

## PROCESO PENAL ACUSATORIO Y TUTELA DE DERECHOS

### ACCUSATORY CRIMINAL PROCEEDING AND PROTECTION OF RIGHTS

José Luis Eloy Morales Brand  
Doctor en Derecho / Profesor investigador en Sistema de Justicia Penal y Derechos Humanos  
Universidad Autónoma de Aguascalientes (México)

*Fecha de recepción:* 15 de mayo de 2020.

*Fecha de aceptación:* 18 de septiembre de 2020.

#### RESUMEN

El modelo procesal penal acusatorio tiene como característica fundamental, la presencia de la jurisdicción desde la etapa de investigación, hasta la ejecución final de las sanciones, con la finalidad de controlar la actividad de las partes, y decidir sobre la intervención de derechos humanos y fundamentales. Para que esta función sea efectiva, los jueces asumen una nueva función de control de garantías y protectores de las personas contra conductas autoritarias del Estado y particulares. El cambio en el sistema penal acusatorio es que el Poder Judicial se convierte en una garantía por sí mismo, al ser el único facultado para afectar derechos, y también convertirse en la autoridad de más peso para obligar a que se satisfagan y se apliquen en la realidad.

#### ABSTRACT

The accusatory criminal procedure model has as a fundamental characteristic, the presence of the jurisdiction from the investigation stage, until the final execution of the sanctions, in order to control the activity of the parties, and decide on the intervention of human and fundamental rights. In order for this function to be effective, the judges assume a new function of controlling guarantees and protecting people against authoritarian behavior by the State and individuals. The change in the accusatory criminal system is that the Judicial Power becomes a guarantee by itself, as it is the only one empowered to affect rights, and also becomes the authority with the most weight to force that they are satisfied and applied in the reality.

#### PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, Acceso a la justicia, Debido proceso, Sistema Acusatorio.

## KEYWORDS

Human rights, Access to justice, Due process, Accusatory System.

## ÍNDICE

**INTRODUCCIÓN. 1. EL PODER JUDICIAL COMO GARANTÍA. 2. ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA DE DERECHOS. 3. TRIBUNALES DE CONTROL DE GARANTÍAS. 3.1. ¿Por qué controlan? 3.2. ¿Qué controlan? 4. TUTELA DEL DERECHO AL JUEZ NO PREVENIDO. 5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

## SUMMARY

**INTRODUCTION. 1. JUDICIARY AS GUARANTEE. 2. ACCESS TO THE JUSTICE AND PROTECTION OF RIGHTS. 3. CONTROL COURTS OF GUARANTEES. 3.1. Why do they control? 3.2. What do they control?. 4. PROTECTION OF THE RIGHT TO THE IMPARTIAL TRIBUNAL OR JUDGE. 5. CONCLUSIONS. 6. BIBLIOGRAPHY.**

*Siempre que enseñes, enseña a la vez a dudar de lo que enseñas.  
José Ortega y Gasset*

## INTRODUCCIÓN.

Este estudio presenta resultados parciales de la investigación PID19- 1 *El Juez de control y la tutela de derechos en el sistema penal acusatorio*, que me encuentro desarrollando en la Universidad Autónoma de Aguascalientes, cuyos objetivos esenciales son conocer, explicar y precisar las facultades que tienen un Juez de Control (Garantías) para proteger los derechos de los involucrados a través de las audiencias de tutela de garantías o control judicial, en las etapas de investigación y preparación de un procedimiento penal acusatorio, a partir del análisis de sus bases, estructura y principios, como la separación de funciones, la tutela judicial, la igualdad, y la contradicción; y al determinar el contenido de esas facultades, precisar los alcances o límites de la protección que puede otorgar un juez de control; y concluir si la jurisdicción realmente es una garantía de tutela de derechos de los involucrados en contra de conductas autoritarias del Estado o particulares, en el sistema penal acusatorio.

La implementación de los Sistemas de Justicia Penal Acusatorios en Latinoamérica, tienen la finalidad de lograr una disminución de las violaciones a derechos humanos en la aplicación de la reacción punitiva, las cuales se dan mayormente en las fases de

investigación y ejecución, por parte de autoridades de investigación, acusadores y ejecutores.

A pesar de lo anterior, algunos tribunales de control siguen sin definir claramente sus facultades y atribuciones a partir de audiencias de tutela de garantías, dejando el trabajo para tribunales de otras instancias, al establecer su falta de competencia en casos de afectación a derechos humanos o fundamentales, por lo que existen pocas investigaciones relacionadas con tales facultades, sus alcances y la eficacia de protección. En este sentido, uno de los principales fines del sistema penal acusatorio, es que las y los jueces se conviertan en los tuteladores de los derechos de las personas, siendo las únicas autoridades en las etapas procesales, para garantizar la igualdad y la contradicción, por lo que la audiencia de tutela de garantías resulta ser la herramienta mediante la cual las partes solicitan la protección de sus derechos humanos y fundamentales.

En este contexto, explicaré las funciones de control de las y los jueces del proceso penal acusatorio para proteger los derechos de los involucrados a través de las audiencias de tutela de garantías o control judicial, en todas las etapas del procedimiento, distinguiendo algunas actividades pero coincidiendo en que todos son tribunales de control de constitucionalidad y convencionalidad, es decir, de protección de derechos y del logro de su efectividad.

Estos resultados llevarán la posibilidad de que los procedimientos penales, trabajen desde la perspectiva de protección de derechos de los sujetos procesales, sus auxiliares y la misma sociedad, con la finalidad de resolver el conflicto de intereses de la forma más efectiva y menos lesiva para ellos.

## 1. EL PODER JUDICIAL COMO GARANTÍA

Los modelos acusatorios responden a un sistema de justicia penal garantista, es decir, a un modelo criminológico basado en el respeto a los derechos humanos<sup>1</sup>, que se traduce en la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador de los mecanismos de control social formalizados, entre ellos el Sistema de Justicia Penal<sup>2</sup>.

Ahora bien, en un Estado Constitucional de Derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la Jurisdicción, los tribunales judiciales, ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Alesandro Baratta es uno de los principales precursores del Derecho Penal de Garantías, en un artículo publicado en los años ochentas, enumeraba una serie de principios que se refieren a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal actual. Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Primera Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 452.

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 336.

<sup>3</sup> *Ídem*, p. 584.

Siguiendo esta idea, y en virtud de que existen varios sistemas o mecanismos que pretenden reaccionar contra las desviaciones sociales, y algunos se insertan en la estructura del Estado, consecuentemente, será la forma o clase de Estado la que condicione las prácticas de la Política Criminal<sup>4</sup>; y en un Estado Constitucional de Derecho, esos mecanismos se ven sustentados en la protección de los Derechos Fundamentales de las personas a las que va dirigido, al someterse a normas de actuación diseñadas para asegurar la objetividad de la intervención y el respeto de los individuos involucrados en el conflicto<sup>5</sup>. Por ejemplo, para el Estado absoluto, la política criminal buscaba proteger al sistema, reestableciendo el orden jurídico afectado, para el Estado intervencionista, la política criminal pretende la defensa del orden social, pues el infractor era una persona anormal y peligrosa –ejemplos de esta política criminal son los estados autoritarios y dictatoriales, donde el delito se identifica como una traición al jefe de Estado, por lo que hay que defenderlo de esos traidores-, para el Estado de bienestar, el objetivo es obtener el consenso a su sistema de valores, por lo que se trata de reincorporar al consenso al desviado).

En el Sistema de Justicia Penal, una vez que los hechos son investigados, deben ser verificados y reconocidos por la autoridad judicial como actos punibles, para aplicar la consecuencia jurídica. En este sentido hablamos de un sector Jurisdiccional, la autoridad encargada de la aplicación de la norma al caso concreto.

La Jurisdicción es una función pública establecida en la Constitución, que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre partes con intereses opuestos, y deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, que decidirá en forma imperativa e imparcial.

El subsector Jurisdiccional protege al imputado y la víctima de la actuación de las autoridades; valora los hechos que son puestos a su conocimiento, y es el único subsector que puede declarar a una persona como culpable<sup>6</sup>. En un Sistema Penal Acusatorio Oral, el acusador y la defensa se encuentran controlados por la Jurisdicción, quien es el único que puede dar valor lo que se le presente, que puede autorizar afectación a derechos fundamentales, y por lo tanto, el único que puede declarar la existencia del delito y la culpabilidad de una persona.

La principal garantía procesal es la de jurisdiccionalidad, ya que el proceso se configura como una contienda entre hipótesis en competencia, que el Juez tiene la tarea de dirimir, pues la carga de la prueba, en apoyo de la acusación, resulta integrada por la carga de la contraprueba o refutación de las hipótesis en competencia<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Bergalli, Roberto. “La instancia judicial”, en *El pensamiento criminológico*. Vol. II Estado y Control, Primera Edición, Editorial Temis, Colombia, 1983, p. 73. En el mismo sentido Santiago Mir Puig, cuando afirma que “todo Derecho Penal responde a una determinada Política Criminal, y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde”. En “Constitución, Derecho penal y Globalización”, en *Nuevas tendencias en política criminal –Una auditoría al Código Penal español de 1995-*, Primera Edición, Editorial B de F, Argentina, 2006, p. 116.

<sup>5</sup> García-Pablos de Molina, Antonio. *Tratado de criminología*. Tercera edición; Tirant lo blanch; Valencia, 2003, pp. 197 y 198.

<sup>6</sup> “La criminalidad, como realidad social, es una cualidad atribuida por los jueces a ciertos individuos, los cuales resultan así seleccionados y luego incluidos en las formas de registro habitual de la criminalidad (estadísticas oficiales)”; Bergalli, Roberto. “La instancia...”, *op. cit.*, p. 79.

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 152.

Para que esta garantía sea realmente efectiva, debe de estar dotada de imparcialidad, independencia y naturalidad. La imparcialidad es la ajenidad del Juez a los intereses de los sujetos procesales, y exige su separación institucional respecto de la acusación pública; la independencia, es su exterioridad al sistema político, demanda su separación institucional de los otros poderes del Estado; y la naturalidad, implica que la designación y determinación de competencias del Juez, sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio, por lo que requiere de separación de autoridades delegantes de cualquier tipo, y la predeterminación, legal y exclusiva, de lo que puede conocer<sup>8</sup>, para impedir intervenciones instrumentales de carácter individual o general sobre la formación del Juez, y la prohibición de los jueces especiales y extraordinarios, con la finalidad de garantizar la igualdad de que todos contamos con el derecho de tener los mismos procesos y juzgadores.

La imparcialidad es la falta de prevención a favor o en contra de alguien en el procedimiento. Es la justificación del derecho al Juez no prevenido o contaminado que se retoma del modelo español<sup>9</sup>, como derecho fundamental incluido al proceso garantista, pues a través de éste se pretende evitar, en aras de la imparcialidad del juzgador, la formación en el tribunal sentenciador de cualquier prejuicio a favor o en contra del imputado, que pudiera adquirir internamente de haber participado instrucción<sup>10</sup>. En consecuencia, el Juez que conocerá del caso en la audiencia de juicio oral, será distinto del que controle la investigación y decrete la vinculación, como igual serán distintos los jueces que preparen el juicio y ejecuten las sanciones. Lo que se busca es que el juzgador no esté contaminado previamente y no tenga prejuicios al momento de resolver.

También la imparcialidad implica que el Juez debe adoptar una postura pasiva respecto de la prueba y la participación de los sujetos procesales; es decir, no actuará oficiosamente ni perfeccionará la actuación de las partes en conflicto, sino que sólo atenderá las peticiones que le realicen y las resolverá en los términos que se le hayan planteado, sin suplir la deficiencia de la argumentación.

Por lo anterior, el Juez no tendrá la facultad de reclasificar los hechos<sup>11</sup> para girar una orden de aprehensión o captura, dictar un auto de vinculación o formal procesamiento, o emitir una sentencia; lo cual no significa que quedará atado de manos, sino que los sujetos procesales deberán capacitarse ampliamente para proponer adecuadamente sus peticiones.

La imparcialidad es un hábito intelectual y moral, que no difiere del que debe presidir en cualquier forma de investigación; e implica, entonces, la búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales, sin ningún interés general o particular, en la solución de la controversia que debe resolver, ya que debe decidir cuál de las hipótesis es

---

<sup>8</sup> *Idem.*, p. 580

<sup>9</sup> Sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional Español.

<sup>10</sup> En la actualidad, el juez que ha instruido una causa penal, en modo alguno puede juzgarla, no como juez único, ni formando parte de un tribunal. López Barja de Quiroga, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Primera Edición, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, España, 2004, p. 691.

<sup>11</sup> Gómez Colomer, Juan Luis. *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*. Primera Edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008, pp. 91 y 92.

falsa o verdadera; no debe ser un personaje de representación, puesto que ningún interés o voluntad, que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados, debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, ya que juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, sino para la tutela de la libertad de las minorías<sup>12</sup>.

En síntesis, el Poder Judicial se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contra poder, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad, o la validez de los actos legislativos y administrativos, y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, frente a las lesiones que pudieran provenir del Estado<sup>13</sup>.

Se trata de una búsqueda de seguridad jurídica de la persona, al saber que en caso de que se le impute la comisión de un delito, el Estado observará todos y cada uno de los requisitos y elementos previos, tendientes a generarle una afectación válida en su esfera jurídica; es decir, tendrá la certeza de que será acusado por un órgano distinto aquel que deberá juzgarlo, una vez que haya sido oído en el proceso, y haya aportado los medios de prueba que permitan fortalecer su inocencia. Esto permite una garantía de igualdad de los ciudadanos ante la ley, el aseguramiento de la certeza del derecho penal y, sobre todo, la tutela de las partes ofendidas más débiles<sup>14</sup>.

## 2. ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA DE DERECHOS

La garantía de Acceso al Justicia, implica la posibilidad de que los seres humanos acudan a la administración de justicia, o al conjunto de órganos que componen el poder judicial. En otras palabras, es la posibilidad de dirigirse a un órgano jurisdiccional solicitando su actuación y conlleva la correlativa obligación por parte del órgano jurisdiccional, de recibir cualquier tipo de petición y de responder a ella de acuerdo con el derecho, según los artículos 13, 14 y 17 de la Constitución Federal Mexicana, 8 de la CADH y 14 del PIDC<sup>15</sup>.

Relacionado con la tutela judicial, para que ésta sea efectiva, aparece el principio de contradicción que esencialmente se traduce en la posibilidad de debatir y controvertir. Por lo anterior, como regla general, las decisiones que puedan afectar derechos humanos o fundamentales, deben tomarse en audiencia pública, previa petición de parte, y dando la oportunidad al posible afectado (imputado, víctima o tercero) de argumentar en contra de la petición, previamente a su afectación. Es decir, la autorización para afectar derechos debe ser previa y tomada en audiencia contradictoria.

Ahora bien, como regla de excepción, en determinadas decisiones que por su naturaleza no sea conveniente su comunicación, y que el orden Constitucional

---

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, op. cit., p. 580.

<sup>13</sup> *Ídem.*, p. 580.

<sup>14</sup> *Ídem.*, p. 569.

<sup>15</sup> Para efectos de este artículo, las iniciales DU se refieren a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948, DA a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año, PIDCP al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de diciembre de 1966, y CA a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre de 1969.

expresamente así lo disponga, podrá autorizarse afectación de derechos sin otorgar el derecho a contradicción previa, pero siempre deberá garantizarse su debate posterior. Las disposiciones séptima y décima octava del Conjunto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia penal (Reglas de Mallorca), establecen que las decisiones que afecten derechos no podrán ser adoptadas sin audiencia previa (regla general). Si ya se tomó la decisión (urgencia y cautela), el juez deberá orile para modificarla, si procediere (igualdad-contradicción).

En este orden de ideas, para garantizar la contradicción en el acceso a la justicia, en el proceso penal acusatorio aparece la tutela o cautela de garantías<sup>16</sup>, que se trata de una petición concreta de protección de derechos que han sido vulnerados por una autoridad o un particular en el procedimiento penal. La puede realizar cualquier persona afectada por actividades del proceso, no sólo las partes o sujetos procesales (por ejemplo, un tercero ajeno al hecho, propietario de un objeto que es asegurado en la investigación).

Sustentada en el derecho al recurso sencillo de revisión de afectaciones, y en el principio de impugnación y maximización de la protección previsto en los artículos 10 y 25 de la CADH, 9 y 14 del PIDCP, y las reglas séptima y décimo octava de las de Mallorca, trata de ser un mecanismo de protección de derechos humanos y fundamentales, a través de la actuación de un Juez que deberá autorizar, validar o rechazar su afectación, o buscará hacerlos efectivos, para permitir el desarrollo igualitario y contradictorio del proceso. Es un pequeño procedimiento sumario de protección constitucional o internacional a nivel causa que se tramita ante Jueces de control en investigación, en función de preparación y juicio oral.

Se puede hacer la moción (incidencia-petición) en cualquier momento, mediante audiencia especial o dentro de otra audiencia, mientras subsista la afectación, y en aquellos casos donde no se encuentre previsto un mecanismo de impugnación expreso o directo contra alguna actuación o resolución. Por ejemplo, si un Fiscal no quiere permitir que la defensa tenga acceso a la investigación; si un testigo de la defensa no quiere ser entrevistado por el investigador del Fiscal; si se asegura un objeto sin seguir los requisitos de ley; si se incomunica a un imputado; si se niega la devolución o entrega de alguna evidencia; se impide la realización de alguna actividad de investigación sin justificación; podrá solicitarse una audiencia de tutela de garantías.

La solicitud es simple, pidiendo la audiencia e indicando los datos de identificación de quien la pide, de la persona a la que se le reclama la afectación, y del procedimiento en que se realizó; en forma sintética, y sin entrar a detalles, cuál es el motivo de la tutela, y los demás datos que permitan al juez citar a la contraparte (si esto se realiza en una audiencia que ya está en curso, la petición y exposición será en forma oral). Se citará a una audiencia, en la que comenzará hablando quien la solicitó y expondrá los elementos que sustentan la petición; se escuchará a la contra parte, y luego de réplica y dúplica, el Juez resolverá lo procedente.

Además, la garantía de acceso a la justicia, contiene algunos principios<sup>17</sup> como:

---

<sup>16</sup> Morales Brand, José Luis Eloy. *Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación*. Primera edición; Troispublient; México, 2018.; p. 222.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 223.

- a. Principio pro actione: para interpretar las normas dando el mayor beneficio posible para admitir la solicitud, con el fin de que el derecho sea vea satisfecho en la mayor medida;

Con base a este principio, cuando alguna persona solicite la tutela o protección de sus garantías, el trámite y audiencia debe llevarse a cabo en cualquier momento, estando presentes los interesados, por lo que no se requiere una audiencia especial, sino que en cualquier diligencia puede solicitarse, y el juzgador deberá atender y resolver la petición. Si se diera el supuesto de que el proceso estuviera suspendido, la tutela de garantías es un acto cautelar (pretende disminuir daños o evitar daños futuros), por lo que la atención a la petición nunca se suspende, al ser una circunstancia de tramitación urgente.

- b. Derecho al proceso legal: las solicitudes dirigidas a órganos jurisdiccionales, se tramiten y resuelvan eficazmente con normas previamente establecidas (prohibición de leyes privativas);
- c. Prohibición de trato desigual: Por un lado, el tribunal será imparcial o ajeno a los intereses del acusador, la víctima, el imputado y el defensor; será independiente o ajeno a los intereses del sistema político; en consecuencia no suplirá la deficiencia de los argumentos ni intervendrá en su producción; y será “natural”, por lo que la creación, designación y determinación de sus competencias es previa a ocurrir los hechos, para evitar tener un Juez artificial, creado específicamente para resolver un caso, y en consecuencia, predispuesto a resolverlo (prohibición de tribunales especiales y derecho al Juez no prevenido); y
- d. Defensa Cultural y Discriminación Positiva: las personas deben ser tratadas en un plano de igualdad real, concretamente que los criterios utilizados para resolver el caso tomen en cuenta sus desigualdades, su cultura, sus creencias, su forma de pensar y cómo eso influyó en el hecho.

Estos principios los encontramos en los numerales 14.1, 14.5, 14.6 y 14.7 del PIDCP; 8.1, 8.2 h, 8.4, y 10 de la CADH; 10 de la DU; y XVIII de la DA.

Por lo anterior, el rol del juez en el nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio Adversarial, es evitar el desbordamiento del poder controlado y garantizar los principios básicos que en una democracia se suponen implícitos o se hallan expresos en su Constitución<sup>18</sup>.

### **3. TRIBUNALES DE CONTROL DE GARANTÍAS**

#### **3.1. ¿Por qué controlan?**

---

<sup>18</sup> Mejía Escobar, Carlos Eduardo. *El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*. USAID y Consejo Superior de la Judicatura. Colombia, 2005, p. 10

El control social de un Estado Constitucional de Derecho tiene el fin de proteger los Derechos Humanos y Fundamentales de los seres humanos.

Los Derechos Humanos son un concepto político, pues se tratan de criterios de legitimidad política, en la medida que se protejan, y representan una visión moral particular de una sociedad y su realidad<sup>19</sup>; son demandas de abstención o actuación derivadas de la dignidad de la persona, reconocidas como legítimas por la comunidad internacional, siendo por ello merecedoras de protección jurídica por el Estado. En síntesis, son demandas de satisfacción de necesidades humanas legitimadas por la comunidad internacional<sup>20</sup>.

Y ¿qué son los Derechos Fundamentales?, son los componentes estructurales básicos del orden jurídico, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. En consecuencia, de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los Derechos Fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a su efectividad y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano<sup>21</sup>.

Los Derechos Fundamentales son importantes en un Estado Constitucional de Derecho, y en consecuencia son los pilares básicos del ejercicio adecuado de la Política Criminal, en virtud de que su mera incorporación a una Constitución implica que gozan del mayor nivel de garantía o protección pues vinculan directamente al legislador ordinario al momento de realizar las leyes, y al ejecutivo al aplicarlas o tomar decisiones (control de constitucionalidad y no de simple legalidad); su limitación sólo puede darse por motivos realmente serios y racionales expresamente establecidos en la Constitución; y son aplicables por cualquier tribunal, por lo que cuentan con una genérica garantía judicial directa, que no requiere la intermediación del legislador ordinario<sup>22</sup> (control de constitucionalidad).

Así, cualquier autoridad, al momento de realizar un acto u omitir una conducta que tenga relación con personas titulares de derechos, debe tomar en cuenta los derechos constitucionales e internacionales para emitir su acto o dejar de hacerlo, sin poder poner como pretexto que son autoridades que sólo deben aplicar la ley, pues lo que deben de aplicar es la protección directa al derecho humano o fundamental (Control de Constitucionalidad e Interpretación Conforme).

Los Derechos Humanos influyen dentro de la Constitución y los Derechos

---

<sup>19</sup>Donnelly, Jack. *Derechos humanos universales*. Segunda Edición, Editorial Gernika, México, 1998, p. 31.

<sup>20</sup> García Manrique, Ricardo y Escobar Roca, Guillermo. "Estado de Derecho", cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional Español, sentencia 53/1985, del 11 de abril de 1985.

<sup>22</sup> García Manrique, Ricardo y Escobar Roca, Guillermo. "Estado de Derecho", cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

Fundamentales<sup>23</sup> al determinar su catálogo y abrirlo a través del principio de dignidad de la persona y el Derecho internacional, por lo que derechos humanos no reconocidos en la Constitución se convierten en fundamentales<sup>24</sup>; así como en su interpretación para determinar su contenido y lograr su efectividad.

Los modelos de interpretación que nos muestran que en el proceso penal acusatorio todos los jueces son tribunales de control de derechos y garantías, son los siguientes:

1. Bloque de Constitucionalidad: Interpretación que reconoce jerarquía Constitucional a normas que no están en la Constitución; el actuar de la autoridad y particulares de un Estado, deben encontrarse dentro de los parámetros de constitucionalidad de los derechos humanos; así, ya no se cuenta con una sola Constitución, sino que todas las normas internacionales e internas que garanticen derechos humanos, se vuelven normas fundamentales de un Estado (Constitución no codificada o no escrita). Así, los derechos humanos se encontrarán protegidos por acciones de derecho interno.
2. Interpretación Conforme: las autoridades deben preferir y aplicar la norma que se encuentre conforme a los derechos humanos reconocidos en Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos; por lo que en caso de que alguna ley vaya en contra de tales derechos, no deberá tomarse en cuenta, y aplicarse directamente la Constitución, el Tratado o la norma que realmente proteja y haga efectivo el derecho (Control de Constitucionalidad y Convencionalidad).
3. Principio pro homine: en caso de que las normas constitucionales sean contradictorias (concurso aparente de normas), o que de su interpretación o de una norma deriven diversos significados, debe escogerse la interpretación más benéfica para los derechos fundamentales y humanos, tal como lo dispone el segundo párrafo del artículo 1º Constitucional (también llamado pro persona, a favor libertatis, o de benignidad).
4. Criterios de normas duras y normas blandas de DIDH: las normas duras (hardlaw), se refiere al derecho duro o positivo de los tratados y convenciones internacionales, que es obligatorio en aplicación. En cambio, las normas blandas (softlaw), son los principios y prácticas, aparentemente no vinculantes al mismo grado del derecho duro, que se encuentran en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones de derecho internacional relacionado con los derechos humanos. En estos supuestos, con base al

---

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver los casos *Costa-Enel* y *Simmenthal*, determinó que las disposiciones comunitarias prevalecen sobre las nacionales, incluso las constitucionales, si contradice derechos de una norma comunitaria, ya que son de aplicación inmediata a favor de las personas. En Reyna Alfaro, Luis Miguel. *Fundamentos del derecho penal económico*. Primera Edición, Ángel Editor, México, 2004, p. 100.

principio pro homine, las normas blandas se vuelven orientadoras y vinculantes de la interpretación a favor de la protección y efectividad de los derechos (ante un conflicto entre principios o reglas, prevalecen los principios que hagan efectivos los derechos); y

Los anteriores criterios nos muestran que las y los jueces no son simples aplicadores de legalidad, sino que deben aplicar la Constitución, el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos y toda juridicidad que ayude a satisfacerlos derechos de las personas, por lo que su función esencial es la de contralar el orden constitucional e internacional; es decir, controlar que los derechos y garantías de los involucrados sean realmente observados y aplicados.

Las garantías son mecanismos jurídicos específicos de protección de un derecho humano o fundamental, o las técnicas para no restringir indebidamente el goce de ese derecho. Se traducen en las obligaciones o prohibiciones relativas a restringir de manera indebida el goce del derecho y con ello verificar la legitimidad de la intervención. En un Estado Constitucional de Derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la Jurisdicción (tribunales judiciales), ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado y los particulares, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos.

Ahora bien, los derechos no son absolutos, sino que pueden ser restringidos o afectados cuando el propio sistema lo permita. Al hablar de intervenciones a los derechos (afectaciones o restricciones) nos referimos a aquellas conductas, activas u omisivas, realizada por un obligado (particular o público) y que afecta negativa y significativamente a una o más de las inmunidades o facultades que integran su contenido<sup>25</sup>.

De entrada, los derechos se encuentran limitados por el respeto a los derechos de los demás; los derechos se restringen cuando el hombre deja de ser social, lo que implica que conscientemente agrede o afecta los derechos de los demás.

Si los derechos fundamentales están en la Constitución, sólo en normas del mismo rango podrá encontrarse la justificación de sus límites<sup>26</sup>, y su intervención debe seguir las siguientes reglas (Test o filtro de proporcionalidad de Dworkin):

- a) *Adecuación o idoneidad*: El sacrificio del derecho es adecuado para proteger otro derecho. La intervención debe estar establecida en la norma constitucional, por ser adecuada para resolver un conflicto en la sociedad;
- b) *Necesidad o indispensabilidad*: La afectación es necesaria por ser el mecanismo menos dañoso para el derecho intervenido. Cuando existan dos o

---

<sup>25</sup> García Manrique, Ricardo y Escobar Roca, Guillermo. "Estado de Derecho", cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

<sup>26</sup> *Idem*.

más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el menos dañoso para el derecho intervenido; y

- c) *Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto*: Cuando entran en conflicto los derechos de las personas, debe intentarse, en la medida de lo posible, equilibrio entre ambas (afectar lo menos posible), o en su caso ponderar (dar mayor peso a uno de los derechos y afectar el otro), procurándose el respeto esencial de los intereses enfrentados (lo cual puede llegar a ser un ejercicio subjetivo atribuir mayor o menor peso a cada uno de los intereses en conflicto).

Entonces las reglas de proporcionalidad para la intervención de un derecho nos pueden dar una definición actual de Justicia como la dignificación de los derechos, satisfacción de las necesidades humanas y resolver o aminorar los problemas sociales, al equilibrar y hacer efectivos los derechos humanos y fundamentales.

### 3.2. ¿Qué controlan?

Como adelantamos las y los jueces no son simples aplicadores de legalidad, sino que deben aplicar la Constitución, el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos y toda juridicidad que ayude a satisfacerlos derechos de las personas, por lo que su función esencial es la de contralar el orden constitucional e internacional; es decir, controlar que los derechos y garantías de los involucrados sean realmente observados y aplicados.

Cuando hablamos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, nos referimos a toda la juridicidad internacional (normas, tratados, convenciones, acuerdos, costumbre, jurisprudencia) en que se establece el comportamiento y beneficios que el ser humano puede esperar y exigir de las naciones o Estados. Las normas jurídicas internacionales son reglas que prescriben deberes respecto del comportamiento de los Estados, en cuanto no están aislados, sino que pertenecen a una comunidad de naciones, y deben procurar una adecuada convivencia.

Los Tratados Internacionales son los acuerdos internacionales, celebrador por escrito, entre Estados, y regidos por el derecho internacional, cualquiera que sea su denominación, según el artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 mayo 1969; o, más ampliamente respecto de quienes crean o producen esta juridicidad, son los convenios regidos por el derecho internacional, celebrado por escrito entre el gobierno y sujetos del derecho internacional, cualquiera que sea su denominación, en donde se asuman compromisos.

Ahora bien, el objeto y finalidad de los Tratados en materia de Derechos Humanos es que los Estados adquieren el compromiso de respetar los derechos del ser humano, independientemente de su nacionalidad o características. No son tratados que produzcan

derechos entre los Estados o para las personas, sino que reconocen los derechos inherentes al ser humano, y se firman para su protección. No son tratados “tradicionales” de beneficios o intercambio de derechos entre los Estados, su objeto es que los firmantes se sometan a los derechos humanos, por lo que sus obligaciones son las de respetarlos en forma mundial y local. En este contexto encontramos el Derecho Internacional de las Reservas, que son declaraciones en las que los Estados expresan su decisión de no quedar obligados por un artículo determinado, o aclarando el sentido en que se entenderá determinada disposición. Es decir, por medio de las reservas los Estados pueden evitar asumir obligaciones de garantizar y proteger ciertos derechos.

De acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe (artículo 26); no se permiten reservas cuando el tratado las prohíba, las limite o, cuando la reserva sea incompatible con el objeto y fin del tratado (artículo 19); y una parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación para incumplimiento de un tratado, salvo nulidad de competencia para celebrarlos (artículo 27).

Así, las reservas son inaplicables en Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, puesto que si un Estado firmante quiere modificar el concepto de un derecho o no lo quiere aplicar, esto es incompatible con el objeto y fin del tratado que es obligar al Estado a respetar y hacer efectivos esos derechos, y por lo mismo no se pueden invocar disposiciones de derecho doméstico para incumplirlos.

El Problema ocurre entonces con la aplicación de los tratados ¿qué predomina, la Constitución Nacional o el Tratado Internacional?

Por ejemplo, en el caso mexicano a partir de su reforma constitucional de 10 de junio de 2011 y el cumplimiento de la sentencia de 23 de noviembre de 2009, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco vs. México, donde la Corte Interamericana condenó a México a que su Poder Judicial se sometiera a las resoluciones de la Corte Interamericana, a tomar en cuenta los Criterios de Jurisprudencia sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al resolver en lo interno; y a que todos los Jueces del país debían dejar de aplicar normas que vayan en contra de la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En consecuencia, se otorgó igual jerarquía<sup>27</sup> a los derechos y garantías que contiene la

---

<sup>27</sup>**CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.** De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el **control de convencionalidad** ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de **control** de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de **control** directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia. Varios

Constitución Federal, como aquellas reguladas en Tratados Internacionales, y deberá aplicarse la que más favorezca al derecho fundamental.

Lo anterior no modifica que el Derecho Internacional y sus tratados, para ser aceptados, deben estar acorde a la constitución, y así podrán ser aplicables inmediatamente en los Estados en contra de normas de derecho interno que se opongan. Lo cuestionable es si “estar en contra” puede entenderse también cuando el Tratado amplia o regula derechos que la Constitución Nacional regula en forma breve o deficiente, o ni siquiera los regula.

La interpretación derivada de la Convención de Viena nos ayuda a deducir que un Tratado Internacional está en contra de la Constitución, y por ende no puede ser aplicado, cuando vulnera o restringe un derecho fundamental protegido por una nación. Por lo anterior, si el tratado lo que hace es desarrollar con mayor claridad y amplitud un derecho protegido por el sistema constitucional ordinario, o inclusive otorga un derecho no protegido por una nación, el tratado se impone sobre esa constitución y debe aplicarse, ante la obligación constitucional de respetar la decisión en materia de derechos humanos.

---

912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

**PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.** El mecanismo para el control de **convencionalidad** ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de **control** establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de **control** que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVIII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

**PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.** La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un **control de convencionalidad** ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXIX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

La tendencia preponderante en materia de soberanía y derecho internacional, se relaciona con las normas o tratados en materia de derechos humanos, los cuales son superiores a las Constituciones nacionales, y no se puede establecer el pretexto de contradicción con el derecho interno para no ser observados<sup>28</sup>.

La Corte Internacional de Justicia (opinión consultiva de 28 de mayo de 1951), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Belilos, sentencia de 29 de abril de 1988, caso Loizidou vs Turquía de 23 de marzo de 1995), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982), y el Comité de Derechos Humanos (observación general 24(52) de 1994), han resuelto<sup>29</sup> que la soberanía no puede oponerse como pretexto para dejar de cumplir una obligación internacional en materia de derechos humanos; es decir la soberanía está limitada por asuntos de protección e interés de la humanidad.

Así, el derecho internacional de los derechos humanos debe aplicarse en todas las naciones firmantes o de las que forme parte, y eso influye en la reforma al sistema penal a un sistema acusatorio garantista y protector de derechos humanos.

En conclusión, uno de los objetos básicos del proceso penal, es el de investigar, procesar, juzgar y ejecutar en materia delictiva, en un marco de respeto a los derechos humanos y fundamentales Constitucionales e Internacionales, por lo que el principio de legalidad en materia penal (artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7, 8 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos), implica que las normas, además de precisar el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica o sanción, deben establecer en forma previa y clara los procedimientos y mecanismos para poder intervenir o afectar los derechos de los seres humanos. Para afectar o intervenir un derecho, es necesario que se justifique la intervención, y sobre todo, que el orden jurídico Constitucional permita esa restricción. Las garantías de los derechos del ser humano, buscan lograr su efectividad real, y en su caso realizar los procedimientos válidos para su afectación en aquellos casos que sea necesario.

Así, el procedimiento penal es una garantía jurídica que se refleja en los requisitos que deben seguirse en la investigación, imputación, acusación, preparación, juzgamiento, imposición y ejecución de sanciones por la comisión de un hecho punible. Para ello, si la autoridad quiere afectar un derecho, debe pasar por los filtros de adecuación o permisión

---

<sup>28</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, acepta que no puede invocarse el derecho interno para dejar de cumplir un tratado internacional en la Tesis ya citada **“TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL...atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “pacta sunt servanda”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno...”**.

<sup>29</sup> Tribunales Federales en México han reconocido que las decisiones internacionales en materia de derechos humanos, pueden ser tomados en cuenta al resolver conflictos de aplicación interna en la Tesis: **“JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**. Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 623/2008. Procuraduría General de la República y otras. 23 de octubre de 2008. Mayoría de votos; unanimidad en relación con el tema contenido en esta tesis. Disidente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz”.

constitucional de la restricción; la necesidad, o menor afectación de la medida, y la proporcionalidad, tratando de equilibrar los derechos que pudieran verse enfrentados con la restricción del derecho, o en su caso ponderar y darle mayor valor a un derecho sobre otro. En estricto sentido el principio “la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le faculta”, se refiere a que el funcionario sólo puede afectar un derecho si la ley se lo faculta. Por el contrario, si existe el deber de hacer efectivo un derecho constitucional o internacional, y la norma es omisa, incompleta o poco clara, debe de crear el mecanismo necesario para lograr la efectividad y protección desde la primera instancia, sin pretexto de que el legislador no hubiere cumplido con su función o que deba esperarse una declaración de Tribunal Constitucional, pues los derechos humanos y fundamentales gozan de una garantía de aplicación directa desde la constitución y el derecho internacional, que debe cumplir toda autoridad.

No se puede pasar por alto que la mayoría de los países latinoamericanos están sometidos a un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entendido como toda juridicidad internacional en que se establece el comportamiento y beneficios que el ser humano puede esperar y exigir de los Estados. Los Tratados Internacionales son una parte de esa juridicidad internacional, por lo que el sector operativo del sistema de justicia penal acusatorio, no sólo debe basarse en disposiciones constitucionales o de tratados internacionales, sino en todas las reglas internacionales (tratados, convenciones, acuerdos, costumbre, resoluciones generales, opiniones consultivas, jurisprudencia) que prescriben deberes respecto del comportamiento de los Estados, y de las cuales los países sean parte. Lo anterior en virtud de que el Derecho Internacional de los Derechos humanos influyen dentro del ámbito doméstico al establecer el catálogo de Derechos Fundamentales (Constitucionales), ampliarlos con los establecidos en juridicidad internacional, e imponer una interpretación pro homine para la satisfacción real de los derechos. La interpretación pro homine implica que en caso de que varias normas sean aplicables a un mismo supuesto, siempre deberá optarse por aquella que beneficie en mayor medida el derecho; y en caso de que sólo una norma sea aplicable, siempre se interpretará para la aplicación y protección más amplia del derecho humano y fundamental<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Si bien en México, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó en la contradicción de tesis 293/2011. 18 de marzo de 2014. 20/2014 (10a.), bajo el rubro “**DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL**”; que “...cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional..”, también lo es que en la misma tesis afirma que “los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídicomexicano...”, con lo que es evidente que se reconoce el peso de los derechos humanos para determinar la validez de las normas y actos de autoridad (Bloque de Constitucionalidad e Interpretación conforme); lo cual incluso es reforzado con otro criterio que el propio Pleno de la Corte determinó en esta misma contradicción de tesis, bajo el rubro “**JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA**”, donde obliga a los operadores jurídicos a atender: “1. Cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; 2. En todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y 3. De ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos” (principio pro homine). Con lo que podemos concluir que las restricciones constitucionales no son aplicables a los derechos garantizados por el DIDH y otras normas que los amplíen.

En síntesis, este esquema acusatorio se caracteriza por el control judicial de todo el procedimiento; el Poder Judicial se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contra poder, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad, o la validez de los actos legislativos y administrativos, y la tutela de los derechos humanos y fundamentales de las personas, frente a las afectaciones ilegítimas que provengan de los particulares o el Estado<sup>31</sup>.

Esta vigilancia se realiza por varios jueces, que aparecen en cada una de las etapas del procedimiento, y que son distintos entre sí. La obligación de que sean diversos jueces se sustenta en el derecho al Juez no prevenido o contaminado, que implica garantizar la imparcialidad de los jueces, evitando cualquier prejuicio a favor o en contra de las partes, que se pueda adquirir psicológicamente al haber participado en etapas previas en que se hayan tomado resoluciones que impliquen valoraciones y trasciendan a la protección o restricción de derechos fundamentales.

#### 4. TUTELA DEL DERECHO AL JUEZ NO PREVENIDO

Un sistema acusatorio requiere la legitimidad de los medios para llegar al fin, por lo que los derechos humanos y fundamentales son la base de la actuación de las autoridades, en un modelo en el que existe un órgano público encargado de la acusación, distinto a quien Juzga, donde existe igualdad para los sujetos procesales dentro de un juicio público y oral, ante un juez imparcial e independiente, en donde existe la defensa adecuada y la participación del afectado en una forma real. Es decir, un modelo en el que se requiere juicio, con garantías procesales, para imponer pena<sup>32</sup>.

Un modelo adversarial es aquel donde el acusador y el acusado se consideran adversarios o partes en conflicto, el cual deberá ser resuelto en el procedimiento penal en función al dinamismo que impregnen a sus actividades: producir la prueba, fortalecer su teoría del caso y debilitar la de su contraparte, y negociar la solución del conflicto<sup>33</sup>.

Insistimos en que lo característico del Sistema de Justicia Penal Acusatorio Adversarial es el control judicial del procedimiento, la separación entre acusador y juzgador en forma real, la igualdad entre la acusación y la defensa, y la existencia de un Juicio público y oral. Por lo anterior, el principio de separación de funciones implica que en este nuevo modelo, las funciones de investigación, acusación, defensa y juzgamiento, deben ejecutarse por sujetos distintos, con tal de lograr la independencia, autonomía e imparcialidad en la indagación punitiva.

Así, la investigación del hecho punible deberá ser realizada por una entidad técnica, la policía investigadora, pues el Ministerio Público no puede ni debe investigar, en atención de que ha dejado de ser autoridad y cae en el riesgo de convertirse en órgano de prueba, al ser testigo de los hechos en las investigaciones.

<sup>31</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, op. cit., p. 580.

<sup>32</sup> *Ídem.*, p. 605.

<sup>33</sup> Pastrana Berdejo, Juan David y Benavente Chorres, Hesbert. *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*. Primera Edición, Flores Editor y Distribuidor, México, 2009, p. 18.

El ejercicio de la acción penal pública será llevada a cabo por el Fiscal o Ministerio Público, quien dirigirá, por sus conocimientos expertos en materia jurídico-penal, la investigación que materialmente realice la policía investigadora.

La Defensa (estatal o privada), ejercerá el derecho de contradicción contra la acusación, para garantizar el respeto a la presunción de inocencia y aportar los medios de convicción que ayuden a destruir la acusación. Gracias a la igualdad, la defensa también podrá emplear detectives investigadores para lograr su cometido.

El control de la investigación, juzgamiento y ejecución de la pena será llevada a cabo por un Juez imparcial, independiente, previamente establecido, y distinto en cada fase, de acuerdo al derecho al Juez no Prevenido, para garantizar la protección de los derechos del individuo frente a conductas autoritarias del Estado (inclusive si en la etapa de impugnación o protección constitucional, se observa alguna violación que implique celebrar nuevamente la etapa de juicio, el Juez o Tribunal que conozca será distinto al que ya conoció del caso, para hacer efectivo este derecho).

Además, la víctima podrá actuar como sujeto procesal interesado, apoyando al Ministerio Público y ejerciendo la acción de reparación del daño; y en algunos casos podrá ejercitar acción penal y sostener la acusación ante un Juez.

En tales escenarios el rol del Juez será evitar el desbordamiento del poder controlado y garantizar los principios básicos que en una democracia se suponen implícitos o se hallan expresos en su Constitución<sup>34</sup>.

En el diseño de las Constituciones republicanas, el concepto de jurisdicción se encuentra íntimamente vinculado a la idea de control de ciertos actos que, por experiencia histórica, se sabe que ponen en peligro la seguridad de los derechos de los ciudadanos<sup>35</sup>, de ahí que se retome el derecho al Juez no prevenido del sistema penal español, para evitar la producción de cualquier prejuicio por contacto previo con el caso.

Por lo anterior, conforme al derecho al juez no prevenido, la nueva función jurisdiccional se estructura de la siguiente manera:

**a. Juez de Control de investigación**

El primer Juez que aparece en este nuevo sistema, es el Juez de Control en investigación. Tribunal encargado de que no se vulneren los derechos de las personas durante la investigación del hecho, vigilará la actuación de los investigadores, acusadores, asesores, defensores y demás intervinientes durante la investigación, y será el único facultado para otorgar autorizaciones de realización de actos que tengan que intervenir derechos humanos o fundamentales.

Con la existencia de este Juez se judicializa la investigación del hecho punible, y podrá presidir audiencias para fijar salidas alternativas, controlar la detención en flagrancia o urgencia, informar y formalizar la acusación, decretar vinculaciones a proceso,

<sup>34</sup> Mejía Escobar, Carlos Eduardo. *El rol de jueces...*, Op. Cit, p. 10.

<sup>35</sup> Horvitz Lennon, María Inés. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2003, p. 198.

fijar medidas cautelares, autorizar intervención de derechos fundamentales cuando haya justificación, decretar sobreseimientos, suspensión de proceso, desahogar prueba anticipada, entre otros.

**b. Juez de Control en función de Preparación**

Una vez que el Fiscal ejerza acusación en contra del imputado, terminará la fase de investigación, y aparecerá el Juez de Control en función de Preparación, cuyas funciones generales serán las de purgar los vicios formales y obstáculos que impidan llegar libremente a juicio, con la finalidad de que el tribunal oral solamente se limite a valorar los hechos y no se distraiga en otras situaciones.

Éste Juez resolverá incidencias de previo y especial pronunciamiento, purgara vicios formales del escrito de acusación, fijará los hechos que serán materia del juicio oral, de acuerdo a lo expuesto por la acusación y la defensa, sin modificar lo establecido en el auto de vinculación; establecerá los acuerdos probatorios que hayan alcanzado los sujetos procesales; admitirá los medios de prueba que se desahogarán en el juicio oral; e inclusive podrá modificar medidas cautelares o desarrollar audiencias de medios alternos, hasta antes de decretar el auto de apertura de juicio oral.

En algunos sistemas se ha establecido que el Juez de Control de investigación sea el mismo Juez de Control en función de Preparación, lo cual considero que no puede ocurrir con base al derecho al Juez no prevenido, pues esta garantía debe observarse en las fases jurisdiccionales y audiencias preliminares al juicio, y una de ellas es que los jueces sean distintos y no hayan conocido previamente del caso.

En este sentido, el Juez de investigación debe ser distinto al de preparación, puesto que el primero autorizará intervenciones a derechos fundamentales, valorará datos de prueba para tomar algunas determinaciones como girar ordenes de aprehensión, decretar vinculación a proceso y dictar sentencia en procedimiento abreviado, e incluso podrá desahogar prueba anticipada. Inclusive, también debe ser distinto el Juez de Control que realice el control de detención de orden de aprehensión, o aquel que vuelva a vincular a proceso al imputado, por nueva petición de la fiscalía en atención a nuevos datos de prueba que modifiquen la calificación de hechos realizada previamente, puesto que si tales actividades las ejecuta el mismo Juez que giró la orden de aprehensión o dictó la vinculación a proceso, estará previamente contaminado y difícilmente decidirá si la orden fue mal girada o si la vinculación no tenía sustento y deba modificarse, puesto que es una situación natural que el ser humano forme prejuicio con los primeros datos que conozca, y no cambie su percepción a pesar de evidenciarse otras situaciones.

Por ende, el Juez de Control en función de Preparación debe ser distinto al Juez que controló la investigación, ya que el nuevo Juez, sin prejuicios o prevenciones, podrá desechar los datos de prueba en las que se hayan violentado derechos fundamentales injustificadamente, y que a pesar de haber sido impugnadas por las partes, el Juez de Control haya determinado como válida su obtención; también podrá determinar el otorgamiento, modificación o revocación de medidas cautelares, sin haberse contaminado por la decisión previa que se haya tomado en la investigación, y finalmente podrá valorar

libremente los datos de prueba en caso de que se solicite el procedimiento abreviado sin haber prejuzgado anteriormente en la orden de aprehensión o vinculación a proceso, pues de lo contrario seguirá con la misma tendencia de condena que se pretende evitar en este nuevo modelo, ya que en el sistema inquisitivo mixto era común la práctica de que si el Juez giraba una orden de aprehensión o dictaba un auto de formal prisión, prácticamente copiaba tales determinaciones para dictar sentencia de condena, a pesar de que en el transcurso del proceso se le muestre una situación fáctica y jurídica diversa.

Por ejemplo, en Chile el Juez de Control o Garantía extiende su competencia desde el inicio del procedimiento hasta el dictado del auto de apertura del juicio oral, resolución que pone fin a la etapa intermedia. En algún momento del proceso de reforma se planteó la necesidad de contemplar jueces a cargo de la etapa intermedia, distintos del competente durante la instrucción. Ello, no sólo para garantizar la imparcialidad del tribunal en aquellas incidencias con origen en la instrucción y de suma relevancia para el curso del juicio, sino, especialmente, porque se quería atribuir a este juez la resolución del caso en el procedimiento abreviado, cuando ello fuera aceptado voluntariamente por el acusado. Este procedimiento importa, en términos muy generales, la aceptación negociada de la acusación del fiscal por parte del imputado y la resolución del caso en base únicamente a los antecedentes de la instrucción. La decisión, por razones fundamentalmente económicas, de prescindir de este tercer juez y de atribuir al juez de garantía la competencia sobre esta etapa del procedimiento no ha hecho sino ahondar las críticas dirigidas, en general, contra las soluciones negociadas del conflicto jurídico penal<sup>36</sup>.

De ahí que el derecho al Juez no prevenido, que busca la imparcialidad de esta institución, no se cumplirá si se mantiene a un solo Juez para ambas funciones de control de investigación y de preparación, pues como se ha dicho, difícilmente decretara que sus actuaciones previas son ilegales, y no necesariamente por mala fe, sino porque ya previno y está convencido de su validez.

En caso de que, por cuestiones económicas, no se tuviera la posibilidad de mantener Jueces de Preparación exclusivos para esa función, podrán habilitarse Jueces de Control, Preparación y Juicio Oral, pero en aquellos casos en que un Juez realice funciones previas de control de investigación, no podrá ejercer funciones de preparación del mismo caso, y viceversa.

### c. Juez de Control de Juicio Oral

Cuando el Juez de Control en función Preparación, efectúe la audiencia intermedia, determine los hechos que serán materia de juicio y los medios de prueba que se desahogarán, resolverá abrir el Juicio Oral, y es donde aparecerá este nuevo Tribunal, el cual podrá ser unitario o colegiado, según lo determinen las legislaciones si es necesario que la decisión no se base en un solo punto de vista y se busque incrementar el estándar probatorio y dar mayor claridad y certeza a la condena o absolución (tomando en cuenta

---

<sup>36</sup> Horvitz Lennon, María Inés. *Derecho procesal...*, op. cit., pp. 198 y 199.

que las Reglas de Mallorca exigen que el juzgamiento de delitos graves sea por tribunales de jueces).

Este Tribunal será quien desahogue la audiencia de Juicio Oral, ante él se producirán los alegatos y las pruebas en forma directa y verbal, y finalmente emitirá decisión con base a lo apreciado en la audiencia. El Juez de Control de Juicio Oral declarará la inexistencia o existencia del delito, en este último caso la culpabilidad del autor y, una vez celebrada la audiencia de individualización, impondrá las sanciones que deberá cumplir. También podrá resolver incidencias, anticipos probatorios, sobreseimientos y todo lo que implique una tutela de derechos.

#### **d. Juez de Control en función de Ejecución**

Si la sentencia dictada es condenatoria e impone sanciones, entrará a actuar el Juez de Control en función de Ejecución, quien será el encargado de vigilar y ejecutar su cumplimiento, y deberá resolver todo lo concerniente a la ejecución, entre otras la protección de los derechos de los involucrados, por lo que la autoridad administrativa solo se encargará de la ejecución material, mientras que el Juez mantendrá el aspecto jurisdiccional y de garantía.

En este orden de ideas, las y los jueces que intervienen en procedimiento penal acusatorio son Tribunales de Control, pues el “control” no es de las partes o de actos de investigación, sino de todos aquellos eventos o determinaciones que puedan afectar ilegítimamente derechos humanos, fundamentales o garantías. Las y los jueces controlan el orden Constitucional e Internacional en materia de Derechos Humano dentro del país, para lograr la maximización de la protección por medio de la autorización, validación o rechazo de la afectación, o el establecimiento de los mecanismos para hacerlos efectivos: proteger a la persona de conductas autoritarias del Estado o los particulares.

## **5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS**

La reasignación de facultades de los intervinientes en el Sistema Penal Acusatorio nos evidencia que la esencia de la reforma es el control Judicial del procedimiento penal, la igualdad de los sujetos procesales, y sobretudo el control de las violaciones a los derechos fundamentales.

Esa reasignación se obtiene a partir de la definición implícita del Juez como tercero ajeno al conflicto que sólo acude a su solución en cuanto sea convocado por las partes involucradas en el mismo. Si el Juez asume como opción una hipótesis propia y encauza el juzgamiento hacia allá, subjetiviza la verdad y la justicia hacia sus propias orientaciones y desvirtúa aquello que le plantean las partes. Además, termina interfiriendo en las investigaciones hechas por esas partes o desplazando el eje del juicio hacia sus propias conjeturas<sup>37</sup>. De esa manera se le impide cualquier iniciativa en el conocimiento del

---

<sup>37</sup> Mejía Escobar, Carlos Eduardo. *El rol de jueces...*, Op. Cit, p. 11.

asunto y se le otorgan mayormente poderes negativos, esto es de control, no de acción. Excluye, rechaza, invalida<sup>38</sup>.

El Derecho Internacional y Constitucional ordena a todas las autoridades a proteger y garantizar los derechos humanos y fundamentales; es decir, no sólo las autoridades judiciales federales tienen el deber de hacer operativos los derechos constitucionales o internacionales, sino que cualquier autoridad, al momento de realizar un acto u omitir una conducta que tenga relación con personas titulares de derechos, debe tomar en cuenta los derechos constitucionales e internacionales para emitir su acto o dejar de hacerlo, sin poder poner como pretexto que son autoridades que sólo deben aplicar la ley, pues lo que deben de aplicar es la protección directa al derecho fundamental (Control de Constitucionalidad e Interpretación Conforme).

En consecuencia, una verdadera Política Criminal democrática, que tenga como límites los Derechos Humanos y Fundamentales de las personas, será aquella que construya un mecanismo de control social penal que tienda a la protección de los seres humanos, afectándolos lo menos posible. Esta visión influye en el Derecho Penal, para desarrollar el principio de intervención mínima o última ratio de la reacción penal: frente a un conflicto social, el Estado Constitucional de Derecho debe, antes que nada, desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución o, en último término, pero sólo en último término, optar por definirlo como criminal. Cuando así lo hace está ejercitando entre diferentes alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto una opción política, que en forma específica tomará el nombre de política criminal en tanto que está referida a la criminalización del conflicto<sup>39</sup>.

Es aquí donde aparece la tutela de derechos por el Poder Judicial, pues no se trata simplemente de un organismo que compone al Estado. El poder de jurisdicción (decir el derecho) es una garantía por sí misma. Si comprendemos que las garantías son los mecanismos que protegen los derechos de las personas y que ayudan a que se ejerzan adecuadamente, el Poder Judicial no es sólo un poder, es el poder para proteger a los seres humanos de autoritarismos del Estado y los particulares.

Las Juezas y Jueces, las Magistradas y Magistrados, las Ministras y Ministros, y todo el personal que integra los Poderes Judiciales Federal y Estatales, tienen la función de convertirse en esa garantía máxima, que se encuentra por arriba de los demás poderes públicos, para resolver, como última instancia, las situaciones que puedan afectar derechos humanos y fundamentales.

El Poder Judicial es el de máxima importancia en un Estado Constitucional de Derecho. Si bien los demás poderes tienen una función relevante para el adecuado funcionamiento de la institución estatal, creando las normas, ejecutándolas, o vigilando la función electoral y administrativa, el Poder Judicial es quien aplica y mantiene el orden jurídico para tener una sociedad armónica, humana, justa y libre.

---

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 580.

Por ello, como institución de protección, el Poder Judicial también cuenta con garantías propias para su funcionamiento, como la inamovilidad, la autonomía interna e independencia financiera, seguridad salarial, y carrera judicial, que buscan evitar que otras personas o entes del Estado, pretendan influir en sus decisiones a través de mecanismos de presión directos o indirectos, y que esto afecte el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas.

Un Poder Judicial es fuerte, cuando sus integrantes tienen una misión y visión proyectada a beneficiar jurídicamente a la sociedad en la que se desempeñan; cuando saben que pueden actuar libremente dentro del marco normativo para ejercer sus funciones, cuando sus criterios se van consolidando y perfeccionando a lo largo del ejercicio de la carrera judicial, y esto se refleja en el entendimiento de la tutela judicial efectiva de los derechos humanos y fundamentales.

En consecuencia, la sociedad y Estado actuales requieren Poderes Judiciales que interpreten las normas no sólo en el sentido propio de sus palabras, los antecedentes sociales y legislativos, sino también con base a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la justicia en la resolución de los problemas de la colectividad, puesto que el objeto del derecho punitivo deben dirigirse necesariamente a las conductas humanas en situación.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2005.

Bergalli, Roberto. "La instancia judicial", en *El pensamiento criminológico*. Vol. II Estado y Control, Editorial Temis, Colombia, 1983.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 2011.

García-Pablos de Molina, Antonio. *Tratado de criminología*. Tirant lo blanch; Valencia, 2003.

Gómez Colomer, Juan Luis. *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.

Horvitz Lennon, María Inés. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2003.

López Barja de Quiroga, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, España, 2004.

Mejía Escobar, Carlos Eduardo. *El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*. USAID y Consejo Superior de la Judicatura. Colombia, 2005.

Mir Puig, Santiago. “Constitución, Derecho penal y Globalización”, en *Nuevas tendencias en política criminal –Una auditoría al Código Penal español de 1995-*, Editorial B de F, Argentina, 2006.

Morales Brand, José Luis Eloy. *Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación*. Editorial Troispublient. México, 2018.

Pastrana Berdejo, Juan David y Benavente Chorres, Hesbert. *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2009.

Sentencias 53/1985 y 145/1988 del Tribunal Constitucional Español (TCE).