: “En cambio, el grado de intensidad del ‘control difuso de convencionalidad’ disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el ‘control difuso de constitucionalidad’ y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto. En estos casos, es evidente que 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” (FERRER, 2011, pp. 936-937).

Por tanto, la convencionalidad no necesariamente implica un reconocimiento tácito a la constitucionalidad, sino que, se requiere de un pronunciamiento expreso por parte del máximo intérprete de la Constitución para la coexistencia de ambos sistemas de control.

En cambio, si opinamos que en un sistema donde se le reconoce, expresamente, a sus operadores jurídicos el control difuso de la constitucionalidad de las normas, ergo no habría inconveniente para un reconocimiento tácito del control de la convencionalidad de las normas, dado que, la Constitución exige la compatibilidad de las normas secundarias con la Ley Suprema y los tratados internacionales, así como, por los compromisos internacionales que se hayan asumido. Empero, este no es el caso, como se ha visto a lo largo de este punto, de México.

No obstante, ello no significa que el debate en torno a la aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas esté terminado en México. En efecto, se ha dado una nueva posición por parte de la SCJN mexicana, a mérito de su sesión de Pleno, de 25 de octubre de 2001, donde se discutió la Solicitud 22/2011 presentada por el Ministro Presidente Juan Silva Meza, con la finalidad que se modifique aquellas jurisprudencias que señalaban que México cuenta con un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las normas; ello, a razón de la Determinación Judicial Administrativa No Jurisdiccional que se desprende del caso Varios 912/2010 (relacionado con el caso Rosendo Radilla).

Al respecto, con 7 votos, el Pleno estableció por la procedencia de la solicitud; y, mediante 9 votos, el Pleno precisó que quedan sin efecto por pérdida de vigencia, aquellas jurisprudencias que indicaban la aplicación exclusiva del sistema de control concentrado de la constitucionalidad de la norma; argumentándose, durante el debate, que las mismas se han convertido en jurisprudencias históricas al darse una nueva lectura al reformado artículo 1º constitucional, reconociéndose un control difuso en torno a la constitucionalidad de las normas, fundado en la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos por parte de las autoridades.

En esa inteligencia, opinamos que al quedar como jurisprudencias históricas aquellas referentes al control concentrado de la constitucionalidad de las normas, permite hablar que México está ingresando a un sistema de control dual o mixto de constitucionalidad de las normas, dado que, por un lado se cuenta con una Suprema Corte que funge como Tribunal Constitucional y, por otro lado, el reconocimiento que todos los jueces tienen la potestad de control difuso; sin embargo, este último aún se encuentra, en México, limitado al ámbito de los derechos humanos, debido al referente normativo con que trabajó la SCJN, esto es que el control difuso de constitucionalidad en México solamente se aplica cuando la norma a inaplicar vulnera el bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos.

2.2 Los sistemas de convencionalidad de las normas, su aplicación en México y el caso Rosendo Radilla Pacheco

Si bien del apartado anterior se desprende el intenso debate existente en México en torno a reconocer a los jueces, tanto federales como locales, la atribución del control difuso de la constitucionalidad de las normas, con las implicaciones prácticas que del mismo surge –como por ejemplo si un juez local puede inaplicar una ley federal– lo cierto es que, en el ámbito de la protección de los derechos humanos, se ha dado una apertura, esto es, el reconocer el control difuso de convencionalidad de las normas. En ese sentido, en el presente apartado vamos a analizar esta figura.

El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Al respecto, el compromiso del Estado en respetar los derechos humanos presenta diversas manifestaciones, entre ellas el de adecuar su normatividad a los tratados internacionales de derechos humanos que haya suscrito; sin embargo, y a pesar de este deber de adecuación, por un tema de soberanía o una indebida interpretación del principio de supremacía constitucional, los países de la región, en determinados momentos históricos, sometieron a juicio o crítica el citado deber¹⁹ –como el caso del Perú cuando en 1999 decidió retirarse de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana;²⁰ o de México cuando los ministros que conforman

¹⁹ La norma internacional es de aplicación general sin admitir pacto en contrario, es decir que el Convenio Internacional ni siquiera puede ser contradicho por el ordenamiento constitucional.

²⁰ CASSEL (2000), pp. 69-94.

la Suprema Corte de Justicia de la Nación sometieron a consulta si podían o no revisar las decisiones de la Corte Interamericana.

No obstante, fuera de estas situaciones, el hecho que un Estado de la región suscriba la Convención Interamericana, asume los compromisos internacionales de protección de derechos humanos, como el ya mencionado deber de adecuación. Sin embargo, este deber no es de observancia exclusiva del legislador sino también del operador jurídico, dado que, la administración de justicia debe darse con respeto a los derechos humanos, y ello se extiende a la misma actividad de aplicación de las normas jurídicas.

En esa inteligencia, para garantizar el deber de adecuación, el sistema de protección de los derechos humanos ha establecido como mecanismo la denominada cláusula o control de convencionalidad, cuya expresión fue introducida por el ex Presidente de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, en su voto razonado Mack Chang con Guatemala, del 25 de noviembre del 2003, al hacer referencia a una de las atribuciones de la citada Corte. Claro está que cuando se utiliza la terminología de “control de convencionalidad”, no se quiere decir que recién a partir del citado asunto la Corte Interamericana haya ejercido tal potestad, porque desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología.²¹

El objetivo de este tipo de control es el de lograr la efectiva vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al cual los ordenamientos nacionales se hallan obligados. La novedad de toda la estructura del sistema de control de la convencionalidad radica en el concepto de Convención que maneja la Corte Interamericana. En efecto, para ella, ésta no es solamente el texto expreso de la misma sino que incluye la interpretación que de la misma ha realizado la citada Corte: “En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.²²

Al respecto, el control de convencionalidad presenta dos manifestaciones: una de carácter concentrada por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sede internacional; y otra de carácter difusa por los jueces nacionales, en sede interna.²³

²¹ HITTERS (2009), pp. 110-111.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid con Chile*, de 26 de septiembre de 2006.

²³ FERRER (2010), p. 173.

La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana. Es en realidad un control concentrado de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de 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.

El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana: 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 de violación (sea por acción u omisión), la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre algunos de sus órganos o poderes.²⁴

Dicho órgano interamericano ha dejado en claro siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones locales sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia. Por ello ha establecido –sin entrometerse en las jurisdicciones locales– que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante la Corte Interamericana, eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada.

Al respecto, el ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente en el caso Tibi, indicó lo siguiente: “... 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

²⁴ FERRER y SILVA (2011), p. 56

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.”²⁵

No obstante, al inicio, la Corte Interamericana sostenía que era improcedente la revisión supranacional si el precepto atacado no había sido aplicado. Empero últimamente el órgano aludido cambió de tornas destacando su potestad de controlar la convencionalidad de las normas locales, aun en abstracto.²⁶ En efecto, en el caso *Genie Lacayo*, la Corte había expresado que “...La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención...”;²⁷ concluyendo que no tiene aptitud para activar *ex officio* “en abstracto” el contralor de convencionalidad.

Sin embargo, y ello es la posición actual y lo que dota de contenido al control concreto o abstracto de la convencionalidad de la norma, la Corte Interamericana ha establecido que puede haber infracción al Pacto de San José aun cuando el dispositivo normativo doméstico no haya sido aplicado en un asunto concreto,²⁸ debiendo el Estado responsable adecuar su normatividad a las disposiciones de la Convención Americana.

Por otro lado, existe otro tipo de control, de carácter difuso, que debe realizarse por los jueces nacionales o domésticos de los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana.²⁹

Este control es una nueva manifestación de la constitucionalización del derecho internacional. El control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³⁰ así como, por extensión, la orientación que también brinden las decisiones emi-

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Tibi con Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004.

²⁶ REY CANTOR (2008), pp. 68-71.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Genie Lacayo con Nicaragua*, de 29 de enero de 1997.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Suárez Rosero con Ecuador*, de 12 de noviembre de 1997; *Castillo Petruzzi y Otros con Perú*, de 30 de mayo de 1999.

²⁹ SAGÜES (2010), pp. 449-468; REY CANTOR (2008), pp. 32 y ss.; ALBANESE (2008), pp. 13 y ss.; HITTERS y FAPPIANO (2007), pp. 27 y ss.

³⁰ FERRER y SILVA (2011), p. 58.

tidas por otros organismos internacionales en materia de protección de derechos humanos.

El control difuso de la convencionalidad surgió en el caso *Almonacid Avello* y otros con Gobierno de Chile, resuelto el 26 de septiembre de 2006, en donde la Corte Interamericana señaló que si el legislador falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.

Lo anterior significa que los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen, además, una obligación de realizar una “interpretación convencional”, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan compatibles con la Convención Americana, de lo contrario su proceder sería contrario al artículo 1.1 de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconvencional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado.³¹

El precedente *Almonacid* fue reiterado por la Corte Interamericana en el caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) con Perú*. En el citado fallo se invoca el control de la convencionalidad y lo precisa en dos aspectos: (1) procede de oficio, sin necesidad que las partes lo soliciten; y (2) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

Desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina, al aplicarse en los casos contenciosos siguientes: *La Cantuta con Perú* (2006) *Óbice y Otros con Barbados* (2007); *Heliodoro Portugal con Panamá* (2008); *Rosendo Radilla Pacheco con México* (2009); *Manuel Cepeda Vargas con Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay* (2010); *Fernández Ortega y Otros con México* (2010); *Rosendo Cantú y Otros con México* (2010); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña con Bolivia* (2010); *Vélez Loor con Panamá* (2010); *Gómez Lund y Otros con Brasil* (2010); así como, *Cabrera García y Montiel Flores con México* (2010).

Sin embargo, y en relación con el fundamento normativo del control difuso de la convencionalidad de las normas, la principal cuestión se encuentra en la expansión del alcance de la sentencia a países que no han sido parte de la controversia. De acuerdo al artículo 68.1 de la Convención Americana: “Los Estados Partes

³¹ Idem, p. 58.

en la Convención se comprometen cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Al respecto, pareciera que de la letra de la ley se deduce que no hay un compromiso de los Estados a cumplir con las decisiones de la Corte Interamericana en aquellos casos en que no fueron partes, o sea, la jurisprudencia general del tribunal. Es por esta razón que autores como Sagüés hablan de la creación del control de la convencionalidad como una “interpretación mutativa por adición” por la que se agrega al texto de la Convención algo que no estaba allí previsto. No obstante, el voto razonado del Juez ad-hoc Ferrer Mac-Gregor en la causa *Cabrera García con México* da cuenta de esta objeción en los siguientes términos: “Resulta evidente que la Corte IDH crea la doctrina del ‘control difuso de convencionalidad’ advirtiendo la tendencia de la ‘constitucionalización’ o, si se prefiere, ‘nacionalización’ del ‘derecho internacional de los derechos humanos’ y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento ‘hermenéutico’ y de ‘control’ de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad”.³²

De igual forma, podemos afirmar que el control difuso de la convencionalidad de las normas tiene su fundamento en el artículo 29º del Pacto de San José, en la medida en que todos los poderes u órganos de los Estados signatarios de dicho Pacto, incluidos los jueces y órganos de administración de justicia que materialmente realizan funciones jurisdiccionales, se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho documento internacional y de sus protocolos adicionales, lo cual implica, a su vez, interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitaciones a los mismos, y siempre a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana –y de manera orientativa–, las decisiones emitidas por otros organismos internacionales, en materia de derechos humanos.

Asimismo, otro rasgo significativo del control difuso de la convencionalidad de la norma la encontramos en los sujetos obligados a cumplir con el citado control. Así, en el caso *Almonacid*, la Corte hacía mención al Poder Judicial; en cambio, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores* hace referencia a que todos sus órganos de los Estados que han ratificado la Convención Americana, incluido sus jueces, deben velar por el efecto útil del pacto, y que lo jueces y órganos vinculados a la

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cabrera García y Montiel Flores con México*, de 26 de noviembre de 2010.

administración de justicia en todos los niveles están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad.

La intencionalidad de la Corte Interamericana es clara: definir que la doctrina del control de convencionalidad se debe ejercer por todos los jueces, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.³³

Ahora bien, en el caso de México, la SCJN, y a diferencia de lo que sucede en el control de constitucionalidad de las normas, acaba de reconocer el sistema de control difuso de la convencionalidad de las normas.

En efecto, la citada posición es a consecuencia de la sentencia del 23 de noviembre de 2009, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla con Estados Unidos Mexicanos, que hicimos alusión en la introducción del presente estudio. Al respecto, Rosendo Radilla Pacheco era un hombre involucrado en la vida política y en obras sociales en Atoyac de Álvarez, Guerrero, en particular de la organización de caficultores y campesinos de la zona. El 25 de agosto de 1974, el señor Radilla Pacheco, de 60 años de edad, y su hijo Rosendo Radilla Martínez, de 11 años, viajaban en autobús desde Atoyac de Álvarez a Chilpancingo, Guerrero. El autobús fue detenido en dos ocasiones por retenes. En el segundo retén, agentes militares retuvieron al señor Radilla con el argumento que componía “corridos”,³⁴ y dejaron libre únicamente al menor. Posterior a su detención, el señor Radilla Pacheco fue visto por última vez en el Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez con signos de maltrato físico.

En el año 2005, a raíz de la denuncia por desaparición forzada realizada por los familiares de Rosendo Radilla, el Segundo Juzgado de Distrito en el Estado de Guerrero emitió una resolución mediante la cual ordenó la aprehensión del señor Francisco Quiroz Hermosillo (Teniente Coronel de Infantería del Ejército Mexicano) y declinó su competencia por razón del fuero a favor del Juzgado Militar correspondiente.

Luego de diversa tramitación ante el Juez Primero Militar y el Juez Cuarto Militar, el 29 de noviembre de 2006 este último dictó un auto de sobreseimiento por extinción de la acción penal por muerte del imputado Francisco Quiroz Hermosillo, quien falleció el 19 de noviembre de ese año.

³³ FERRER (2011), p. 927.

³⁴ El “corrido” es un canto de género épico-narrativo que deriva del romance castellano y de la jácara. El corrido comenzó a cantarse, como expresión popular mexicana, a fines del Siglo XIX, haciendo el relato cantado de las hazañas de quienes se rebelaban contra el gobierno de Porfirio Díaz. Ahora bien, los corridos compuestos por el señor Rosendo Radilla Pacheco se referían a hechos acontecidos en Atoyac de Álvarez, así como de las luchas campesinas y sociales de la época: FERRER y SILVA (2011), p. 6.

El 15 de marzo de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda en contra de México, la cual se originó en la denuncia presentada el 15 de noviembre de 2001 por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y por la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México.

En su sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado mexicano por violación a diversos derechos humanos (vida, integridad, libertad personal, protección judicial, entre otros) consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese sentido, se destacan los siguientes puntos resolutivos:

(a) Que es inconveniente –por violación al principio del juez natural– que los jueces militares tengan competencia para juzgar violaciones a derechos humanos, pues de tales actos debe conocer la jurisdicción ordinaria, máxime que los jueces castrenses sólo son competentes para juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

(b) Que las víctimas (familiares) de actos contrarios a derechos humanos cometidos por militares, tienen el derecho fundamental a una vía impugnativa efectiva para impedir que tales actos sean juzgados por la jurisdicción militar, máxime que su participación en procesos penales no debe entenderse limitada a la mera reparación del daño, sino a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia ante tribunales competentes.

(c) Que los jueces de los Estados miembros deben ejercer un control judicial de las leyes nacionales tomando como parámetro los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia interamericana.

(d) Que los jueces nacionales deben interpretar la Constitución a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y sus protocolos adicionales).

(e) Que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden establecer obligaciones y reparaciones concretas que debe cumplir directamente el Poder Judicial del Estado.

Este último tema suscitó dudas al seno de la SCJN mexicana, en donde algunos ministros cuestionaron la obligatoriedad de la jurisprudencia y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que dio lugar a uno de los primeros debates más claros dentro del Estado mexicano sobre las relaciones entre ambos tribunales constitucionales; siendo irónico que haya sido tema de debate y discusión si la SCJN debe o no cumplir con los derechos humanos de fuente internacional, cuando precisamente una de sus tareas cen-

trales es garantizar a los individuos los espacios de libertad frente a los poderes públicos.³⁵

Al respecto, el debate de los ministros de la SCJN en torno a si el Poder Judicial de la Federación resulta obligado o no al cumplimiento de la sentencia Radilla, se actualizó a propósito de una consulta a trámite promovida por el entonces ministro presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, con el fin de cuestionar al Tribunal Pleno las medidas a seguir para atender la sentencia y las medidas de reparación, ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla, por considerar muy trascendente la posición y las acciones que el Poder Judicial de la Federación debería adoptar al respecto.

Dicha consulta a trámite dio lugar al “Expediente Varios 489/2010”, así como, una serie de debates públicos, por los cuales se derivaron dos temas principales: a) si una sentencia internacional es o no vinculante para la SCJN, y b) si la sentencia Radilla tiene o no eficacia directa, así como, si debe ser cumplida o no por los jueces nacionales sin mediación o coordinación con el Poder Ejecutivo y el Legislativo a esos efectos.

Posteriormente, durante las sesiones del 5, 7 y 12 de julio de 2011, la SCJN, dentro del “Expediente Varios 912/2010”, estableció lo siguiente:

A. ¿Frente a las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pueden revisar las salvedades, reservas y declaraciones interpretativas por parte de esta Suprema Corte de Justicia? **Por mayoría de 8 votos** se estableció que frente a las sentencias condenatorias no se pueden revisar las excepciones y salvedades o interpretaciones hechas por el Estado mexicano.

B. ¿Las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos? **Por unanimidad de votos** se estableció que sí, con las salvedades de los Ministros: Aguirre Anguiano, Aguilar Morales, Franco González Salas, y Luna Ramos.

C. ¿Los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son orientadores o son obligatorios para el Poder Judicial de la Federación? **Por mayoría de 6 votos** se determinó que los criterios interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son orientadores.

D. Del contenido de los párrafos 337 a 342 de la sentencia dictada por la CIDH en análisis (Caso Radilla), ¿también resultan obligaciones para los jueces del Estado mexicano, particularmente al ejercer el control de convencionalidad que hemos reconocido obligatorio? **Se determinó que sí, por unanimidad de 10**

³⁵ FERRER y SILVA (2011), p. 5.

votos. Ausente en esta votación la Ministra Luna Ramos (por comisión del Pleno). Con salvedades de los Ministros, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales.

E. ¿Los jueces del Estado mexicano deberán replicar en casos futuros el criterio de restricción del fuero militar en cumplimiento de la sentencia Radilla y en aplicación del artículo 1º constitucional? **Se determinó que sí, por unanimidad de 10 votos.** Ausente en esta votación la Ministra Luna Ramos (por comisión del Pleno).

F. ¿La Suprema Corte de Justicia de la Nación para la efectividad del cumplimiento y en aplicación del artículo 1º constitucional, deberá reasumir su competencia originaria en relación de casos concretos? **Se determinó que sí por unanimidad de 10 votos.** Ausente en esta votación la Ministra Luna Ramos (por comisión del Pleno).

De esta forma, la SCJN mediante Resolución estableció lo siguiente:

Uno: Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial Federal.

Dos: La jurisprudencia del Tribunal Internacional, es decir los criterios que establece en sus sentencias, no son obligatorios para los jueces mexicanos, sólo son orientadores.

Tres: Todos los jueces, sin excepción, están obligados a verificar que las leyes que aplican no violen, ni la constitución, ni los tratados internacionales.

Cuatro: Los militares que cometan delitos contra ciudadanos serán juzgados por tribunales civiles.

Cinco: Todos los jueces deberán aplicar este criterio en casos futuros, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y conforme al artículo primero de la constitución federal.

Seis: Cuando existan dudas sobre la competencia de los tribunales civiles o militares, intervendrá la Suprema Corte de Justicia.

Esta decisión de la SCJN se construyó a partir de la conjunción de los siguientes elementos jurídicos: el artículo 133º constitucional (por lo que, el principio de supremacía constitucional si genera un tipo de control por parte de los operadores jurídicos); el artículo 1º constitucional, cuya reciente reforma incorpora los derechos humanos como principio fundamental del constitucionalismo; y la ya señalada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Radilla.

Sin embargo, debemos de ser cuidadosos, la SCJN, incluyendo lo señalado en su sesión del 25 de octubre de 2011, no ha reconocido, en plenitud, el **control difuso de la constitucionalidad de las normas** –en el sentido original norteamericano– pero si el **de convencionalidad de las normas**, dado que, como México ha

ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un control de convencionalidad entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado.

No obstante, si tomamos en cuenta la dinámica del sistema jurídico mexicano debemos de prestar atención a los riesgos que ha señalado el actual ministro de la SCJN, José Ramón Cossío, los cuales reproducimos en la siguiente cita: "... el contenido de la resolución —el del 12 de julio de 2011— no es definitivo, pues está sustentado en una mayoría de votos de los ministros. Si cambia la integración o cambian los pareceres, esta determinación se cae. Y regresamos a un sistema concentrado, regresamos a un control sin convencionalidad tan abierta (...) la resolución "no es una conquista permanente", y que la concepción *pro homine*, el control de convencionalidad y el control difuso, contenidos en la resolución, pueden desaparecer aunque no se modifiquen las leyes de amparo ni la reforma constitucional en materia de derechos humanos (...) la vulnerabilidad de la resolución descansa, en parte, en que no se mencionó la obligatoriedad de los miembros del Poder Judicial a tomarla en cuenta, porque así no se arman consensos (...) Si la SCJN mantiene su criterio, da igual que sea jurisprudencia o no, si decide abandonar su criterio, da igual que hubiera sido jurisprudencia obligatoria o no, es una conquista muy tenue, muy suave que puede perder cualquier posibilidad." (COSSIO, 2011b, 10).

Pero, mientras este cambio no suceda debemos de celebrar tremenda apertura para la protección de los derechos humanos en México. En efecto, el reconocimiento que ha efectuado la SCJN en torno al deber de todo juez —federal o local— de aplicar el control difuso de convencionalidad de las normas, implica que los citados operadores jurídicos tienen la obligación de aplicar, en su ámbito competencial, además de las legislativas, medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas, sino también de las convenciones internacionales de las que México sea parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevan a cabo los organismos internacionales.

Por tanto, podemos aspirar a una apertura del monopolio de control que ejerce actualmente la SCJN mexicana, reconociendo, en el presente, la obligación de control de convencionalidad de las normas, para en un futuro, establecer el poder-deber de todos los jueces en el control difuso de la constitucionalidad de las normas, que al menos ya se les autorizó para con el tema de los derechos humanos.

3. LA FIGURA DEL JUEZ DE CONTROL EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO MEXICANO

En principio, debemos indicar que el control jurisdiccional, más que un cargo, es una función o rol, que es ejercida por cualquier órgano del Poder Judicial; en ese sentido, el respeto a los derechos constitucionales de los intervinientes en el proceso penal no es atribución exclusiva del juez que participa en la investigación, sino una obligación de todos aquellos que componen al órgano de impartición de justicia, al constituir una garantía para los justiciables.

Ahora bien, si en la estructura del proceso penal acusatorio identificamos al juez de control, el mismo debe ser entendido como una nomenclatura que la normatividad ha utilizado para el operador jurídico que participa en las etapas de investigación e intermedia.

En ese sentido, el juez de control es aquel operador jurídico que ejerce una vigilancia de los derechos constitucionales (intimidad, libre comunicación, inviolabilidad del domicilio, libertad personal, propiedad, etc.) de los sujetos procesales, durante las fases de investigación e intermedia; garantizándoles una respuesta pronto e inmediata, bajo las reglas del control judicial, sobre aquellas diligencias, actos procesales o comportamientos de las agencias formales del sistema de justicia penal que pongan en peligro o lesionen los derechos constitucionales de los sujetos procesales.

Asimismo, asegura la legalidad de la prueba, ejerce una protección a la comunidad, resuelve la oposición por la aplicación del Ministerio Público del principio de oportunidad, dejándose en claro que no atiende a la resolución del juicio de responsabilidad, sino a los aspectos previos a la fase procesal.

Al respecto, Germán Martínez señala lo siguiente: "... uno de los funcionarios que va a tener en la práctica diaria, la tarea probablemente más relevante para la aplicación bien entendida de los principios del modelo acusatorio, va a ser el denominado juez de control. Ejercidas a cabalidad sus facultades, dicho juzgador va a someter a los cauces de la legalidad, más aún, de la constitucionalidad, las acciones de los otros operarios del sistema en la fase inicial del proceso, que es la parte más delicada y de indeseable dificultad, pues, tradicionalmente es ahí donde ocurren mayores abusos e irregularidades, por tanto, dicho funcionario judicial tiene la ineludible obligación de comprender que es lo que la Constitución, la ley en general, la sociedad y su propia naturaleza esperan de él." (MARTÍNEZ, 2009, pp. 177 - 178). Para María Horvitz y Julián López, es el órgano jurisdiccional unipersonal y letrado, con competencia para ejercer las atribuciones que la ley reconoce desde el inicio de la etapa preliminar hasta el dictado del auto de apertura de juicio oral que da término al procedimiento intermedio (HORVITZ y LÓPEZ, 2002, p. 200).

Asimismo, Alejandro Aponte, en el contexto del sistema de justicia penal de Colombia, indica que "el juez de control debe ponderar en diversos even-

tos el necesario ejercicio de la acción estatal de verificación de la sospecha, de búsqueda de la verdad y de acopio del material probatorio, con la preservación de los derechos y garantías constitucionalmente previstos para la persona procesada. En diversas actuaciones, el juez deberá ponderar el correcto y necesario desenvolvimiento de la función de la justicia penal, con la preservación de los derechos y garantías; deberá valorar la legalidad y legitimidad de la intromisión estatal en los derechos fundamentales, frente a las necesidades de la persecución penal, es por ello que la búsqueda en ficheros que contienen datos personales de estudiantes universitarios en forma masiva es inconstitucional y seguramente estaríamos violando postulados de los Derechos Humanos. Ha de individualizarse la causa probable del presunto imputado, pues deben existir motivos razonablemente fundados, como informes de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante o elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud, que la consumación del punible tiene como presunto autor o partícipe al titular de los datos personales almacenados en los ficheros universitarios” (APONTE, 2004, p. 20).

En ese escenario, el juez de control participa en las dos primeras etapas del proceso penal: investigación e intermedia. Sin embargo, en la eventualidad que las libertades fundamentales de los sujetos procesales se estuviesen vulnerando en las otras etapas procesales (juzgamiento y ejecución de sentencia), no significa que se dejará impune, por la falta de participación del juez de control; por el contrario, somos de la opinión que los jueces que participan en las últimas etapas procesales, tienen la responsabilidad de ser garantes del respeto a los derechos constitucionales, a pesar que no tienen el calificativo de juez de control.

4. EL JUEZ DE CONTROL COMO GARANTE DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.³⁶

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cabrera García y Montiel Flores con México*, de 26 de noviembre de 2010.

Frente a este panorama el juez de control no está exento de cumplir con esta obligación, aun si las partes intervinientes en el proceso penal no lo hayan solicitado. En esa inteligencia, en el presente apartado estableceremos el armazón operativo que requiere el citado operador jurídico para cumplir con tal cometido, para luego finalizar con el estudio de determinados casos prácticos.

4.1 Características del control difuso de la convencionalidad de las normas

Siguiendo al jurista que ha estudiado más el tema del control de convencionalidad en México, el Dr. Ferrer Mac-Gregor,³⁷ podemos identificar las siguientes características del control difuso de la convencionalidad de las normas:

(a) El juez nacional como juez interamericano. Los jueces de los Estados parte se convierten en guardianes de la convencionalidad de las leyes –federales y locales– y demás actos nacionales, al permitirles realizar un ejercicio o test de compatibilidad entre éstos y la Convención Americana.

Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva “misión” que ahora tienen para salvaguardar el *corpus iuris* interamericano a través de este nuevo “control”.

(b) Carácter difuso. Se encomienda dicho control a todos los jueces nacionales, sin importar la materia, jerarquía o si son jueces ordinarios o constitucionales, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos, especialmente al crearse las “garantías” y “órganos” internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una internalización del derecho constitucional, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccio-

³⁷ FERRER (2010), pp. 151 y ss.; FERRER (2011), pp. 928 y ss.; FERRER y SILVA (2011), pp. 66-68.

nales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.

(c) *Ex officio*. Este control lo deben realizar los jueces nacionales con independencia de petición o solicitud de parte, en el caso que estén conociendo. En esa inteligencia, la obligación de los jueces es el de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una interpretación convencional de la norma nacional, sin estar condicionada a las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto.

Pudiera suceder, incluso, que en el ámbito interno procedan recursos o medios de defensa adecuados y eficaces para combatir la falta o inadecuado ejercicio del control difuso de convencionalidad por algún juez (por ejemplo, a través de una apelación, recurso de casación o proceso de amparo), al no haberse realizado *ex officio* dicho control. Se trata de una nueva vertiente del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho y la jurisprudencia convencional).

(d) Bloque de convencionalidad. Si bien la doctrina de la Corte Interamericana limita el ámbito de control a la Convención Americana, lo cierto es que atendiendo al *corpus iuris* interamericano, debe extenderse a sus protocolos adicionales (y en ciertos casos a otros instrumentos internacionales), de conformidad al reconocimiento de cada Estado y de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana; asimismo, debe también extenderse a la jurisprudencia de dicho tribunal regional.

Al respecto, la Corte Interamericana ha indicado que: “El corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto 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 lo tanto, esta 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.”³⁸

Asimismo, el juez nacional debe aplicar la jurisprudencia convencional, aun en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo define la integración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, orientada a crear un estándar en la región sobre la aplicabilidad y efectividad del *corpus iuris* interamericano.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-16/99*, de 2 de octubre de 1999.

(e) Efectos. Las normas y actos inconventionales carecen de efectos jurídicos desde un inicio, lo cual repercute evidentemente en los actos derivados de aquéllos.

En ese sentido, el resultado del examen de compatibilidad entre la norma nacional y el bloque de convencionalidad consiste en dejar sin efectos jurídicos aquellas interpretaciones inconventionales o las que sean menos favorables; o bien, cuando no puede 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 –que en el caso del juez de control, únicamente podrá disponer la no aplicación de la norma inconventional al caso concreto que está conociendo.

4.2 Principios ha ser observados para el control difuso de la convencionalidad de las normas

Sin la intención de agotar la gama de principios observables en el ejercicio del control difuso de la convencionalidad de las normas, pretendemos señalar los siguientes:

(a) *Principio de buena fe y del effet utile*. Este principio, que se desprende de uno mayor, el *Pacta Sunt Servanda*, constituye el fundamento para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales. En ese sentido, la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, y también a adecuar la normatividad inconventional existente, debido a que las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe, y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno.

La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales.³⁹

Al respecto, García Ramírez, en su voto razonado en el caso Mack Chang, señaló lo siguiente: “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

³⁹ FERRER (2011), p. 949.

al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribución que señale el derecho interno.⁴⁰

Así, el juez de control, en el ámbito del proceso penal sujeto a su competencia, puede realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) las cuales sean conforme al *corpus iuris* interamericano, e incluso a no aplicar aquellas que contravengan de manera absoluta el referido “bloque de convencionalidad”, para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente por violar los compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.

(b) *Principio pro homine*. Este principio implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

Ahora bien, este principio se ve contemplado en los artículos 29º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscritos por México; por lo que, y conforme al artículo 133º constitucional, este principio debe aplicarse en forma obligatoria por los operadores jurídicos. En esa inteligencia, si el juez de control encuentra una incompatibilidad entre la norma interna con algún tratado internacional de derechos humanos, el principio *pro homine* le exige que aplique la norma que ampare de modo más amplio los derechos humanos.

(c) *Principio de convencionalidad*. Como México se comprometió a respetar los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales que voluntariamente se han sometido, entonces los jueces y tribunales nacionales están sujetos al imperio del denominado bloque de convencionalidad, que les obliga aplicar las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, así como, la jurisprudencia de la Corte Interamericana –y de forma orientativa lo resuelto por otros organismos internacionales en materia de derechos humanos, como por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En ese orden de ideas, el juez de control –y todos los operadores jurídicos– debe de conocer, que hasta la fecha, México ha suscrito los siguientes tratados internacionales en los que se reconocen derechos humanos: 1. Carta de la Organización de los Estados Americanos (13.01.1949). 2. Carta de las Naciones Unidas (9.10.1946). 3. Convención Americana sobre Derechos Humanos (7.05.1981).

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Mack Chang con Guatemala*, de 25 de noviembre de 2003.

4. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (25.08.2000). 5. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (9.10.1946). 6. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (22.06.1981). 7. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (12.05.1981). 8. Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1.09.1998). 9. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (3.05.2002). 10. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinados a abolir la pena de muerte (26.10.2007).

Asimismo, México ha suscrito una serie de tratados internacionales en materia de asilo, derecho internacional humanitario, desaparición forzada, personas con discapacidad, discriminación racial, educación y cultura, esclavitud, genocidio, medio ambiente, menores, migración y nacionalidad, minorías y pueblos indígenas, mujeres, penal internacional, propiedad intelectual, refugiados, salud, tortura y trabajo, los cuales podrán ser consultados en el documento de la SCJN denominado: Reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos, de junio de 2011.

(d) *Principio de supremacía convencional.* La supremacía “constitucional” se está redimensionando, a partir del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo pasado. Los Estados se comprometen a respetar los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales, creándose asimismo órganos de promoción, supervisión y control, donde los tribunales regionales en la protección de estos derechos tienen una especial incidencia en los órdenes jurídicos nacionales. Lo anterior se advierte en nuestra región, en la que la Convención Americana sobre Derechos Humanos adquiere una prevalencia superior respecto de cualquier norma interna, como se ha puesto en evidencia con la evolutiva jurisprudencia convencional, que hace suponer una “supremacía convencional”.⁴¹

4.3 Las normas jurídicas materia del control difuso de la convencionalidad de las normas

Una consecuencia de la violación de las disposiciones supranacionales es la necesidad de “adecuar” o, lo que es lo mismo, “amoldar” o “adaptar”, las reglas del derecho interno a los Tratados. Esto implica que si los preceptos domésticos –sean legislativos o de cualquier otro carácter –, y las prácticas estatales de cualquiera de los tres poderes, no protegen debidamente las libertades fundamentales

⁴¹ FERRER y SILVA (2011), p. 66.

enunciadas por el derecho internacional, la nación debe adecuarlas, y, en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema, o crear las que corresponda.⁴² Ello, de acuerdo con el deber general del Estado de ‘adecuación’ de las reglas domésticas, establecido en los artículos 1.2 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, Sagües señala que: “...cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) está sometida al control de convencionalidad. En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de norma y, por ende, está captada por dicho control. Incluso, la constitución nacional no exceptuada en los veredictos aludidos. En este tramo tan importante de la doctrina que referimos, se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así condición de supraconstitucionalidad. Por ello, como en el caso de ‘La Última Tentación de Cristo’, cit., por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después...”. (SAGÜES, 2009, p. 3).

En ese orden de ideas, el control de convencionalidad tiene que hacerse a través de una “comparación” –que deben cumplir los judicantes del país – entre las reglas internas de esencia legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter, por un lado; y los Tratados aludidos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en suma, con todo el bloque de convencionalidad, por el otro. Sin embargo, la Corte Interamericana no ha hecho una descripción de qué tipo de preceptos locales deben ser controlados; no obstante, se considera que cualquier regla de alcance general y abstracto mal aplicada (ley, decreto, ordenanza, actos administrativos, constituciones federales y estatales), tiene que estar incluida en el concepto aludido.

En esa inteligencia, el afirmar, por ejemplo, que el juez de control, aplicando la cláusula de convencionalidad, inaplica una norma federal por considerarla contraria al bloque de convencionalidad, conllevaría a más de un jurista en México en romperse las vestiduras. En efecto, el actual ministro de la SCJN, Aguirre Anguiano, en su análisis en torno al control difuso de la constitucionalidad de las normas, ha precisado que el mismo generaría un escenario de inseguridad jurídica: “La multiplicidad de interpretaciones constitucionales generará incerteza del derecho, pues como el juicio de amparo es un proceso constitucional dispositivo en la acción procesal, sólo cuando alguien acuda a la jurisdicción federal podrá acceder a interpretaciones

⁴² HITTERS (2009), p. 120.

de tribunales de la Federación. El resto del derecho constitucional sería definido por tribunales locales, incluidos algunos no judiciales como los laborales y algunos contencioso administrativos, creándose un desorden jurisprudencial que mermará la calidad del estado de derecho.” (AGUIRRE, 2011, p. 20).

Si este es el temor por el control difuso de la constitucionalidad, entonces será una pesadilla el control difuso de la convencionalidad, dado que, si dudamos de la calidad de interpretaciones constitucionales por parte de nuestros operadores jurídicos, qué nos queda en cuanto a sus interpretaciones convencionales. Ello, sin perjuicio de indicar que las palabras del ministro Aguirre conllevan a descalificar el profesionalismo de los jueces estatales mexicanos y, por ende, de todo el aparato de justicia del país.

Felizmente, la opinión de una persona no es suficiente para calificar la calidad de trabajo del juez mexicano; pero en el fondo ello no es el problema principal, dado que, el quid del asunto es que el Estado mexicano debe de cumplir con sus obligaciones internacionales, entre ellas, el que todo juez debe de analizar la compatibilidad de las normas internas, dentro del ámbito de su competencia, con el bloque de convencionalidad protector de los derechos humanos; y si para ello, se debe examinar normas estatales y federales, entonces el operador jurídico lo deberá hacer, porque detrás de ello no está un tema de inseguridad jurídica (si ello fuese así, cada país estaría condenado al desorden al permitir la interpretación judicial de las normas legales), sino de la necesidad de proteger los derechos humanos de cualquier persona. Y si la decisión del operador no es conforme a la cláusula de convencionalidad, entonces el afectado podrá recurrir a los recursos internos, o bien a las instancias internacionales en búsqueda de una tutela jurídica efectiva en torno a sus derechos.

Finalmente, queremos señalar que, en los países donde la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema es obligatoria para los tribunales inferiores, ella reviste el carácter de ‘norma’ o ‘ley’ y, por ende, puede y debe ser incluida en el contralor al que nos venimos refiriendo.⁴³

4.4 El control difuso de la convencionalidad de las normas penales. Casos prácticos relacionados con las atribuciones del juez de control

Son muy variadas las proposiciones que como consecuencia de la consagración del bloque de convencionalidad se pueden extraer para todas y cada una de las parcelas que conforman el ordenamiento jurídico de México; pero en ningún sector logran la especial relevancia que alcanzan en la parcela destinada al Derecho penal;

⁴³ HITTERS (2009), p. 121; ROSELL 2007, (p. 468).

fundamentalmente, en razón de que la principal de las herramientas con que cuenta el Derecho punitivo, la pena privativa de libertad, se constituye en la intervención más violenta que el Estado social y democrático de Derecho se puede permitir en el ámbito de las libertades y derechos fundamentales de la persona humana.⁴⁴

En el ámbito del proceso penal esta relevancia alcanza su grado máximo, pues es en él, que el Estado ejercerá toda su fuerza para pretender aplicar dicha pena al responsable de un delito. El Estado define las reglas procesales, diseña el proceso, determina la competencia de los funcionarios estatales, fija los casos de afectación de los derechos fundamentales del imputado, con la finalidad de aplicar el Derecho Penal. Mientras que el imputado, es la persona humana que ingresa al proceso penal dominado por el Estado, en franca desigualdad material, para defender su libertad personal. En el proceso penal tiene lugar el conflicto entre el poder punitivo estatal y la libertad personal del imputado, y como se verá, es un conflicto que tiene raíces constitucionales. De ahí que se afirme con razón, que es el Derecho procesal penal el que se encuentra más fuertemente condicionado por la normatividad constitucional⁴⁵ y, ahora, convencional.

En esa inteligencia, tanto la Constitución, así como los instrumentos internacionales de Derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cristalizan las grandes decisiones tomadas o adquiridas por la nación en materia de política criminal.⁴⁶ Sin embargo, ello no nos impide afirmar que, en la actualidad, observamos una proliferación de normas penales lesivas a los derechos humanos; es decir, un abuso de las normas penales, el cual se caracteriza de un lado por la excesiva proliferación de leyes penales y del otro por la ampliación y ambigüedad de los tipos penales, así como por el relajamiento de garantías en la ley penal.⁴⁷

Ahora bien, vamos a someter a un examen de control de la convencionalidad cuatro disposiciones legales establecidas en la legislación estatal de aquellas Entidades Federativas mexicanas que han implementado el sistema acusatorio:

1. El acceso restringido del imputado a los registros de la investigación: artículo 153º, fracción VI, segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México de 2009.

2. La aplicación de medidas cautelares por parte del Ministerio Público: artículo 180º, segundo y tercer párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México de 2009.

⁴⁴ MAURACH y ZIPF (1994), p. 8; ROXIN (1997), p. 65.

⁴⁵ TIEDEMANN (1991), p. 57.

⁴⁶ BINDER (1992), p. 55.

⁴⁷ ROSALES (2006), p. 431.

3. La intervención de comunicaciones privadas sin orden judicial: artículo 280ter, fracción III del Código Procesal Penal de Zacatecas de 2008.

4. La práctica de exámenes corporales sin consentimiento del examinado: artículo 278º del Código Procesal Penal de Durango de 2009.

A continuación, se examinarán estos casos.

4.4.1 el acceso restringido del imputado a los registros de la investigación

El artículo 153º, fracción VI, segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México de 2009, dispone que: “El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa...”.

La citada disposición regula el derecho del imputado a conocer los registros de la investigación a que se le está sometiendo. Ello guarda relación con el derecho a la defensa, dado que, el acceder a los datos de investigación, le permitirá al imputado preparar mejor su defensa. Sin embargo, de la citada norma legal se desprende que el ejercicio del derecho al acceso a los registros de investigación se ve condicionado a los siguientes supuestos:

- (a) Que el imputado se encuentre detenido;
- (b) Que el imputado vaya a ser entrevistado o rinda su declaración, y
- (c) Que el imputado vaya a comparecer, por primera vez, ante el juez.

Se entiende, por exclusión, que los dos últimos supuestos opera cuando el imputado no se encuentre detenido. Ahora bien, ¿qué ocurriría si el imputado no detenido acude por primera vez al Ministerio Público para la realización de cualquier diligencia distinta a la toma de su entrevista? ¿Deberá celebrarse dicha diligencia con un imputado que ignora los registros de investigación por no estar detenido ni tampoco se le pretenda recibir su entrevista?

Con una interpretación exegética de la norma antes citada y considerando que la entrevista del imputado no es una obligación del Ministerio Público, sino una diligencia de investigación cuya realización –en tiempo y forma– queda a discreción de la autoridad ministerial, al ser el director de la investigación, la respuesta sería que, mientras el imputado no esté bajo la condición de detenido y no se le pretenda recibir su entrevista, ni enviarlo para que comparezca ante el juez, entonces no podrá acceder a los registros de la investigación y, por consecuencia, preparar, adecuadamente, su defensa.

Asimismo, la situación se complica cuando el dispositivo en estudio es una reproducción exacta del artículo 20º constitucional, fracción VI, segundo párra-

fo; por lo que, en principio no sería anticonstitucional imponer restricciones al derecho de acceso a los registros de la investigación.

Frente a ello, ¿a quién podrá recurrir el imputado cuando, por las razones señaladas *ut supra*, no tiene acceso a los registros de la investigación? En principio, sería al agente del Ministerio Público o al inmediato superior de éste, indicándole que, si bien, no está detenido, ni le va a recibir entrevista o declaración, ni es el momento para que comparezca por primera vez ante el juez, no podrá preparar adecuadamente su defensa por el desconocimiento de los citados registros, por lo que, invocando los principios de lealtad y buena fe, solicita el acceso a los mismos.

Al respecto, y es altamente probable, que en sede ministerial no le concedan al imputado lo que está solicitando, por la no actualización del artículo 20º constitucional, anteriormente señalado; por lo que, el imputado deberá recurrir ante otra autoridad, esto es, la judicial, a fin de obtener amparo a su pretensión. En efecto, de acuerdo con el artículo 16º constitucional, el imputado encuentra en el juez de control a la autoridad encargada de velar por el respeto a sus derechos fundamentales, por lo que, su solicitud de tutela judicial ante la citada autoridad es completamente de acuerdo a Derecho.

Claro está, que cuando el juez de control convoque a las partes a una audiencia a fin de resolver el pedido del imputado de acceder a los registros de la investigación, el Ministerio Público indicará que no hay derecho fundamental afectado, dado que, simplemente no se ha actualizado los supuestos de acceso a la información señalados en el artículo 20º constitucional, fracción VI, segundo párrafo. En esa inteligencia, ¿acabarán las esperanzas del imputado? ¿El juez de control podrá encontrar en alguna fuente jurídica distinta al artículo 20º constitucional, el argumento para acceder a lo solicitado por el imputado?

Al respecto, el artículo 8, fracción II, letra c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrito por México el 7 de mayo de 1981, establece que: “2. (...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”.

Asimismo, el artículo 14º, fracción III, letra b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por México el 22 de junio de 1981, señala que: “3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”.

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno al artículo 8.2 letra c) de la Convención Americana; en efecto, el citado organismo señaló que afecta al derecho a una defensa

adecuada cuando al imputado recién le conceden el acceso al expediente un día antes al dictado de su sentencia.⁴⁸

Si bien es cierto, a tal extremo no llega el artículo 153º, fracción VI, segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México de 2009, así como el artículo 20º constitucional, fracción VI, segundo párrafo, también lo es que no existe una razón que justifique que el imputado –no detenido– espere ser entrevistado o vaya a comparecer por primera vez ante el juez para que recién pueda acceder a los registros de la investigación, cuando por el solo hecho de tomar conocimiento de una investigación en su contra, pueda ya acceder al contenido de dichos registros, con independencia del tipo de diligencia que se vaya o se esté realizando; de lo contrario, el indiciado no tendrá un conocimiento completo y oportuno de aquella información que impactará en su situación jurídica.

En efecto, la investigación es una tarea introductoria que permite desplegar las demás fases procesales; es una labor constante que perdurará durante todo el proceso penal, por lo que, lo actuado y registrado en la misma debe ser de conocimiento del indiciado, por el solo hecho de conocer que está sometido a una investigación o bien cuando se le haya detenido.

Por tanto, el juez de control, en aplicación de los tratados internacionales y jurisprudencia de la Corte Interamericana mencionados en los párrafos anteriores (principio de convencionalidad), los cuales detentan preferencia en su aplicación antes que a la normatividad interna (principio de supremacía convencional), así como, adecuando la legislación procesal a lo más favorable al imputado, como titular de derechos por su sola condición de persona humana (principio *pro homine*), el citado operador jurídico está justificado en *inaplicar el artículo 153º, fracción VI, segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales de Estado de México de 2009, así como, el artículo 20º constitucional, fracción VI, segundo párrafo*, por ser violatoria al derecho humano de que todo imputado tiene el derecho a preparar adecuadamente su defensa, previsto en el artículo 8.2 letra c) de la Convención Americana, ordenando que el imputado no detenido tenga acceso a los registros de la investigación sin estar condicionado a que previamente sea entrevistado o vaya a ser conducido ante el juez.

4.4.2 la aplicación de medidas cautelares por parte del ministerio público

El artículo 180º del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, en los párrafos segundo y tercero, dispone lo siguiente: “La imposición de medidas

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Castillo Petruzzi y Otros con Perú*, de 30 de mayo de 1999; *Cortal Benavides con Perú*, de 18 de agosto de 2000; *Lori Berenson Mejía con Perú*, 25 de noviembre de 2004.

cautelares y providencias precautorias compete al juez de control y al Ministerio Público, conforme a lo dispuesto en este Código.

El Ministerio Público impondrá medidas cautelares y providencias precautorias en la etapa de investigación, de oficio o a petición de la víctima u ofendido, las cuales serán revisadas por la autoridad judicial en los términos establecidos en el artículo 192.1 de este Código”.

Al respecto, y mediante el recurso de interpretación sistemática (artículo 192º, último párrafo del texto adjetivo mexiquense), las medidas cautelares que el Ministerio Público puede imponer al imputado son: a) la exhibición de una garantía económica en los términos fijados por el Código de Procedimientos Penales; b) la obligación de presentarse periódicamente ante el Ministerio Público; c) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares; d) la prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa, y e) la separación inmediata del domicilio cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima u ofendido conviva con el destinatario de la medida.

El principal elemento a considerarse en el dictado de una medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el imputado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, el peligro de que el imputado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso, puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada.

Ahora bien, la pregunta es ¿si el Ministerio Público está legitimado para imponer medidas cautelares? Al respecto, el artículo 21º constitucional señala como facultades de la autoridad ministerial, en forma enunciativa más no limitativa, la dirección de la etapa de investigación, el ejercicio público de la acción penal y la aplicación de criterios de oportunidad; asimismo, el citado artículo constitucional indica que la imposición de las penas, su modificación y su duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial. En ese sentido, no hay mención de alguna competencia exclusiva y excluyente para la imposición de medidas cautelares en el proceso penal. Sin embargo, hay que mencionar que el Estado de México es la única Entidad Federativa que al implementar el proceso penal acusatorio, faculta al Ministerio Público el imponer hasta cinco medidas cautelares.

No obstante, la omisión de mención en la Constitución Federal no impide recurrir al bloque de convencionalidad para establecer si tal facultad a la autoridad ministerial implica una afectación a los derechos humanos. Al respecto, el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

Asimismo, en cuanto a la jurisprudencia, la Corte Interamericana ha establecido lo siguiente: “... en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse. (...) la Corte considera que la adopción de medidas cautelares reales debe justificarse previamente en la inexistencia de otro tipo de medidas menos restrictivas del derecho a la propiedad (...) *Asimismo, la adopción y supervisión de estas medidas debe recaer en funcionarios judiciales*, teniendo en cuenta que si desaparecen las razones que justificaron la medida precautoria, el juez debe valorar la pertinencia de continuar con la restricción, aun antes de la finalización del proceso”.⁴⁹

Debe señalarse que la expresión: funcionarios judiciales, se dio en el contexto de las medidas cautelares reales, figuras que no puede dictar el Ministerio Público, de acuerdo con el artículo 211º del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, por lo que, no identificamos en el bloque de convencionalidad alguna mención a que el juez es la *única* autoridad que puede imponer *cualquier* medida cautelar; por el contrario, el artículo 7.2 de la Convención delega a la Constitución y leyes secundarias de los Estados la regulación de aquellas medidas que inciden en la libertad física, como es el caso de las medidas cautelares personales.

En esa inteligencia, la normatividad interna mexicana ha dispuesto que la privación de libertad, a través de la prisión preventiva o el arraigo, es de competencia del juez (artículo 16º constitucional), por lo que, no serían inconvencionales los artículos 180º y 192º, último párrafo, del Código de Procedimientos Penales, en

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez con Ecuador*, de 21 de noviembre de 2007. Lo destacado es nuestro.

el sentido que el Ministerio Público imponga medidas cautelares diferentes a las delegadas en forma exclusiva y excluyente al Poder Judicial.

No obstante, la autoridad ministerial deberá justificar la medida cautelar impuesta, de lo contrario sí habría una vulneración a los derechos humanos, que será de conocimiento del órgano jurisdiccional, no para inaplicar la norma por inconveniente, sino en revisar la medida cautelar impuesta con la finalidad de dejarla sin efecto.

En ese orden de ideas, el Ministerio Público, a la hora de imponer una medida cautelar, deberá justificar los siguientes puntos:

(a) *La apariencia de un hecho delictivo, así como la probable intervención del imputado (fumus comissi delicti)*. Consiste en la existencia de datos de prueba pertinentes, idóneos y en su conjunto suficientes en torno a la presencia, en el caso concreto, de razones plausibles que permitan sospechar la comisión de un ilícito penal –el tipo de sanción penal con el cual se ve castigado el citado ilícito punitivo, también incidirá en la procedencia de una concreta medida cautelar.

La plausibilidad de los datos de prueba, en tanto elemento esencial, connota la existencia de hechos –enunciados fácticos– que permiten inferir, para un observador objetivo, la probabilidad que el imputado intervino en un hecho calificado por la ley como delictivo.

Al respecto, nos encontramos ante el primer presupuesto material de la medida cautelar en materia penal, el cual consta de dos reglas: la primera, referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a sus aspectos objetivos, la cual debe ser mostrada por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento; y la segunda, que está en función del juicio de imputación contra el inculpaado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud –o alto grado de probabilidad– acerca de su intervención en el delito.

(b) *Evitar la materialización de un peligro procesal (periculum libertatis)*. Aparte de demostrar la apariencia de un hecho delictivo, la concesión de una medida cautelar depende de la existencia de una razón o para qué, la cual justifique la restricción de un determinado derecho constitucional.

Esta razón gira en torno en la necesidad de evitar un peligro procesal (*periculum libertatis*); esto es, riesgos que pongan en peligro el inicio y continuación del proceso punitivo, así como, el dictado de una decisión justa y arreglada a Derecho. En esa inteligencia, cuando se inicia un proceso penal contra alguien, surge el peligro que el imputado trate de eludir la acción de la justicia, destruir u ocultar el material probatorio o realizar cualquier otra conducta tendiente a obstaculizar la materialización o cristalización tanto de la pretensión de sanción como la reparación del daño (ejemplo de este último es el ocultar sus bienes o

transferirlos a terceras personas a fin de eludir el pago de la indemnización, todo ello con conocimiento de los terceros adquirentes). Para evitar estos riesgos o peligros procesales, es que se han diseñado concretas medidas coercitivas como la prisión preventiva o el embargo, a fin de evitar que se frustre la eficacia de las pretensiones que se ventilan en el proceso penal debido a conductas maliciosas del procesado.

Por tanto, *no es inconvencional aquella norma que faculta al Ministerio Público para imponer medidas cautelares que no son de competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial*; pero sí sería atentatoria a los derechos humanos la falta o indebida motivación en la determinación de la autoridad ministerial, que conllevará que la medida cautelar impuesta sea revisada por el órgano jurisdiccional, con fines de ser modificada o dejada sin efecto.

4.4.3 La intervención de comunicaciones privadas sin orden judicial

El artículo 280ter, fracción III, del Código Procesal Penal de Zacatecas de 2008 precisa: “Las comunicaciones entre particulares podrán ser intervenidas y grabadas, sin orden judicial, para su utilización en el proceso penal como prueba cuando:

III. Sea una comunicación entre particulares y, con conocimiento y acuerdo de uno de ellos, se grabe a instancias del Ministerio Público, siempre que se trate de los delitos de homicidio doloso, robo de vehículos, secuestro, extorsión, fraude, cohecho, delitos cometidos por servidores públicos, evasión de presos, delitos contra funcionarios públicos, delitos contra el desarrollo y la dignidad de las personas, trata de personas, abuso de autoridad, tortura, tráfico de influencia o enriquecimiento ilícito”.

Al respecto, como se sabe, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones protege a los comunicantes frente a cualquier forma de interceptación o captación del proceso de comunicación por terceros ajenos, sean sujetos públicos o privados. Su objeto es la confidencialidad tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado.

El concepto de “secreto” e “inviolabilidad” de las comunicaciones y documentos privados, desde esa perspectiva, comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello.

Ahora bien, la cuestión a analizar es si el Ministerio Público, así sea para determinados delitos, puede intervenir comunicaciones privadas entre particulares,

sin el consentimiento de los interlocutores y sin autorización judicial. Para ello, recurrimos, en primer lugar, al *principio de convencionalidad*.

Al respecto, el artículo 12° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Asimismo, el artículo 17° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos precisa: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

De igual forma, el artículo 11.2 de la Convención Americana ha fijado lo siguiente: “2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

En lo que respecta a la jurisprudencia interamericana, la Corte Interamericana ha establecido lo siguiente: “La Corte considera que la conversación telefónica entre el señor Adel Zayed y el señor Tristán Donoso era de carácter privado y ninguna de las dos personas consintió que fuera conocida por terceros. Más aún, dicha conversación, al ser realizada entre la presunta víctima y uno de sus clientes debería, incluso, contar con un mayor grado de protección por el secreto profesional. La divulgación de la conversación telefónica por parte de un funcionario público implicó una injerencia en la vida privada del señor Tristán Donoso. La Corte debe examinar si dicha injerencia resulta arbitraria o abusiva en los términos del artículo 11.2 de la Convención o si resulta compatible con dicho tratado. Como ya se indicó (supra párr. 56), para ser compatible con la Convención Americana una injerencia debe cumplir con los siguientes requisitos: *estar prevista en ley, perseguir un fin legítimo, y ser idónea, necesaria y proporcional*. En consecuencia, la falta de cumplimiento de alguno de dichos requisitos implica que la medida es contraria a la Convención.”⁵⁰

En esa inteligencia, la Corte estableció los requisitos objetivos para la intervención de las comunicaciones, pero ha sido el artículo 16° constitucional quien ha identificado el requisito subjetivo para dicho intervención, al disponer lo siguiente:

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Tristán con Panamá*, de 27 de enero de 2009. Lo destacado es nuestro.

“(..)

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionara penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean *aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas*. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del ministerio público de la Entidad Federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando, además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

(...)”

En ese orden de ideas, si bien la autoridad ministerial, en cumplimiento del artículo 280ter, fracción III del Código Procesal Penal de Zacatecas, puede motivar su determinación de intervención de comunicaciones entre particulares, lo hará en la medida que se elija una de las dos opciones previstas en el artículo 16º constitucional.

En ese sentido, hablamos de una doble justificación en el accionar de la autoridad ministerial zacatecana. En primer lugar, debe fundar su decisión, bien en el consentimiento de alguno de los interlocutores, o bien obtener una orden judicial. En esa inteligencia, el citado artículo 280ter, fracción III del texto adjetivo de Zacatecas hace mención que se requiere del conocimiento y aceptación de alguno de los que intervienen en la comunicación; por tanto, se cumple, como primer requisito, el partir de alguno de los supuestos ya señalado del artículo 16º constitucional.

Al respecto, ya la SCJN indicó que: “Conforme al citado precepto constitucional, el derecho público subjetivo y, por tanto, fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas es relativo, en tanto que la autoridad judicial federal puede autorizar su intervención, mediante el cumplimiento de determinados requisitos. Ahora bien, la intervención a que alude dicha norma se dirige a los sujetos que no llevan a cabo la comunicación respectiva, es decir, a quienes no son comunicantes o interlocutores, pues una vez colmados los requisitos legales para efectuar la intervención relativa, sólo la autoridad judicial federal puede autorizarla, a petición de la autoridad federal facultada por la ley o del titular

del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente...”. (Benavente, 2011, p. 595).

Por otro lado, tiene que haber un segundo nivel de análisis, esto es, que la orden del Ministerio Público contenga una argumentación conforme al bloque de convencionalidad, esto es, la explicación que se está aplicando un mecanismo previsto en la ley, que persigue un fin legítimo: la eficacia de los actos de investigación referidos a una gama de delitos graves previstos en el artículo antes citado, así como, que dicha intervención es un mecanismo idóneo, necesario y proporcional para el esclarecimiento de los hechos.

Ahora bien, imaginemos que el imputado (en Zacatecas) recurre al juez de control indicándole que se le ha vulnerado su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, al haber, el Ministerio Público, ordenado la grabación de las conversaciones privadas entre el imputado con particulares, invocando una violación al artículo 16° constitucional.

En esa inteligencia, el órgano jurisdiccional, al convocar a las partes a audiencia, recibe el siguiente argumento de la autoridad ministerial: el procedimiento para la grabación de comunicaciones entre particulares está establecido en el artículo 280ter del Código Procesal Penal de Zacatecas, por lo que, la orden del agente del Ministerio Público ha observado lo dispuesto en la citada disposición legal, la cual, tampoco es inconventional, debido a que, el bloque de convencionalidad no se opone a lo establecido en la norma adjetiva de Zacatecas.

Al respecto, ¿cómo el juez de control resolverá lo solicitado por el imputado? Nosotros consideramos que el citado operador jurídico cuenta con los suficientes argumentos para disponer la aplicación del artículo 280ter, fracción III del Código Procesal Penal de Zacatecas y reconocer la eficacia jurídica de las grabaciones obtenidas por orden del Ministerio Público. En efecto, el juez de control cuenta con los siguientes argumentos para fundar nuestra postura:

1. Por el principio de *supremacía constitucional*, reconocido en el artículo 133° constitucional, cuando exista una colisión entre lo dispuesto por una norma secundaria con lo señalado por la norma constitucional, se debe preferir esta última. En el caso que nos ocupa la grabación de comunicaciones privadas por orden del Ministerio Público cumple con lo señalado en el artículo 16° constitucional, al exigir que por lo menos uno de los interlocutores preste su consentimiento.

2. Por el principio de *supremacía convencional*, establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa inteligencia, el artículo 11.2 de la Convención no se vería afectado por la orden del Ministerio Público de grabar comunicaciones privadas, en la medida que se cumpla con los criterios de la Corte Interamericana, antes señalados; es decir, se haya actualizado nuestro doble nivel de análisis mencionado *ut supra*.

Por tanto, el juez de control, por los principios antes señalados, está facultado para declarar la *convencionalidad* del artículo 280ter, fracción III del Código Procesal Penal, por no colisionar con el artículo 16º constitucional, reconociendo *efectos jurídicos* a los actos surgidos a consecuencia de la aplicación del citado artículo de la normatividad zacatecana.

4.4.4 *La práctica de exámenes corporales sin consentimiento del examinado*

El artículo 278º del Código Procesal Penal de Durango de 2009, ha establecido lo siguiente: “Si fuera necesario para constatar circunstancias decisivas para la investigación, podrán efectuarse en la persona del imputado, el afectado por el hecho punible u otras personas, con su consentimiento, exámenes corporales, pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros similares, siempre que no exista riesgo o menoscabo para su salud o dignidad y que tenga como fin la investigación del hecho punible.

De negarse el consentimiento, el Ministerio Público solicitará la correspondiente autorización al juez, quien en forma inmediata y con audiencia del renuente autorizará la práctica de la *diligencia*, siempre que se cumplan las condiciones señaladas en la parte final del párrafo anterior”.

En forma similar el artículo 258º del Código de Procedimientos Penales de Baja California de 2007 ha indicado lo siguiente: “Si fuere necesario para constatar circunstancias decisivas para la investigación, podrán efectuarse en la persona del imputado, el afectado por el hecho punible, u otras personas, con su consentimiento, exámenes corporales, pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros similares, siempre que no exista riesgo o menoscabo para su salud o dignidad y que tenga como fin la investigación del hecho punible.

De negarse el consentimiento y siempre y cuando se cumplan con las condiciones señaladas en el párrafo anterior, el agente del Ministerio Público solicitará al juez la celebración de una audiencia para solicitar la autorización para la obtención de la *muestra*. El juez deberá citar al renuente a dicha audiencia y resolverá con su asistencia o sin ella, si otorga la autorización respectiva”.

Como se aprecia del comparativo de ambos dispositivos legales, la práctica de exámenes y pruebas en las personas responde al principio del consentimiento del examinado; pero, ante la ausencia de consentimiento, el juez podrá autorizar la *diligencia*, consistente en la obtención de la muestra respectiva en la persona del examinado, claro está en la medida que no exista riesgo o menoscabo para la salud o dignidad y que tenga como fin la investigación del delito.

En esa inteligencia, estamos ante las denominadas medidas de búsqueda y aseguramiento de pruebas; estas medidas, a diferencias de las cautelares, tienen como objetivo la identificación, recojo y conservación de toda información conducente

a la probanza de los hechos materia de delito. En efecto, mientras las medidas cautelares buscan conjurar los peligros procesales que puedan afectar la eficacia de las investigaciones, la presencia del imputado en el proceso o la seguridad de la víctima o testigos; las medidas de búsqueda y aseguramiento de pruebas ubican fuentes de información probatoria, a fin de extraer los datos respectivos y que puedan generar valor probatorio.

Ejemplo de tales medidas son los cateos y las intervenciones a las comunicaciones. Ahora bien, el artículo 278° del Código Procesal de Durango, como el artículo 258° del texto adjetivo de Baja California, regulan otro caso de estas medidas, la denominada intervención o examen corporal.

Esta medida consiste, en primer lugar, en realizar un examen corporal al imputado, la víctima o terceras personas, para establecer hechos significativos de la investigación (ej. análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares o exploraciones radiológicas) siempre efectuadas por un médico u otro profesional especializado, con el necesario consentimiento del examinado.

Asimismo, la diligencia está condicionada a que no se tema fundadamente un daño grave para la salud del imputado, para lo cual si resulta necesario se contará con un previo dictamen pericial, o bien un atentado contra su dignidad (por ejemplo, si del examen corporal de una mujer puede ofender el pudor, sin perjuicio que el examen lo realice un médico u otro profesional especializado, a petición suya debería ser admitida otra mujer o un familiar).

Por otro lado, los citados dispositivos legales permiten diferenciar los exámenes invasivos de aquellos no invasivos. En ese sentido, son invasivos cuando la sustancia a analizar debe extraerse del cuerpo humano; así tenemos las extracciones de sangre u otros similares. Por otro lado, son exámenes no invasivos cuando la sustancia a examinar se encuentra fuera del cuerpo humano –en la calle por ejemplo–; aquí no se requiere autorización alguna, por lo que, las autoridades lo podrán recoger sin impedimento alguno.

En ese escenario, son los exámenes invasivos los que requieren de consentimiento por parte del examinado; el detalle es que, ante su negativa, el último párrafo del artículo 278° del texto adjetivo de Durango, así como el artículo 258° de la norma procesal de Baja California permiten recurrir al juez de control a fin de obtener la muestra para el examen respectivo. En ese sentido, nos preguntamos: ¿qué pasa si la autoridad judicial obliga a la persona, que negó dar su consentimiento, el brindar la muestra para la realización de un examen invasivo? ¿Cómo lo obligaría? ¿Cómo se obtendría dicha muestra? ¿Acaso el respeto a la salud y dignidad de la persona son candados suficientes para una obtención de muestras compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos?

La situación se complica cuando en el sistema acusatorio mexicano existen normas procesales como el artículo 243º del Código de Procedimientos Penales del Estado de México del 2009, el cual indica: “Tratándose de actos invasivos como extracciones de sangre u otros similares, se requiere la autorización de la persona. De negarse el consentimiento, deberá quedar registrada de manera fehaciente esta negativa”. Es decir, en la legislación mexiquense no se busca la suplencia coactiva del órgano jurisdiccional, sino basta con registrar la negativa, sobrentendiéndose que la autoridad ministerial deberá de buscar otras fuentes de información para el esclarecimiento adecuado de los hechos.

En ese orden de ideas, ¿cuáles de las disposiciones son más acordes con el sistema de protección internacional de los derechos humanos y con los principios propios de un Estado constitucional de Derecho? ¿Acaso serán las normas de Durango y Baja California, las cuales apuestan a la intervención judicial para la toma de muestras o fluidos corporales; o bien, lo dispuesto por Estado de México?

Al respecto, el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Este dispositivo se diferencia del artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como del artículo 3º del Convenio Europeo, los cuales consagran solamente la prohibición de la tortura y de los tratamientos crueles, inhumanos o degradantes.

En ese orden de ideas, la Comisión Interamericana ha precisado que la consagración de un derecho a la integridad personal revela dos aspectos: genera, por una parte, la obligación del Estado de no realizar ninguna acción u omisión de las prohibidas por el artículo 5º de la Convención y de impedir que otros las realicen; por otra parte, alude a la cualidad de todo individuo de ser merecedor de respeto, sin que nadie pueda, en principio, interferir con él o con sus decisiones respecto de él, sugiriendo, de este modo, que el individuo es el dueño de sí mismo, tiene autonomía personal, y por lo tanto, está facultado para decidir a su respecto, sin que el Estado tenga, en principio, la facultad de impedirselo; mirado el derecho de esta manera, está en íntima conexión con el derecho a la vida privada, lo que no es extraño, puesto que el catálogo de derechos busca proteger la dignidad de la persona desde diversos flancos.⁵¹

Sin embargo, de lo señalado en el párrafo anterior, resaltamos la expresión: sin que el Estado, tenga, en principio, la facultad de impedirselo. En ese sentido, la

⁵¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Martín de Mejía con Perú*, de 1 de marzo de 1996.

Corte Interamericana no ha descartado posibilidad alguna en la injerencia estatal en el derecho a la integridad personal, y ello sería propio de aquella corriente que postula que los derechos humanos no son derechos de ejercicio absoluto.

En efecto, se afirma que los derechos humanos no son derechos absolutos, siendo *el concepto de restricción una noción familiar y no problemático*.⁵² En esa *inteligencia*, la posibilidad de limitar los derechos, es solo en razón de garantizar el ejercicio de esos mismos derechos a los demás individuos y únicamente por medio de la ley, como expresión de la voluntad soberana, abstracta y general.

Al respecto, Aba Catoria indica lo siguiente: “*no sólo en la coexistencia entre los derechos de la pluralidad de titulares, sino que ahora se habla de función social y de intereses públicos que se han de realizar... desde el momento en que los derechos son ejercitados en un plano colectivo, no pueden tener reconocido un carácter absoluto en lo que atañe a su ejercicio...*” (ABA, 1999, p. 76). El carácter absoluto de los derechos cede ante la necesidad de que su ejercicio se ajuste a normas, valores y principios que también forman parte del ordenamiento jurídico e integran un marco de referencia dentro del cual los derechos del individuo alcanzan sentido y utilidad.

Ahora bien, en cuanto a la injerencia del Estado en la toma de muestras o fluidos corporales se la pretende justificar a través de las siguientes limitaciones al ejercicio del derecho a la integridad personal:

1. *Se respete la dignidad del examinado*. En principio, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que éste cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento.

Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanar todos y cada uno de los derechos del ser humano. Así, mientras el Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)”, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” sino que “(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

⁵² ALEXI (2002), p. 267.

De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho constitucional e internacional, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto, sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como “(...) un minimum inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover”.⁵³

La realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es sólo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía; sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado constitucional Derecho.

Asimismo, el doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas:

Primero, en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva, y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extensible a los particulares.

La noción de dignidad como principio es fundamental para analizar la injerencia del Estado en el derecho a la integridad personal; es decir, en aras de velar por el cumplimiento de las obligaciones estatales para con la sociedad en torno a la persecución y sanción de los delitos, se justifica la práctica de exámenes y pruebas en aquellas personas, que por su pertinencia e idoneidad posibilitarán el esclarecimiento adecuado de los hechos, sin que se castigue al inocente y se deje en impunidad al culpable de un ilícito penal.

Segundo, en tanto derecho humano se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.

⁵³ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003.

En esa inteligencia, la dignidad como derecho humano, exige reglas complementarias en la toma de muestras o fluidos corporales, como por ejemplo: a) cuidar la salud psico-física del examinado, así como su pudor; b) la presencia de una persona de confianza en la diligencia de toma de muestra; c) si el examinado fuese menor de edad o incapaz, se requiere de la presencia de su representante legal y, en ausencia de éste, en la institución encargada de la protección de sus derechos, y d) que el recojo de muestra sea videograbada o, por lo menos, la diligencia sea registrada en acta, teniendo el examinado completo acceso a las mismas.

2. *Que no se menoscabe o se ponga en riesgo la salud del examinado.* Este requisito debe aplicarse tanto en el procedimiento de toma de muestra, así como, en la cantidad de muestra o fluido corporal que se pretende obtener de la persona del examinado; en ese sentido, se excluye todo acto de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como, todo aquel acto que deje secuelas físicas o psíquicas en la persona del examinado que vaya más allá de lo razonablemente tolerado, que comprometa la vida o la integridad psico-física del examinado.

3. *Que guarde relación con la investigación de un hecho punible.*- El artículo 241º de la Ley del Proceso Penal del Estado de Guanajuato de 2011, ha establecido las razones por las cuales el juez de control puede ordenar, en audiencia, la toma de muestra o fluidos corporales, ante la falta de consentimiento del revisado o la imposibilidad de prestar dicho consentimiento.

En ese sentido, las razones que justificarían la orden judicial son:

(a) *La importancia de la diligencia en el resultado de la investigación.* Este criterio se refiere a la *pertinencia* (relación directa e inmediata entre la toma de muestra con la investigación que se está llevando a cabo) y *utilidad* (eficacia de la diligencia de toma de muestra para obtener información tendiente al esclarecimiento adecuado de los hechos materia de investigación) del examen corporal, y cuyo resultado pueda ser incorporado en el análisis del operador jurídico, generándole convicción, junto con los demás elementos probatorios, en torno a la existencia de un hecho delictuoso y la probable intervención del imputado (*grado de suficiencia*).

(b) *La naturaleza del hecho punible.* Dentro del diseño de una política criminal científica, se deben destinar mayores recursos para el esclarecimiento de aquellos delitos que afectan gravemente el interés público (asesinatos, violaciones, secuestros, etc.), exigiéndosele al Estado la generación de información idónea y suficiente para la búsqueda de la verdad.

En esa inteligencia, la diligencia de toma de muestra o fluidos corporales se justifica en las investigaciones en torno a delitos graves, debido a la intensidad en la afectación al interés social, así como, en el derecho a conocer la verdad, el cual es exigible por toda persona al Estado.

Ello, *per se*, no invalida la realización de la citada diligencia en las investigaciones de delitos considerados por la ley como no graves, pero se intensifica el deber del operador jurídico en justificar la intervención coactiva en la persona del examinado; dado que, y como ocurre en la normatividad de Guanajuato, si la propia ley ha establecido como indicador la naturaleza del hecho punible, es que no todo delito, por sí mismo, justifica la toma judicial de muestras o fluidos corporales.

(c) *La magnitud del ataque al bien jurídico lesionado o puesto en peligro.* Este criterio guarda conexión con el indicador anteriormente comentado, es decir, mientras mayor sea el grado de dañosidad al bien jurídico penalmente protegido, mayor será el deber estatal para el esclarecimiento de los hechos, justificándose intromisiones en la esfera personal de aquellos sujetos que intervienen en el drama penal.

En esa inteligencia, se deberá tomar en cuenta la modalidad del ataque, los medios empleados, el resultado producido, el mayor número de afectados, etc.

Ahora bien, si el juez de control respeta la dignidad de la persona humana, empleando actos que no menoscaban ni ponen en riesgo la salud del examinado, así como, justificando su actuar en función a la importancia de la diligencia en el resultado de la investigación, la naturaleza del hecho punible y en la magnitud del ataque al bien jurídico, entonces legitimaría su intervención en la toma de muestra o fluidos corporales cuando el examinado no ha prestado su consentimiento.

Asimismo, por extensión a lo señalado en el párrafo anterior, *no sería inconvencional el artículo 278º del Código Procesal Penal de Durango, ni el artículo 258º del Código de Procedimientos Penales de Baja California, en la medida que cumplan con las reglas antes señaladas y en razón a que el ejercicio de un determinado derecho humano puede ser limitado, en aras del respeto a los demás derechos y a la convivencia pacífica de los miembros de una sociedad.* Aunque tampoco lo serían aquellas normas que, como el artículo 243º del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, no autorizan la intervención del juez de control para la toma de muestra o fluidos corporales ante la falta de consentimiento del examinado.

6. EPÍLOGO

El juez de control debe de aplicar el control difuso de convencionalidad de las normas; para ello deberá conocer y emplear los principios referidos a la interpretación convencional, complementados con los aportes del Derecho internacional de los derechos humanos, así como del Derecho constitucional.

En esa inteligencia, debe desaparecer el fantasma de la inseguridad jurídica derivada de la interpretación judicial; por el contrario, las contribuciones que ge-

neren los jueces de control enriquecerán la convencionalidad del sistema de justicia penal, encontrando los justiciables una tutela judicial efectiva más oportuna, sin la necesidad de esperar la apertura del proceso de amparo.

Sin embargo, ello genera entre los operadores del sistema punitivo un compromiso frente a la protección de los derechos humanos, sin componendas ni obediencia a intereses extra-convencionales; pero también la obligación de conocer los tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana –aun en aquellos casos en que México no ha sido parte– así como toda la doctrina que rodea al *ius cogens*.

Frente a lo señalado, lo último que nos queda por decir es que este estudio pretendió demostrar una interrelación entre diversas ramas del Derecho: constitucional, internacional de derechos humanos, penal y procesal penal, manifestada en la figura del juez de control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano, en aras de una mejor protección de los derechos humanos ante la justicia punitiva.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABA CATOIRA, Ana (1999): *La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch).
- AGUIRRE ANGUIANO, SERGIO SALVADOR (2011): “Ponencia de control de convencionalidad de las normas” (fecha de consulta: 14 de julio de 2011). Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/Documents/Taquigraficas/2011/Julio/pl20110711v2.pdf>
- ALBANESE, Susana (2008): *El control de convencionalidad* (Buenos Aires, Editorial Ediar).
- ALEXY, Robert (2002): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- APONTE CARDONA, Alejandro (2004): *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*, 2ª edición (Santa Fe de Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura).
- ATIENZA, Manuel (1993). *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico* (Barcelona, Editorial Ariel).
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert (2011): *Código Procesal Penal del Estado de Zacatecas Comentado* (México, Editorial Flores).
- BINDER, Alberto (1992): “Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal”, en *Revista Justicia penal y sociedad* (Nº 02), pp. 51-66.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio (1997): *Derecho constitucional mexicano*, 11ª edición (México, Editorial Porrúa).

- CAPPELETTI, Mauro (2007): *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho comparado* (México, Editorial Porrúa).
- CASSEL, Douglas (2000): “El Perú se retira de la Corte: ¿Afrontará el reto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (Nº 29), pp. 69-94.
- COSSIO, José Ramón (1997): “La justicia constitucional en México”, en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional* (Nº 01), pp. 221-254.
- COSSIO, José Ramón (2011a): “Ponencia de control de convencionalidad de las normas” (fecha de consulta: 14 de julio de 2011). Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/Documents/Taquigraficas/2011/Julio/pl20110711v2.pdf>
- COSSIO, José Ramón (2011b): “Ponencia de control de convencionalidad e implicaciones de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (fecha de consulta 30 de septiembre de 2011). Disponible en: <http://www.proceso.com.mx/?p=282169>
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2010): “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en *A.A.V.V. Formación y perspectivas del Estado en México*, (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México) pp. 151-188.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011): “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Nº 131), pp. 917-967.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando (2011): Jurisdicción militar y derechos humanos. *El caso Radilla* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (México, Editorial Porrúa).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1985): *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª edición (Madrid, Editorial Civitas).
- GONZÁLEZ, Samuel y MENDIETA, Ernesto (2005): *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y práctica* (México, Editorial Fontamara).
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús (1999): *Introducción al amparo mexicano*, 3ª edición (México, Editorial Noriega).
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús (2005): “Lo confuso del control difuso de la Constitución. Propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho procesal constitucional* (Nº 03), pp. 159-187.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James y Jay, John (2000): *El federalista*, 7ª reimpresión (México, Fondo de Cultura Económica).
- HARO GARCÍA, José Vicente (2005): “El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: El estado actual de la cuestión”, en *Revista Provincia* (Nº 14), pp. 283-315.

- HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Óscar (2007): *Derecho internacional de los derechos humanos*, 2ª edición (Buenos Aires, Editorial Ediar), tomo I, volumen II.
- HITTERS, Juan Carlos (2009): “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Revista Estudios Constitucionales* (Vol. 07, N° 02), pp. 109-128.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2002): *Derecho procesal chileno* (Santiago, Editorial jurídica de Chile), tomo I.
- LINARES QUINTANA, Segundo (2005): “La interpretación constitucional” en A.A.V.V. *Interpretación constitucional*, (México, Editorial Porrúa), pp. 753-771.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz (1994): *Derecho penal. Parte general*. Fundamentos generales del derecho penal y estructura del hecho punible (Buenos Aires, Editorial Astrea).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006): *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur* (Lima, Editorial Palestra).
- PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert (2009): *Implementación del proceso penal acusatorio en Latinoamérica* (México, Editorial Flores).
- REY CANTOR, Ernesto (2008): *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos* (México, Editorial Porrúa).
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2002): “El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile”, en *Revista Ius et Praxis* (Año 08, N° 01), pp. 389-418.
- ROSALES, Elsie (2006): “Control judicial de constitucionalidad de las leyes penales” en Capítulo criminológico. *Revista de las disciplinas del control social* (Vol. 34, N° 04), pp. 429-493.
- ROSELL SENHENN, Jorge (2007): “La jurisdicción penal, la sala constitucional y el control difuso de la constitucionalidad” en Capítulo criminológico. *Revista de las disciplinas del control social* (Vol. 35, N° 04), pp. 447-470.
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho penal. Parte general*. Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito (Madrid, Editorial Civitas).
- SAGÜES, Néstor Pedro (2001): *Teoría de la Constitución* (Buenos Aires, Editorial Astrea).
- SAGÜES, Néstor Pedro (2009): “El control de convencionalidad. En particular sobre las circunstancias nacionales” en *La Ley* (19.02.2009), pp. 01-03.
- SAGÜES, Néstor Pedro (2010): “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano”, en *A.A.V.V. La*

justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?, (México, Universidad Nacional Autónoma de México), pp. 449-468.

SÁNCHEZ GIL, Rubén (2004): “El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002”, en *Revista Cuestiones Constitucionales* (Nº 11), pp. 199-229.

STRUENSEE, Eberhard y MAIER, Julio (2000): *Las reformas procesales penales en América Latina* (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc).

TIEDEMANN, Klaus (1991): “Constitución y Derecho penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Año 11, Nº 33), pp. 145-174.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2000): *América Latina: Análisis regional*, 2ª edición, (México, Editorial Porrúa).

8. SENTENCIAS CONSULTADAS

- Almonacid con Chile, (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Septiembre de 2006 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: Casos de la Corte Interamericana de Derechos humanos, formato electrónico. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- *Cabrera García y Montiel Flores con México*, (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Noviembre de 2010 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: Casos de la Corte Interamericana de Derechos humanos, formato electrónico. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf
- *Cantoral Benavides con Perú*, (2000): Corte Interamericana de Derechos Humanos 18 de Agosto de 2000 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: Casos de la Corte Interamericana de Derechos humanos, formato electrónico. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf
- *Castillo Chirinos con Jurado Nacional de Elecciones*, (2006): Tribunal Constitucional del Perú (Proceso de Amparo): en: Gaceta Constitucional, formato electrónico. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.html>
- *Castillo Petruzzi y Otros con Perú* (1999): Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de Mayo de 1999 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: Casos de la

- Corte Interamericana de Derechos humanos, formato electrónico. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf
- *Congresistas con Congreso de la República del Perú*, (2005): Tribunal Constitucional del Perú (Proceso de Incumplimiento): en: Gaceta Constitucional, formato electrónico. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.html>
 - *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez con Ecuador*, (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Noviembre de 2007 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: Casos de la Corte Interamericana de Derechos humanos, formato electrónico. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf
 - *Espinoza Reátegui con Sala Nacional de Terrorismo*, (2005): Tribunal Constitucional del Perú (Proceso de Hábeas Corpus): en: Gaceta Constitucional, formato electrónico. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02502-2005-HC.html>
 - *Genie Lacayo con Nicaragua*, (1997): Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de enero de 1997 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: Casos de la Corte Interamericana de Derechos humanos, formato electrónico. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf
 - *Lori Berenson Mejía con Perú*, (2004): Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de Noviembre de 2004 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: Casos de la Corte Interamericana de Derechos humanos, formato electrónico. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf
 - *Mack Chang con Guatemala*, (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de Noviembre de 2003 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: Casos de la Corte Interamericana de Derechos humanos, formato electrónico. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf
 - *Martín de Mejía con Perú*, (1996): Comisión Interamericana de Derechos Humanos 01 de Marzo 1996, Informe N° 05/96, Caso 10.970 Perú, formato electrónico. Disponible en: <http://cidh.org/annualrep/95span/cap.III.peru10.970.htm>
 - *Radilla Pacheco con Estados Unidos Mexicanos*, (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de Noviembre de 2009 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en:

- Casos de la Corte Interamericana de Derechos humanos, formato electrónico. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.doc
- *Suárez Rosero con Ecuador* (1997): Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de Noviembre de 1997 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: Casos de la Corte Interamericana de Derechos humanos, formato electrónico. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf
 - *Tibi con Ecuador*, (2004): Corte Interamericana de Derechos Humanos 07 de Septiembre de 2004 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: Casos de la Corte Interamericana de Derechos humanos, formato electrónico. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf
 - *Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos con Congreso de la República del Perú*, (2003): Tribunal Constitucional del Perú (Proceso de Inconstitucionalidad): en: *Gaceta Constitucional*, formato electrónico. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>
 - *Tristán con Panamá*, (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de Enero de 2009 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: Casos de la Corte Interamericana de Derechos humanos, formato electrónico. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf
 - *Opinión consultiva N° 16/99* (1999): Corte Interamericana de Derechos Humanos 02 de Octubre de 1999. Formato electrónico. Disponible en: <http://www.derhumanos.com.ar/opiniones%20consultivas/opinion%20consultiva%2016.htm>