



**BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
PUEBLA**

**SECRETARIA DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS DE
POSTGRADO**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTORADO EN DERECHO

**“Análisis de la Recepción del Principio de
Proporcionalidad en el Sistema Penal
Mexicano y su Aplicación en la Defensa de
los Derechos Fundamentales”**

Enero del 2020

Tesis que para obtener del Grado de Doctor en Derecho

presenta:

MTRO. HUGO COCOLETZI AVILA

Directora de Tesis:

Dra. LUZ DEL CARMEN COSETL OSORIO

ÍNDICE

	Pagina
INTRODUCCIÓN	I-IV
CAPÍTULO PRIMERO	
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, EVOLUCIÓN TEÓRICA Y CONCEPTUAL.	
1.1 Introducción.....	1
1.2 Los Derechos Fundamentales como límites constitucionales en el Estado de Derecho Democrático.....	2
1.3 La Integración de los Derechos Fundamentales en el Orden Constitucional bajo el enfoque neoconstitucional.....	5
1.3.1 La Constitucionalización de los Derechos.....	10
1.4 Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional.....	11
1.4.1 Desarrollo del Concepto de Derechos Fundamentales.....	13
1.4.1.1 Derechos Humanos y Derechos Fundamentales.....	15
1.4.2 Importancia y Naturaleza de los Derechos Fundamentales.....	18
1.5 Los Derechos Fundamentales como Principios.....	20
1.5.1 Principales propuestas teóricas sobre los Derechos Fundamentales como Principios.....	22
1.5.1.1 Teoría de Ronald Dworkin.....	22
1.5.1.2 Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy	24
1.5.2 Desarrollo de la concepción de los derechos fundamentales como principios en el Derecho Mexicano.....	26
1.6 La Idea de la Proporcionalidad en el Ámbito Jurídico.....	29
1.7 El Principio de Proporcionalidad en Materia Penal o Proporcionalidad Penal.....	30
1.8. Concepción del Principio de Proporcionalidad en el Derecho Continental Europeo.....	34
1.9 Relación entre el Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales.....	36

1.10 Concepto de Principio de Proporcionalidad como método de solución de confrontación de Derechos Fundamentales.....	38
1.11 Elementos Estructurales del Principio de Proporcionalidad.....	41
1.12 Conclusiones.....	45

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PROPORCIONALIDAD DENTRO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

2.1 Introducción.....	47
2.2 Integración del Principio de Proporcionalidad en el orden jurídico internacional a través de las Convenciones sobre Derechos Humanos....	49
2.3 La proporcionalidad en los tratados y convenciones del sistema interamericano.....	58
2.3.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	58
2.3.2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, características y finalidad.....	61
2.3.3 La proporcionalidad en los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	64
2.3.3.1 Informe Anual del año 2017 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	64
2.3.3.2 Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos del año 2009.....	67
2.3.3.3 Estándares de la Comisión Interamericana sobre Principios y su Aplicación en Sede Judicial bajo el Derecho de Acceso a la Justicia.....	69
2.3.4 La proporcionalidad en los criterios derivados de las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Análisis de Casos y Resoluciones.....	70
2.3.4.1 Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador.....	72
2.3.4.2 Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.....	79
2.4 Conclusiones.....	83

CAPÍTULO TERCERO

ESTRUCTURACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SISTEMA PENAL MEXICANO

3.1 Introducción.....	86
3.2. Estructuración Constitucional de los Derechos Fundamentales, ¿Derechos Fundamentales como Principios?.....	87
3.3 La regulación constitucional de las normas penales conforme a los derechos fundamentales.....	102
3.4 Conceptualización y finalidad de los principios en el sistema penal acusatorio.....	107
3.5 Ubicación del principio de proporcionalidad en el sistema de principios constitucionales del derecho penal.....	113
3.6 Correlación entre el principio de proporcionalidad y los principios del proceso penal en la garantía de los derechos humanos de las partes.....	115
3.6.1. El contenido del principio de proporcionalidad en materia penal dentro de los límites constitucionales del artículo 22.....	115
3.6.2. Relación entre el Principio de Proporcionalidad y los Principios del derecho penal.....	118
3.6.3 Relación entre el Principio de Proporcionalidad y los Principios de Jurisdiccionalidad y de Presunción de Inocencia en la regulación de la prisión preventiva.....	119
3.7 Conclusiones.....	125

CAPÍTULO CUARTO

EL PRICIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PARÁMETRO EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

4.1 Introducción.....	127
4.2 El Principio de Proporcionalidad como elemento esencial en la solución de conflictos entre Derechos Fundamentales.....	128
4.3 El Principio de Proporcionalidad como Parámetro de la actuación del juzgador.....	139
4.4 La Argumentación y el Principio de Proporcionalidad.....	140

4.5 Criterios Jurisprudenciales Relevantes sobre la Proporcionalidad en Materia Penal.....	144
4.6 Casos resueltos bajos los criterios de Proporcionalidad en Materia Penal.....	157
4.6.1 Uso legítimo de la fuerza en caso San Salvador Atenco.....	158
4.6.2 Proyecto de sentencia del Amparo Directo en Revisión 3798/2015 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia.....	161
4.6.3 Resolución de Apelación contra resolución del Juez de Control por la que se impone medida cautelar de prisión preventiva, Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, Toca 284/2019, Caso Rosario Robles.....	165
4.7 Conclusiones.....	171
CONCLUSIONES GENERALES.....	174
PROPUESTAS.....	
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	177
Referencias Bibliográficas.....	177
Referencias Cibergráficas.....	181
Referencias Legisgráficas.....	183
ANEXOS.....	187
Anexo I Casos Resueltos por Corte Interamericana de Derechos Humanos Relativos al Principio de Proporcionalidad.....	187
Anexo II Tesis Jurisprudenciales y Aisladas.....	269
Anexo III Resoluciones de Casos Analizados Conforme al Principio de Proporcionalidad.....	303

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación se refiere a la importancia que en un verdadero estado de derecho democrático debe otorgarse al entendimiento, cumplimiento y aplicación efectiva de las normas constitucionales y de manera particular, a la trascendencia de la construcción del derecho punitivo conforme al orden constitucional, todo ello bajo el enfoque de la existencia de derechos fundamentales constituidos como principios y de la creación de un sistema punitivo basado en criterios delimitadores del *ius puniendi*, todo ello con la finalidad de encontrar un equilibrio entre los ideales contenidos en los derechos fundamentales y la realización efectiva y racional de los mismos dentro de un derecho penal efectivo.

Los planteamientos realizados en este trabajo se acotaron en torno a tres ideas principales para comprender la resolución de conflictos entre derechos fundamentales en el ámbito penal: los derechos fundamentales como principios limitadores del estado de derecho democrático, la proporcionalidad como instrumento de validez constitucional en relación al respeto a los derechos fundamentales y la estrecha vinculación entre el principio de proporcionalidad, la igualdad y la seguridad jurídica en torno a la configuración de modelo garantista y legitimador del derecho penal dentro de un estado democrático y constitucional de derecho.

En el desarrollo de la exposición de este trabajo se partirá de lo general a lo particular en el análisis del marco conceptual y en el examen de manera crítica del planteamiento del problema, empleando el método deductivo toda vez que la investigación partirá del origen general del estado constitucional de derecho y la aparición de los principios como parte del sistema jurídico, a lo particular referente al principio de proporcionalidad, su distinción con otros principios, su ubicación en el sistema de justicia penal y la recepción y aplicación por los operadores jurídicos

en el sistema penal mexicano vigente, se empleara también el método analítico para comprender los elementos del principio de proporcionalidad desde su origen hasta su inclusión como elemento que da estructura al sistema de penal mexicano, analizando los criterios emitidos por los tribunales del Poder Judicial Federal y las resoluciones relevantes de los tribunales federales, destacando sus características especiales y la relación con la protección de los derechos fundamentales dentro de un Estado Constitucional de Derecho y por medio del método sistemático se buscara comprender y determinar la importancia del discurso principialista en el sistema penal mexicano, ubicando de manera particular el principio de proporcionalidad con sus relaciones de nivel y jerarquía con otros principios y la remisión a la protección de los derechos fundamentales en la actuación concreta de los operadores jurídicos, todo ello para corroborar la hipótesis de estudio consistente en la afirmación de que la estructuración y aplicación adecuada del principio de proporcionalidad como una técnica de ponderación de derechos fundamentales en casos particulares coadyuvará a conformar un sistema efectivo de protección de derechos fundamentales en materia penal.

Este trabajo comprende dos grandes secciones, una general contenida en los capítulos primero y segundo, así en el capítulo primero se expone la trascendencia de los derechos fundamentales dentro de la conformación constitucional del estado de derecho democrático en consideración a su naturaleza y función como principios, exponiendo para tal efecto el desarrollo de su concepto, las propuestas teóricas que le asignan la característica de principios, así como la evolución del principio de proporcionalidad, tocando el aspecto de la proporcionalidad en materia penal, el enfoque del principio de proporcionalidad como método de solución en la confrontación de derechos fundamentales y los elementos estructurales o subprincipios que lo integran.

Dentro de esta primera sección general, en el capítulo segundo se desarrolla la evolución del principio de proporcionalidad dentro del sistema interamericano de derechos humanos, atendiendo su integración dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos, a los informes emitidos por la Comisión Interamericana y a

los criterios sobre el uso del análisis de proporcionalidad contenidos en las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La segunda sección de este trabajo, se compone de dos capítulos, el capítulo tercero en donde se analiza la evolución del principio de proporcionalidad en el sistema penal mexicano, partiendo del entendimiento de los derechos fundamentales como principios dentro de la estructura constitucional y la ubicación y relaciones del principio de proporcionalidad en el sistema de principios constitucionales del derecho penal, atendiendo al texto del artículo 22 de la Constitución, y para finalizar esta última sección, el capítulo cuarto en donde se hará referencia a aspectos puntuales del principio de proporcionalidad como su función en la solución de conflictos entre derechos, su empleo como parámetro de actuación del juzgador y la argumentación, el análisis de los criterios jurisprudenciales emitidos por el Poder Judicial Federal en los casos constitucionales penales en donde se aprecia la evolución de una configuración y entendimiento propio de este principio en el sistema jurídico mexicano, así como la exposición y análisis de casos específicos resueltos por los tribunales federales en donde se emplea de forma específica el principio de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de la actuación de la autoridad, con el objetivo de apreciar los matices especiales de entendimiento y aplicación de dicho principio por los tribunales y juzgadores.

Este trabajo inicia desde el planteamiento de un problema de estructuración de un sistema jurídico principialista que permita la ponderación de derechos fundamentales a través de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Por lo tanto se atiende a la problemática de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y la conversión de la Constitución en una norma capaz de ser aplicada directamente por los operadores jurídicos, por lo cual la aplicación directa de los principios constitucionales es un gran desafío para los jueces, siendo necesaria una labor hermenéutica constitucional para concretizar de mejor forma los valores y principios constitucionales a los problemas sociales que se pretenden resolver.

En el caso del sistema constitucional mexicano, se considera la necesidad de replantear el sentido de la Constitución y su contenido de derechos fundamentales, para trascender la visión historicista y política de su origen, y crear una postura netamente jurídica, basada en planteamientos de teoría constitucional que le proporcionen eficacia real como una guía transversal en todos los aspectos del orden jurídico, desde la creación leyes y su contenido, hasta la argumentación judicial casos particulares en donde se individualiza un derecho.

Por tal motivo este trabajo tiene como objetivo el análisis del desarrollo, estructuración y aplicación del principio de proporcionalidad como una técnica de ponderación de derechos fundamentales en el ámbito del derecho penal mexicano, corroborando la importancia de su aplicación bajo criterios desarrollados en la práctica de los tribunales constitucionales mexicanos en el respeto a los derechos de libertad y seguridad jurídica en el ámbito de las resoluciones en materia penal.

CAPÍTULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, EVOLUCIÓN TEÓRICA Y CONCEPTUAL.

1.1 Introducción

La evolución sobre la conceptualización de la Constitución ha sido el fenómeno que caracteriza el paradigma del derecho a partir de la Segunda Guerra Mundial, produciendo una transformación jurídica basada en la protección de los derechos fundamentales, lo cual ha provocado una nueva forma de ver el derecho, pasando del derecho de reglas al derecho por principios, del silogismo y la subsunción a la ponderación y de la aplicación mecánica a la razonabilidad y a la argumentación.

Por lo tanto, en este capítulo se realizará un recorrido por la evolución del concepto de Constitución dentro de la conformación del Estado Constitucional, que bajo la postura del Neoconstitucionalismo propone la visión de un orden jurídico determinado por criterios de validez intrínseca contenida en los llamados derechos fundamentales, concepción que se relaciona con la idea de una Constitución cambiante y heterogénea, la cual impone nuevos retos para todos los órganos del Estado al aplicar e interpretar los derechos fundamentales.

De igual manera se tratará sobre la conceptualización de los derechos fundamentales como normas bajo el esquema de principios, lo cual implica una nueva forma de interpretación y aplicación fundamentada en las teorías principialistas de los derechos fundamentales desarrolladas principalmente por los autores Ronald Dworkin y Robert Alexy, lo cual a su vez nos conduce a la idea de la proporcionalidad en el ámbito jurídico.

Se realizará una distinción entre la proporcionalidad en materia penal o proporcionalidad penal y el principio de proporcionalidad, ya que debido al uso

común e indistinto del término “principio de proporcionalidad”, se ha producido confusiones en relación al alcance y aplicación de ambas figuras.

Por último, se tratará de las principales concepciones de la proporcionalidad en el ámbito del derecho español y alemán, así como de los elementos principales que conforma el principio de proporcionalidad como un método de solución de conflictos de derechos fundamentales.

1.2 Los Derechos Fundamentales como límites constitucionales en el Estado de Derecho Democrático.

El cambio de paradigma en la ciencia de del derecho se produce al formarse una nueva concepción operativa de la Constitución.

La concepción o idea sobre lo que es y representa una Constitución se relaciona estrechamente con la concepción del Estado, siendo en la actualidad la idea del Estado de Derecho Democrático la concepción más aceptada y difundida en la cultura occidental.

Sin la intención de profundizar en teorías y postulados de la teoría política sobre el estado y la democracia, me limitaré a tomar el concepto de Estado de Derecho Democrático como punto de partida para ubicar la evolución de las propiedades asignadas a la Constitución al ser parte de esta forma de estado.

Por lo cual, es necesario resaltar que el concepto de democracia ha evolucionado, integrando componentes que le dan vigencia y validez, superando las concepciones formales y procedimentales que se sustentaban en la autonomía o poder de gobernarse por sí mismo y en los métodos de toma de decisiones por la mayoría a través de la elección de representantes.

Contrario los esquemas anteriormente mencionados de validez democrática, bajo un nuevo enfoque, la participación ciudadana se ha convertido en el elemento esencial de un estado democrático, dicho elemento se puede apreciar en el actuar

de ciudadanos responsables políticamente, lo que implica una democracia participativa y deliberativa.

Por el contrario, el conformismo y la apatía ciudadana, que limitan la participación de los habitantes en las decisiones trascendentes para estado, como sucede en muchos de ellos incluyendo el estado mexicano, ha propiciado una actitud pasiva en el desarrollo del estado democrático, lo cual se traduce en la opacidad y discrecionalidad en la creación de ordenamientos jurídicos y sobre todo en la delimitación de contenidos esenciales de los derechos fundamentales, siendo esta relación entre democracia participativa y la creación del ordenamiento jurídico, el punto en que se refleja el vínculo estrecho entre la democracia y el desarrollo del orden constitucional y jurídico dentro de un estado.

En este sentido Luigi Ferrajoli¹ al exponer cuatro aporías a la concepción procedimental de la democracia, menciona la necesidad de establecer límites sustanciales al contenido de las decisiones legítimas emitidas por el poder legislativo, previniendo la eliminación por medios democráticos de los derechos y de los mismos medios democráticos, estableciendo límites a la sustancia de su ejercicio, lo cual es importante para comprender la relación entre democracia y orden constitucional.

Este autor establece el nexo indisoluble entre la soberanía popular, democracia política y los derechos fundamentales que operan como límites o vínculos a la voluntad de la mayoría.

De esta manera, el derecho fundamental a la libertad, sería el fundamento para la existencia de la expresión de la voluntad popular por medio de la libertad de expresión, de pensamiento, de prensa, información, reunión y asociación, junto con

¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi *et. al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, México, Editorial Cajica, 2009, p. 64.

el derecho a la educación y la información, ya que no sería posible la participación en la vida pública sin la garantía de mínimos vitales.²

En el mismo sentido Ferrajoli propone una reconceptualización de la soberanía popular que trasciende lo que considera una “idea –exageradamente ideológica, populista y en último término, fascista- de que el pueblo es un “cuerpo político, una suerte de organismo, un macro sujeto dotado de una voluntad homogénea”³ y que los principios de representación y mayoría son una forma de expresión de la voluntad general y unitaria del pueblo.

Esta nueva idea de soberanía popular propuesta por Ferrajoli, es la que considero debe fundamentar y dar sustento a la existencia efectiva de la democracia constitucional, sobre todo para contrarrestar el empleo de dicho término de manera simplista por gobernantes y políticos sin la comprensión de su verdadero alcance, ya que como lo expresa este autor, la soberanía no puede ser utilizada, sin contravenir la idea de la democracia, para justificar la existencia de poderes absolutos a favor de una mayoría o de sus representantes.

Por lo cual, al existir un vínculo estrecho entre la concepción de la democracia y su proyección en la creación del orden constitucional, es una condición necesaria para la existencia de un sistema político democrático, que el orden constitucional prevenga que la mayoría se apropie del poder de suprimir o limitar los derechos de las minorías, lo cual se logra al establecer límites sustanciales constitucionales por medio de los derechos fundamentales, estos límites constituyen la denominada “esfera de lo no decidible (qué y qué no)” y sus garantías, toda vez que, al determinar los contenidos intrínsecos de las decisiones de los órganos representativos o mayorías, se condicionan su validez sustancial.

² Cfr. *Ibidem*, p. 67.

³ *Ibidem*, p. 68

Así la soberanía popular, bajo un enfoque dentro del paradigma constitucional, se entiende como la suma de poderes y contrapoderes de los derechos establecidos en la constitución como derechos fundamentales, siendo estos derechos:

la sustancia democrática, puesto que se refieren al pueblo en un sentido más concreto y vinculante que la propia representación política, es decir, a todos y cada uno de sus miembros de carne y hueso. Por eso, cualquier violación de estos derechos no es solo una lesión a las personas titulares de los mismos, sino una violación de la propia soberanía popular.⁴

Al apreciar esta relación estrecha entre el Estado Democrático, soberanía, Constitución y los derechos fundamentales que contienen principios constitucionales, nos ubicamos en las ideas del constitucionalismo del siglo XX o también llamado Neoconstitucionalismo que ha configurado la corriente teórica en la que se ha desarrollado una nueva concepción de la Constitución.

1.3 La Integración de los Derechos Fundamentales en el Orden Constitucional bajo el enfoque neoconstitucional.

El marco filosófico del Neoconstitucionalismo se ubica en el pospositivismo al unirse las corrientes antes opuestas del iusnaturalismo y el positivismo, este enfoque filosófico se caracteriza porque:

incluyen la atribución de normatividad a los principios y la definición de sus relaciones con los valores y las reglas, el resurgimiento de la razón

⁴ *Ibidem*, p. 83

práctica y de la argumentación jurídica, la formación de una nueva hermenéutica constitucional, el desarrollo de una teoría de derechos fundamentales basada en el fundamento de la dignidad humana.⁵

El modelo neoconstitucionalista permite pasar del Estado de derecho legislativo a un Estado en el cual el concepto de derecho cambia para adecuarse al principio de dignidad humana, se deja atrás la formalidad del sistema normativo adquiriendo un “sentido más coherente y flexible con la adecuada concreción de los principios, que buscan la armonización de los derechos fundamentales de cada persona”.⁶

La unión del derecho y la moral pública, bajo el nuevo enfoque constitucional, permiten la resolución de taras y dogmas del estado de derecho, los cuales provocan la creación ficticia de un ser de neutralidad y asepsia social, lo cual ha producido un atraso jurídico al limitar la idea de derecho dentro de parámetros de legalidad conforme al ordenamiento jurídico.

Conforme a la nueva concepción de derecho, se pretende lograr que las normas jurídicas tengan una eficacia social por medio de una corrección material, es decir, una concreción real del derecho.

Visto desde una perspectiva social, al existir una correlación entre el derecho y su recepción moral en la sociedad, se generan refuerzos para proteger y garantizar los derechos fundamentales y los principios democráticos.

De esta manera, se forma un interrelación necesaria entre la cultura jurídica, la ética y la moral de la sociedad para lograr avances institucionales y democráticos, combatiendo a su vez las causas que provocan el atraso jurídico como lo son el tener una visión tradicional acerca de lo que es el derecho, los límites impuestos por

⁵ Barroso, Luis Roberto, *Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, p. 5.

⁶ Flores Saldaña, Antonio, “El Paradigma de la Constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?”, en Flores Saldaña, Antonio (coord.), *Interpretación y Ponderación de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional*, México, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 225.

las escuelas tradicionales de interpretación y argumentación y el formalismo jurídico expresado en la gran importancia dada a los procedimientos y formas y el desdén por los contenidos materiales en relación a derechos fundamentales.

El neoconstitucionalismo, puede entenderse como “una manera de entender el concepto de Constitución y su forma de operar en el ordenamiento jurídico, como norma fundamental de un Estado y con su máxima fuerza normativa”.⁷

Es bajo el enfoque neoconstitucionalista que se produce un cambio paradigmático en la concepción de la Constitución y más importante aún, en la concepción del Derecho.

El neoconstitucionalismo como corriente teórica asigna una concepción particular a la constitución de un Estado Democrático como “una norma jurídica que no solo establece las funciones de los entes públicos, sino que además reconoce un sistema de principios que fungen como criterios rectores de las acciones en el ámbito público y privado”.⁸

Por lo tanto, se puede afirmar que los principios constitucionales son los elementos que dan al orden constitucional una nueva forma y flexibilidad.

Los principios contenidos en la constitución, conforman un sistema normativo distinto en su estructura a las normas contenidas en la leyes y códigos secundarios, es en estas normas estructuradas como principios donde residen los derechos fundamentales.

Otra propiedad reconocida a la Constitución es que esta constituye una norma de contenido, es decir, una norma jurídica en la que se fundamentan los derechos de los individuos, de la cual derivan leyes que deben seguir el contenido de la norma constitucional para ser consideradas legítimas.

⁷ *Ibidem*, p. 199.

⁸ Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios Sobre la Argumentación Jurídica Principialista, Base para la Toma de Decisiones Judiciales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015, p. 7

Como una norma de contenido, la Constitución, se convierte en el sustento de la idea del control de constitucionalidad de las normas secundarias, este control es ejercido a su vez de manera primordial por los juzgadores, repercutiendo en los parámetros de la interpretación jurídica, de esta manera la Constitución se convierte en factor, tanto formal como sustancial, que da validez a las normas de un sistema jurídico.

Se configura así, “la idea de un control de constitucionalidad de las leyes, el cual operaría como un examen de conformidad de tales leyes con la Constitución, con lo que se posibilita la inaplicación a casos concretos de normas jurídicas emanadas formalmente pero ilegítimas en el ámbito material...”⁹

De esta manera surge la interpretación constitucional como un parámetro de interpretación jurídica, esta característica o propiedad surge debido al cambio de concepción del texto constitucional como un instrumento meramente político a una norma superior de interpretación compleja que lleva a cabo “una mediación entre el mundo formal y el mundo fáctico, tarea nada sencilla si se entiende que en el mundo material conviven un sin número de ideales morales, los cuales de forma ordinaria se contraponen”.¹⁰

Esta visión de la interpretación se proyecta en el ámbito de la argumentación jurídica que tiene por objeto principios y se basa en derechos fundamentales, evaluando los ideales contenidos en la constitución.

La interpretación constitucional implica que los jueces operen con “normas que consagran ideales morales en forma de principios que debe ser cumplidos de forma optimizada dentro de los márgenes posibles. Así los principios no pueden contradecirse, como las reglas jurídicas, sino en todo caso colisionar, lo que jamás implicaría su autoexclusión del sistema jurídico”.¹¹

⁹ *Ibidem*, p. 8.

¹⁰ *Ibidem*, p. 15

¹¹ *Ibidem*, p. 16

El cambio de visión constitucional en el Neoconstitucionalismo implica reconocer la constante colisión de principios como derechos fundamentales, colisión que obliga a utilizar y seleccionar métodos trascendentes más allá de la lógica forma y el silogismo por parte del juzgador.

El autor Barroso señala la existencia de tres grandes transformaciones en el plano teórico en relación a la aplicación del derecho constitucional: a) el reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución; b) la expansión de la jurisdicción constitucional, y c) el desarrollo de una nueva dogmática de la interpretación constitucional.¹²

En cuanto a la fuerza normativa de la Constitución, se produce el cambio de status al ser considerada una norma jurídica y no solo un documento político, asignándosele el carácter vinculatorio y obligatorio a sus disposiciones. Las normas constitucionales están investidas de plena eficacia, que es la característica de las normas jurídicas, y su no observancia ha de movilizar los mecanismos propios de coacción, o sea, de cumplimiento forzado.¹³

La expansión de la jurisdicción constitucional se da al modificarse el modelo europeo que le daba supremacía al poder legislativo por el modelo de origen estadounidense basado en la supremacía de la Constitución en donde se constitucionalizaban los derechos fundamentales bajo la protección del poder judicial.

En cuanto a la dogmática de interpretación constitucional, se configura una nueva modalidad de interpretación jurídica derivada de reconocer el carácter de

¹² Barroso, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 6.

¹³ *Ibidem*, p. 7

normas jurídicas a las normas constitucionales, apareciendo el concepto de principios que será desarrollado más adelante en este trabajo.

1.3.1 La Constitucionalización de los Derechos.

Como se expuso anteriormente, los textos constitucionales han adquirido una importancia transcendental en la configuración del sistema jurídico, debido a las características especiales asignadas por las normas de derecho fundamental contenidas en las constituciones, lo que ha provocado el fenómeno nombrado como constitucionalización de los derechos.

La Constitucionalización de los derechos es un fenómeno de transformación que surge al momento en que el orden jurídico se impregna de los contenidos constitucionales, condicionando la jurisprudencia, la doctrina y el actuar de los actores políticos y sociales, adquiriendo por ello el carácter de un orden fundamental que impone acciones y no solo abstenciones al Estado.

Al respecto se ha considerado que la rigidez constitucional y la garantía de la jurisdicción de la Constitución son elementos que contribuyen al fenómeno de la constitucionalización del derecho.

Este fenómeno parte de la idea de que la Constitución tiene como objeto orientar y no solo limitar el poder público hacia la realización de valores.

La orientación en este caso significa “comprender cada acción en el seno de una totalidad con sentido dirigida a la realización de ciertos valores”.¹⁴

La idea de que la Constitución no sólo contiene un mero programa político, sino que su naturaleza es plenamente normativa y por ello rige en toda situación, surge de la intención de que el orden constitucional, intenta establecer en la realidad un orden de cosas que se estima deseable, su logro por lo mismo tiene carácter

¹⁴ Carbonell, Miguel y Sánchez Gil, Rubén, “¿Qué es la Constitucionalización del Derecho?, *Quid Juris*, publicación trimestral del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, año 6, volumen 15, noviembre 2011, p. 39

normativo; es decir que su contenido está dirigido a determinados valores que se deben realizar.

Por tal virtud, ante el eventual “vacío legislativo” que omite indicar a los operadores jurídicos un camino específico a seguir en su actividad, ellos se encontrarán en la obligación de recurrir al orden constitucional para orientarse y ubicar su labor en el proyecto que el mismo ha fijado.¹⁵

Las Constituciones contienen elementos que definen la estructura y sistematización del Estado, sin embargo, bajo la perspectiva de los derechos fundamentales, estos derechos se unen y amalgaman con la Constitución como un elemento intrínseco que permite la proyección individualizada de los derechos humanos.

Sin embargo, los derechos fundamentales tienen una vigencia que sobrepasa los límites temporales y espaciales del ordenamiento constitucional.

De esta manera los derechos fundamentales han sido abordados y estructurados bajo ópticas diversas dependiendo de la concepción teórica, filosófica y política imperante en el momento histórico en que se conforma una constitución.

1.4 Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional

La Constitución alemana de Weimar de 1919 es la primera en reconocer la importancia de los derechos fundamentales, propiciando el paso de las constituciones de tipo dieciochesco, dirigidas casi a garantizar la esfera de autonomía del individuo y aquellas decimonónicas, caracterizadas por el intervencionismo estatal a fin de ejecutar ideales de solidaridad y justicia.

En la actualidad, la Constitución sobrepasa la regulación de las relaciones institucionales y la separación de poderes para estructurar las relaciones entre

¹⁵ *Ibidem*, p. 40

ciudadanos y Estado, creando un sistema de garantías bajo la sanción del Estado y la limitación de poderes bajo normas sustantivas como procedimentales, esta concepción actual de la constitución se relaciona con el cambio de visión sobre las dimensiones reguladas por la misma, así “toda constitución contiene simultáneamente dos dimensiones, a saber: política y social, predominando actualmente la segunda sobre la primera y segundo, pluridimensionalidad o multifuncionalidad de los derechos fundamentales”.¹⁶

Los derechos fundamentales intervienen en la conformación del Estado, en donde la posibilidad de realización de estos determina la realidad y efectividad de los principios estructurales de la Constitución.

En cuanto al contenido de la Constitución, los derechos fundamentales representan el sistema de valores del sistema cultural, proveyendo desde el punto de vista jurídico la legitimación del orden positivo estatal y jurídico, convirtiéndose en normas jurídicas objetivas que forman parte del sistema axiológico que pretende validarse en las decisiones jurídicas a nivel constitucional en todos los sectores del derecho.

En el aspecto subjetivo, los derechos fundamentales constituyen derechos de defensa frente al Estado, es decir, límites que aseguran la libertad de las personas frente a los poderes públicos, en cuanto al derecho de defensa comprende el derecho de acudir a los tribunales para impugnar la limitación de la libertad por medidas estatales¹⁷, nivel en el cual se encuentra vinculación con el principio de proporcionalidad como método aplicable al evaluar la limitación.

¹⁶ Hernández, María del Pilar. "Constitución y derechos fundamentales." *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXVIII, número 84, septiembre-diciembre 1995, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3388/3940#N10>

¹⁷ Cfr. *Idem*.

1.4.1 Desarrollo del Concepto de Derechos Fundamentales

La autora Villaseñor señala que el concepto de derechos fundamentales aparece en diversos ordenamientos del siglo XVIII, como la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, la Declaración Federal de 1791, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776, la Constitución de 1787 y en Francia en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se le asignaba a los derechos fundamentales un carácter universal y absoluto, natural y preestatal, innatos, pertenecientes al hombre por el hecho de ser hombre y no por alguna voluntad, por lo tanto anteriores y superiores a cualquier autoridad política.¹⁸

Estas constituciones y declaraciones que surgieron como reacción a los regímenes absolutistas depuestos por movimientos revolucionarios, contiene un capítulo dedicado a los derechos fundamentales de los hombres en su individualidad, integrando la parte dogmática de las Constituciones.

En este mismo sentido, es importante señalar la mención realizada en la Carta de las Naciones Unidas suscrita el 25 de junio de 1945 durante la Conferencia de San Francisco, en la cual dentro del punto segundo del preámbulo establece que se “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”¹⁹ y a continuación en el punto 3 del artículo primero establece como propósito “realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a

¹⁸ Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y Límites de Los Derechos Fundamentales: Teoría General y Su Reflejo en La Jurisprudencia Mexicana*, México, Porrúa - Escuela Libre de Derecho, Universidad Complutense, 2011, p. 7

¹⁹ *Carta de las Naciones Unidas*, <http://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html>

las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.²⁰

Sin embargo, consideramos que para abordar el desarrollo de este concepto es necesario señalar sus orígenes normativos en el derecho alemán como parte del orden constitucional, lo que permite observar su arraigo en las teorías constitucionalistas.

Este concepto es introducido por la Asamblea Nacional Constituyente de Weimar en el año 1919 que incorporó una segunda parte a la Constitución denominada “Derechos fundamentales y deberes fundamentales de los alemanes”²¹, lo cual propicio el desarrollo dogmático y jurisprudencial de este concepto como lo es la llamada “cláusula del contenido esencial” establecida para proteger la norma constitucional ante el poder del legislador, contenida en el artículo 19 de la constitución de Bonn.²²

La situación de estos principios y derechos fundamentales cambia radicalmente con motivo y resultado de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) ya que en los estados totalitarios nazi, italiano y japonés estos derechos de los individuos fueron desconocidos con las persecuciones raciales, religiosas y políticas, por lo cual se decidió convenir a nivel internacional sobre la existencia de derechos fundamentales del hombre y de grupos sociales por medio de la creación de la Organización de la Naciones Unidas, de cuya comisión de Derechos Humanos surgió la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General del 10 de diciembre de 1948.

Esta declaración posee una vigencia universal al ser adoptada prácticamente por todos los países que integran la comunidad internacional en la Organización de las Naciones Unidas.

²⁰ *Ibidem*, <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>

²¹ Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, p. 13

²² “Cuando según esta Ley Fundamental un derecho pueda limitarse por una ley o en virtud de una ley, la ley será general y no valdrá para un caso singular. Además, la ley tiene que designar el derecho fundamental. En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”

Es importante señalar que dentro del texto de este documento, se puede apreciar la utilización del término “derechos fundamentales”, tanto en el quinto párrafo del preámbulo²³, como en el artículo 8^o²⁴ referente al derecho a un recurso efectivo ante los tribunales, por lo cual se puede concluir que este término tiene un origen anterior al de derechos humanos, circunscrito a un ámbito constitucional y jurídico, diverso pero a la vez correlacionado con término derechos humanos.

Es en este punto donde surge la división entre los conceptos de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales.

1.4.1.1 Derechos Humanos y Derechos Fundamentales

Para establecer la distinción entre los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales es indispensable abordar el tema desde una delimitación conceptual, ya que la elección entre uno y otro término implica una valoración filosófica y política.

La expresión “derechos humanos” (jura hominum) aparece en un texto de Volmerus, la “Historia Diplomática Rerum Batavia” de 1573 y el término “derechos fundamentales”, droits fondamentaux, aparece en Francia hacia 1770 en el movimiento que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, alcanzado gran relieve en Alemania, donde bajo el título de los Grundrechte se articuló el sistema de relaciones entre individuo y el Estado, en

²³ “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”, Declaración Universal de los Derechos Humanos, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

²⁴ Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

cuanto fundamento de todo el orden jurídico – político en la Constitución de Weimar de 1919.²⁵

Por lo anterior se puede afirmar que los derechos humanos son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suelen utilizar con menor rigor jurídico que la de los derechos fundamentales, es este acercamiento al nivel de concreción jurídica lo que hace preferente su empleo dentro del ámbito interpretación y aplicación a nivel jurisdiccional.

En este punto, coincido con el autor Miguel Carbonell en cuanto a que en la mayoría de las veces se hace referencia a los derechos humanos como expectativas que no están de forma clara en alguna norma jurídica, con el objeto de reclamar lo que algunas personas les puede parecer una actuación indebida de las autoridades.²⁶

En este sentido, de manera general se considera que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales, o bien como lo expresa Carbonell, se podría decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados.²⁷

Al respecto resulta esclarecedora la crítica realizada por el autor Romero Martínez sobre criterio de distinción basado en que los derechos humanos se circunscriben al ámbito internacional, integrados en instrumentos de la comunidad internacional y los derechos fundamentales se relacionan con el ámbito constitucional de cada estado, lo cual propiciaría una distinción en el nivel de tutela jurídica fuerte y débil, ya que esta distinción:

ha perdido significado en virtud de la marcada reforma constitucional de junio de 2011, en la cual se equipara la protección a un mismo rango tanto de los derechos humanos (fundamentales para nuestros fines)

²⁵ Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, p. 7.

²⁶ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 6ª. ed., México, Porrúa, 2017, p. 8

²⁷ *Ibidem*, p. 9

contenidos en la Constitución como de los reconocidos en los tratados internacionales de los que México sea parte.²⁸

Por lo cual, considero conveniente retomar a la idea de que las expresiones derechos humanos y los derechos fundamentales se retroalimentan, debiéndose entender que todo derecho humano o fundamental encuentra su fundamento en la dignidad humana, por lo que la distinción es de forma, y no de fondo; en unos casos los derechos se encuentran establecidos en cartas constitucionales y, en otros, en instrumentos internacionales.

En el transcurso de esta investigación se ha optado por la utilización del concepto “derechos fundamentales”, toda vez que el principio de proporcionalidad como objeto y eje de esta investigación, ha sido desarrollado dentro de la llamadas teoría principialistas de los derechos fundamentales, asentadas en la distinción entre principios y reglas, las cuales tiene su origen y desarrollo jurisprudencial en la teoría jurídica alemana en donde como se ha mencionado se ha desarrollado el término derechos fundamentales.

La formulación concreta de los distintos derechos fundamentales surge de las declaraciones internacionales de derechos, sin embargo, la aportación del derecho alemán se refiere sobre todo al concepto mismo de derechos fundamentales y los contenidos dogmáticos elaborados a su alrededor.

De igual manera se retoma el sentido de resistencia y fortaleza que se la ha asignado a este concepto, así la autora Villaseñor señala que:

el reconocimiento constitucional y la consiguiente vinculación de todos los poderes públicos, con todo lo que ello implica, es el grado mínimo de resistencia que autoriza a calificar un derecho como fundamental. La selección constitucional entre diferentes grupos de derechos, según su grado de resistencia, revela una opción ética o política definidora a su vez de un cierto modelo de organización de la convivencia.²⁹

²⁸ Romero Martínez, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 52

²⁹ *Ibidem*, p. 8

Partiendo de un nivel de análisis desde la teoría del derecho y la dogmática jurídica, Ferrajoli propone una definición aplicable a cualquier ordenamiento jurídico positivo, definiendo a los derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”³⁰, esta definición proporciona elementos esenciales para la comprensión de los derechos fundamentales en el contexto constitucional y determinar cuáles derechos son considerados fundamentales.

Al respecto el autor Carbonell al analizar la anterior definición, destaca que al ser la Constitución la fuente primordial de los derechos fundamentales, influye de manera práctica en su tratamiento normativo y en especial en su forma de interpretación, dicha apreciación reafirma la necesidad de analizar el principio de proporcionalidad y la ponderación como los medios más idóneos para lograr la adecuada interpretación constitucional de los derechos fundamentales.

1.4.2 Importancia y Naturaleza de los Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales actúan legitimando, creando o manteniendo consenso, garantizan la libertad individual y limitan el poder estatal, son importantes para los procesos democráticos y del Estado de Derecho, influyen en todo su alcance sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto, y satisfacen una parte decisiva de la función integración, organización y dirección jurídica de la Constitución.³¹

³⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, México, Trotta, 1999, p. 37

³¹ Hesse, Konrad, “Significado de los Derechos Fundamentales”, en Brenda, Ernesto *et. al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, pp. 90 y ss.

Ferrajoli considera que los derechos fundamentales tiene un papel trascendente en la democracia constitucional al limitar al poder político, bajo el principio de soberanía popular y la regla de la mayoría, por medio de los derechos fundamentales de todos, incluidos la minorías, así “los derechos fundamentales se afirma como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte”.³²

Esta subordinación de las normas o leyes al contenido de los derechos fundamentales produce un efecto relevante en el tratamiento del principio de proporcionalidad como medio de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, ya que “deriva en que el juez , en su tarea de adecuar la norma al caso concreto, supera la tarea de interpretar la ley más allá de buscar el sentido de lo que fue la intención del legislador, o el “sentido de la ley”, sino hacia un análisis crítico que debe trascender a encontrar si la propia ley, responde a legitimidad constitucional, a la luz de los derechos fundamentales”.³³

En cuanto a la naturaleza de los derechos fundamentales encontramos postura del jurista argentino Genaro R. Carrió³⁴, quien establece la naturaleza de los derechos fundamentales en tres principios y las combinaciones que de ellos se deriven:

a) Inviolabilidad de la persona: no pueden imponerse sacrificios a un individuo solo en razón de que ellos redundan en beneficios de otros individuos,

b) Autonomía de la persona: es libre la realización de cualquier conducta que no perjudique a terceros, por lo que la persecución de planes de vida racionales y de ideales de excelencia racionales tienen valor intrínseco

³² Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 3ª ed., 2007, p. 12

³³ Orellana Wiarco, Octavio, “El derecho fundamental de la proporcionalidad en materia penal” en Cienfuegos Salgado, David, Vásquez Muñoz, Tania C. (coords.), *Derecho Penal Mexicano: Estudios y reflexiones sobre el diseño del sistema penal en México*, México, Inacipe, 2014, p. 375.

³⁴ Carrió R. Genaro, *Los derechos humanos y su protección*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pp. 14 y 15, citado en Orellana Wiarco, Octavio, *op. cit.*, p. 377

c) Dignidad de la persona: debe tratarse y juzgarse a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades suyas no controlables por ellos.

1.5 Los Derechos Fundamentales como Principios

Los Principios adquieren relevancia al cambiar la concepción del orden jurídico y con ello de lo que se debe entender por una Constitución, de esta manera la concepción valorativa de la Constitución tiene su origen en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y culmina con la sentencia de la primera sala de dicho Tribunal emitida el 15 de enero de 1958 conocida como la sentencia Lüth 1958, donde se establecen los conceptos centrales de valor, ordenamiento valorativo, jerarquía valorativa y sistema de valores.

En dicha sentencia, se condena Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, a abstenerse de solicitar a los dueños de teatro y cines alemanes de quitar de su programación la película *Unsterbliche Geliebte* (Amada Inmortal).

Tal condena, constituye a decir del tribunal, una limitación al derecho de libre expresión, reconociendo que en el fondo se encuentra “la cuestión fundamental de si las normas de derechos fundamentales pueden tener efectos sobre el derecho civil y como deben entenderse estos efectos en particular...”³⁵, reconociendo al respecto, dos posiciones extremas, la que afirma que los derechos fundamentales se dirigen exclusivamente al Estado y la otra que algunos derechos fundamentales, por su importancia, son válidos en las relaciones jurídicas privadas y frente a cualquier persona.

A continuación, el Tribunal realiza una precisión en relación a la función de los derechos fundamentales, afirmando que:

³⁵ *Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]*, <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf> consultado 19 de agosto de 2015.

sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado...Este sentido tienen también los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, la cual –al anteponer el capítulo de derechos fundamentales dentro de la Constitución– quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado.³⁶

Conforme a lo anteriormente expresado, el Tribunal establece en su punto primero que:

“1. Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho.”³⁷

La idea de basar la interpretación de los derechos fundamentales en su identificación como elementos normativos distintos a las reglas, es decir, como principios, constituye la base de la teoría de los derechos fundamentales.

Esta teoría es el sustento que implica la aplicación del principio de proporcionalidad, por lo cual es necesario tocar los puntos esenciales que nos permitirán sustentar la hipótesis de esta investigación.

Así una de las ideas más importantes de la teoría del derecho contemporánea es que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, sino también por principios.

Kelsen en su Teoría pura del derecho establece la estructura de las reglas como único elemento que componía al derecho, bajo la estructura condicional hipotética de “Si A entonces B”, norma que prevé que la suceder el supuesto de

³⁶ *Ídem.*

³⁷ *Ídem.*

hecho A, el juzgador debe imputar la sanción B a quien hubiere realizado la acción prevista en dicho supuesto, siendo aplicada por el método de la subsunción, silogismo en donde la premisa mayor se compone por la norma y la menor con un enunciado de forma x es A, derivando a la conclusión de que debe aplicarse la sanción B al caso x por ser un caso A.

En contraposición a lo anterior, las teorías de Dworkin y Robert Alexy proponen la introducción de la existencia de normas distintas a las reglas llamadas principios, lo cual a su vez implica el desarrollo de la ponderación como una nueva forma de aplicación de los derechos.

A reserva de desarrollar con mayor amplitud la definición y características de los principios se puede señalar que los principios son normas dotadas de una estructura distinta a la condicional hipotética, entendidos como mandatos de optimización que se caracterizan porque se pueden cumplir en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.³⁸

Sin embargo, antes de exponer las principales posturas teóricas que consideran a los derechos fundamentales como normas jurídicas expresadas bajo una estructura principialista lo cual determina el método de interpretación y aplicación, es necesario clarificar el concepto de principio en base a su diferencia con las reglas.

1.5.1 Principales propuestas teóricas sobre los Derechos Fundamentales como Principios

³⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Culturales, 2012, p. 68.

1.5.1.1 Teoría de Ronald Dworkin

Se debe comenzar por señalar que Ronald Dworkin critica las doctrinas positivistas que han venido controlando el pensamiento jurídico. La principal razón en que sustenta su crítica es que las concepciones del derecho formalistas desconocen la práctica jurídica, en la cual no existe una separación absoluta entre el derecho y la moral.

Este autor considera que el derecho se integra principalmente por reglas, añadiendo las categorías de principios y directrices, para dicho autor una directriz es una norma que propone un objetivo a alcanzar de tipo económico, social o político; por su parte, un principio es una exigencia de justicia que debe ser cumplida, de ahí el peso de moralidad que tienen los principios.³⁹

La diferencia entre reglas y los principios propuesta por Dworkin es de tipo aplicativo, ya que las reglas tienen una orientación silogística: si se cumplen las circunstancias estatuidas por ésta, debe aplicarse la consecuencia prevista. Pero no es así como operan los principios, ya que ellos no establecen consecuencias que se alcancen necesariamente cuando se cumplan determinadas condiciones.

La dimensión del peso es sin duda el elemento principal que Dworkin utiliza para diferenciar los principios de las reglas, elemento relevante para comprender la manera en la cual se resuelven las controversias entre principios, aludiendo indirectamente a la función judicial, así el autor afirma que “los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren...quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”⁴⁰

³⁹ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, traducción de Marta Gustavino, 2ª ed., España, Editorial Ariel, 1989, p. 73

⁴⁰ *Ibidem*, p. 77

1.5.1.2 Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy

Para entender el concepto de principio consideramos necesario remitirnos a la teoría de los derechos fundamentales del autor Robert Alexy que es sin duda un referente actual en la materia.

En su Teoría de los derechos fundamentales, Alexy propone investigar estructuras tales como la de conceptos de derechos fundamentales, la influencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y la fundamentación de los derechos fundamentales.

El autor señala que su material más importante es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Dicha teoría se guía por la pregunta ¿cuál es la decisión correcta desde el punto de vista de los derechos fundamentales y de la fundamentación racional de los derechos fundamentales?

Para Alexy, toda aseveración acerca de la existencia de un derecho fundamental, presupone la vigencia de una norma de derecho fundamental.

El autor designa a las normas de derecho fundamental expresas como aquéllas directamente establecidas por las disposiciones de la Ley Fundamental (lo equivalente a la Constitución) alemana, (artículos 1 a 9, 20 párrafo 4, 33, 38, 101, 103 y 104). Además, existen normas de derecho fundamental que no están establecidas directamente por el texto constitucional, sino que más bien están adscritas a las normas expresas.

Alexy en su obra aborda los principios al estudiar la estructura de la norma de derecho fundamental.

La norma de derecho fundamental es aquella que, en el ámbito constitucional, positiviza los derechos humanos, como derechos de vigencia inmediata.

Por lo tanto, para Alexy la norma de derecho fundamental contiene una estructura como principios, por lo cual establece la distinción entre principios y reglas como la base para una teoría de los límites de los derechos fundamentales, las posibles colisiones entre derechos fundamentales y el papel que juegan estos derechos en el sistema jurídico.

Tanto las reglas como los principios son normas, sin embargo, los principios denominados por Alexy como Mandatos de Optimización, es decir son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, asignándoles las siguientes propiedades:

1.- Pueden cumplirse en diferente grado

2.- La medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también jurídicas, estas posibilidades jurídicas se determinan por los principios y regla opuestos.

En cambio, las reglas solo pueden ser cumplidas o no, si una regla es válida debe hacerse exactamente lo que exige.

Cuando existe un conflicto entre reglas, hay dos formas de solucionarlo. La primera es introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto. La segunda es declarando inválida por lo menos una de las reglas, a través de reglas tales como *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*, aunque también es posible proceder con la importancia de las reglas en conflicto. En todo caso, la decisión que se toma para solucionar un conflicto de reglas es una decisión acerca de la validez de alguna de ellas.

El conflicto o colisión entre principios no es un problema que se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino ponderando a qué principio se le debe dar un mayor peso específico. En este sentido, el autor establece que, bajo ciertas circunstancias, un principio precede a otro. A esto Alexy llama la ley de colisión.

Ahora bien, para que la ponderación entre diversos principios siga siendo racional, el autor formula también una ley de ponderación. De esta forma, la medida de satisfacción o de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, deberá depender del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya desde la misma definición de principio, que es un mandato de optimización en la medida de lo posible, aquello que es ordenado por el principio fue puesto en relación con aquello que es ordenado por principios opuestos.

El autor analiza también las restricciones de los derechos fundamentales. En primer lugar, una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Ahora bien, existen dos tipos de restricciones fundamentales, las que son directamente constitucionales y las que son indirectamente constitucionales. Las restricciones de rango constitucional son directamente constitucionales.

La importancia de esta teoría para el desarrollo de este trabajo de investigación radica en que Alexy relaciona su Teoría de los derechos fundamentales con su Teoría de la argumentación jurídica, de la siguiente manera: un discurso iusfundamental es un procedimiento argumentativo y de lo que se trata es de lograr resultados iusfundamentales correctos sobre los criterios expuesto.

1.5.2 Desarrollo de la concepción de los derechos fundamentales como principios en el Derecho Mexicano

En el ámbito jurídico mexicano, sea encontrado una resistencia a la comprensión y adopción de la idea de derechos fundamentales, esto se puede ver reflejado aun en la actualidad en la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011 en la cual se cambió la denominación del capítulo primero

de la Garantías Individuales por la de los Derechos Humanos y sus Garantías, ya que existe aún una confusión entre las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales que se remonta a una conceptualización positivista sobre la idea de la certeza y al seguridad jurídica prevaleciente en la tradición romano – germánica.

La certeza jurídica es uno de los paradigmas que más ha tenido impacto en la mentalidad de abogados y juristas, apreciable en las constantes citas en demanda y resoluciones convirtiéndose en un signo de la aplicación mecánica de las normas bajo el dístico latino *Dura lex sed lex*, lo cual ha llevado a una aplicación irreflexiva e las normas jurídicas.

Por lo cual se ha producido un retraso en el estudio y creación de una teoría jurídica basada en las disciplinas de corte holístico e integral como la hermenéutica jurídica, la lógica operativa, la nueva retórica y el discurso principialista del derecho.

En este contexto, recientemente con la interpretación del caso Radilla resuelto por la Suprema Corte, surge el tema del método de la convencionalidad como forma de optimizar los distintos derechos fundamentales contenidos en la Constitución y los derechos contenidos en los instrumentos internacionales, lo cual obliga al operador judicial y administrativo a realizar este ejercicio hermenéutico cuando se encuentra involucrados derechos humanos.

El autor Carbonell al formularse la pregunta ¿Cuáles son los derechos fundamentales en México?, apela al propio ordenamiento constitucional para responder que son aquellos que, según el texto de la Constitución mexicana, corresponden universalmente a todos, señalando que estos se pueden encontrar en cualquier parte del texto constitucional, sin buscar exclusivamente en los primeros 29 artículos, ya que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que hay derechos fundamentales en diversos artículos como el 31 respecto a las obligaciones de los mexicano y el 123 respecto de los derechos de los trabajadores.⁴¹

⁴¹ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 52

Este autor considera que las fuentes del derecho y de los derechos fundamentales son las siguientes:

- a) la constitución
- b) la reforma constitucional
- c) los tratados internacionales
- d) la jurisprudencia

Respecto del empleo del término de garantías en los textos constitucionales mexicanos, este aparece en diversos ordenamientos históricos que pueden resumirse de la siguiente manera:⁴²

Aparece en el Reglamento provisional político del Imperio Mexicano de 18 de diciembre de 1822⁴³ ya que su artículo 9 decía: El gobierno mexicano tiene por objeto la conservación, tranquilidad y prosperidad del Estado y su individuos, garantizando los derechos de libertad, propiedad, seguridad e igualdad legal...”

Reaparece su utilización en el primer proyecto de Constitución de 1842⁴⁴ donde se emplea el término “garantías individuales” como título al artículo 7º que en quince fracciones establecía los derechos protegidos por la constitución.⁴⁵

Se encuentra en el artículo 5º del Acta Constitutiva de Reformas de 1847, así como en la sección quinta del Estatuto Orgánico Provisionales de la República de mayo de 1856.

En la Constitución de 1857 se abandona este término y se integra el de Derechos del Hombre en su sección I del título I, sin embargo, en el artículo primero se establecía la tutela al exigirá a las autoridades el deber de “respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución”.

⁴² Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, pp. 167 - 169

⁴³ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, 14ª. ed., México, Porrúa, 1987, p. 125

⁴⁴ *Segundo Proyecto de Constitución*, Leído en la Sesión del Congreso de 3 de noviembre de 1842, https://constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/269/1/images/2do_proyecto_constitucion_3_11_1842.pdf

⁴⁵ Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, pp. 307-340

Finalmente, en el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano expedido en 1865 se utilizó de nuevo el término Garantías Individuales para denominar su título XV.

1.6 La Idea de la Proporcionalidad en el Ámbito Jurídico

La proporcionalidad como principio "tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la "proporcionalidad" de las leyes ligándolo con el principio de "Estado de Derecho" y, por ende, con el valor justicia".⁴⁶

Este principio persigue la "intervención mínima" del Estado, al regular el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades.

En el ámbito penal se relaciona con la construcción dogmática del delito y con los actores jurídicos; "se aplica en el momento en el que se crea la norma por los legisladores, cuando es aplicada por los jueces y opera también en la fase de ejecución de las penas."⁴⁷

La proporcionalidad en materia jurídica es un concepto desarrollado principalmente en el derecho continental alemán y español, desarrollado posteriormente en las teorías de origen neoconstitucionalista y garantistas posteriores a la segunda guerra mundial, bajo la premisa de que es indispensable establecer un orden jurídico con base en principios y derechos humanos.

Esto se tradujo en teorías de los derechos fundamentales y teorías garantistas en materia penal que proponen la existencia de principios como

⁴⁶ Rojas, Ivonne Yenissey, "La Proporcionalidad de las Penas", en Cienfuegos Salgado, David y Cifuentes Vargas, Manuel, (coords.) *El Ilícito y su Castigo: Reflexiones sobre La Cadena Perpetua, La Pena de Muerte y La Idea de Sanción en El Derecho, México*, Editorial Laguna-Fundación Académica Guerrerense, 2009, p. 275

⁴⁷ *Ídem*.

elementos que dan origen y guían la finalidad del proceso penal y la actuación de la autoridad.

1.7 El Principio de Proporcionalidad en Materia Penal o Proporcionalidad Penal

El concepto de proporcionalidad de las penas es producto de una evolución histórica, introducido para limitar al *ius puniendi*.

Luna Castro⁴⁸ establece que los principios constitucionales limitadores del derecho penal subjetivo son los siguientes:

- a) Principio de legalidad penal
- b) Subprincipios de la exigencia de la legalidad penal
- c) La seguridad jurídica como principio
- d) Principio de Igualdad
- e) Principio de humanidad o dignidad humana
- f) Principio de Proporcionalidad o prohibición de exceso o déficit
- g) Principio de “*ne bis in ídem*”

Así podemos observar que dentro de esta clasificación se encuentra el Principio de Proporcionalidad en materia penal, que es un parámetro de evaluación del sistema penal.

Conforme a este principio, en un estado constitucional de derecho, las leyes penales no deben prever marcos punitivos exagerados o desorbitados, ni tampoco los jueces al momento de individualizar las penas pueden fijarlas en exceso, ya que

⁴⁸ Luna Casto, José Nieves, *La aplicación de las penas en México*, México, Porrúa, 2010, p. 20

en ambos casos se atenta contra la proporcionalidad que debe guardar relación con la gravedad de la acción delictiva.

Este principio contiene dos aspectos principales: una proporcionalidad abstracta (prohibición de conminaciones desproporcionadas al momento de legislar) y una proporcionalidad concreta (prohibición de imposición de penas desproporcionadas por parte del juzgador).⁴⁹

Esta proporcionalidad implica una adecuada ponderación de factores como la gravedad de la conducta, el objeto de la tutela y las consecuencias jurídicas, implica además la búsqueda de la adecuada relación entre la gravedad de la sanción y la importancia del bien jurídico tutelado.

La exigencia de la proporcionalidad se define como un subprincipio derivado del principio de la necesidad de la pena y se explica en los siguientes términos:

La pena ha de ser proporcional a la gravedad de la afectación producida. A efecto de la ponderación de la gravedad entrar en juego la importancia del bien jurídico, la intensidad de su afectación –no es lo mismo si solo hubo un riesgo o una lesión efectiva-, así como aspecto subjetivos referidos a la acción, esto es, dolo o imprudencia.⁵⁰

La idea de proporcionalidad en materia de derecho y en especial en relación a la aplicación de las penas, ha sido comentada por autores como Michael Foucault quien expresa al respecto:

Las prácticas judiciales —la manera en que, entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la

⁴⁹ *Ibidem*, p. 42

⁵⁰ Bustos Ramírez, Juan J. –Hormanzabal Malré, Hernán, Nuevo sistema de derecho penal, Madrid, Trotta, 2004, p. 35 citado en Luna Casto, José Nieves, *op. cit.*, pp. 43-44

reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas o, si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia— creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas.⁵¹

El mismo autor Michael Foucault en su obra *Vigilar y Castigar* establece una relación entre castigo y el delito:

El castigo ideal será trasparente al crimen que sanciona; así, para el que lo contempla, será infaliblemente el signo del delito que castiga; y para aquel que piensa en el crimen, la sola idea del acto punible despertará el signo punitivo. Ventaja en cuanto a la estabilidad de la relación, ventaja en cuanto al cálculo de las proporciones entre delito y castigo y en cuanto a la lectura cuantitativa de los intereses; ventaja también puesto que, al tomar la forma de una serie natural, el castigo no aparece como efecto arbitrario de un poder humano: "Deducir el delito del castigo es la mejor manera de proporcionar el castigo al crimen. Si aquí reside el triunfo de la justicia, reside igualmente el triunfo de la libertad, ya que, no procediendo las penas de la voluntad del legislador, sino de la naturaleza de las cosas, se deja de ver al hombre haciendo violencia al hombre." En el castigo analógico, el poder que castiga se oculta."⁵²

De igual manera, en el ámbito de la teoría jurídica mexicana, encontramos antecedentes de la idea de proporcionalidad en la obra del jurista mexicano Manuel de Lardizábal y Uribe quien en su *Discurso sobre las Penas* refiere:

⁵¹ Foucault, Michel, *La Verdad y las formas Jurídicas*, España, Ed. Gedisa, 2009, p. 5.

⁵² Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión*, Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 2002, p. 97

Pero después que el estudio de la filosofía, de la moral, de la política, de las letras humanas, y de las ciencias naturales, habiendo ilustrado más los entendimientos, suavizó también, y moderó las costumbres; después que dio a conocer todo el precio de la vida y de la libertad del hombre, y se substituyó ésta a la esclavitud, igualmente que la humanidad y la dulzura a la severidad y al rigor, no podía ocultarse ya la indispensable necesidad de reformar las leyes criminales, de mitigar su severidad, de establecer penas proporcionadas a la naturaleza de los delitos, a la mayor sensibilidad de los hombres, y al diverso carácter, usos y costumbres que habían adquirido las naciones.”

Éste es puntualmente el fin y objeto de las leyes criminales, tan antiguas por esta razón como la misma sociedad, y de las cuales, como se ha dicho, depende inmediatamente la justa libertad del ciudadano, por consiguiente, su verdadera felicidad. Mas para que estas leyes consigan tan saludable fin, es necesario, que las penas impuestas por ellas se deriven de la naturaleza de los delitos; que sean proporcionadas a ellos; que sean públicas, prontas, irremisibles y necesarias; que sean lo menos rigurosas que fuere posible atendidas las circunstancias; finalmente que sean dictadas por la misma ley.⁵³

En el Estado Constitucional de Derecho, la irrupción del nuevo constitucionalismo, el neoconstitucionalismo, como se le suele llamar, rompe con la imagen en la que prevalece la voluntad del legislador, pues la afirmación de la rigidez constitucional y de los órganos de justicia constitucional significa un redimensionamiento sustancial del poder legislativo, al cual, para decirlo mediante una fórmula simplificadora, se le substraen su carácter de omnipotencia en cuanto a la producción jurídica.

⁵³ Lardizábal y Uribe, Manuel, *Discurso sobre las Penas*, Argentina, Biblioteca Virtual Universal, págs. 3 y 13, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/70806.pdf>

El legislador, en el Estado Constitucional de Derecho, ya no es omnipotente, sino que constituye un poder limitado, 'acotado' como se suele decir, y no solo encuentra límites en su acción institucional, sino que encuentra también vínculos, pues la esfera de lo indecible de la cual hablamos antes, contiene dos aspectos:

Uno Negativo, relacionado con los límites que el legislador encuentra en la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria (para proteger los principios y valores inscritos en la constitución como aspiraciones colectivas); y otro, Positivo, relativo a los vínculos que la misma constitución, en sus principios y valores fundacionales, impone al legislador como tareas a cumplir.⁵⁴

1.8. Concepción del Principio de Proporcionalidad en el Derecho Continental Europeo

En el contexto europeo, el principio de proporcionalidad nace en el derecho alemán y es reconocido en 1970 por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas⁵⁵, dando inicio a un diálogo con los jueces de los Estados miembros, quienes poco a poco introducen este principio en su jurisprudencia interna buscando garantizar los derechos y libertades así como el control al exceso de poder en las decisiones administrativas discrecionales.

A pesar de que no hay consenso sobre su forma definitiva, es posible constatar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE-, al realizar el control de proporcionalidad sobre las decisiones de los Estados miembros, verifica la existencia de al menos una de las siguientes condiciones:

- i) La medida es adecuada en relación con el objetivo asignado por su autor, ii) la medida es necesaria en el sentido que no debe existir otra

⁵⁴ Rentería Díaz, Adrián, "Constitución y Democracia ¿Límites y Vínculos?", *Revista Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, Departamento de Relaciones Internacionales y Ciencia Política del Tecnológico de Monterrey, México, 2007, CONfines 3/6 agosto – diciembre 2007, p. 10.

⁵⁵ En la decisión "Internationale Handelsgesellschaft mbH". Asunto 11/70. Sentencia del 17 de diciembre de 1970.

alternativa más eficaz y menos restrictiva de los derechos e intereses en conflicto que la medida que ha sido tomada y iii) La medida es proporcional en stricto sensu o encuentra un « justo equilibrio » entre los intereses opuestos en el caso bajo estudio.⁵⁶

Este principio también ha sido aplicado por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, al realizar un control de proporcionalidad basado en los siguientes parámetros: constata la limitación de los derechos garantizados, verifica si esa limitación está prevista en la Ley, luego comprueba si está justificada en la consecución de alguno de los fines legítimos; y finalmente, examina si la limitación del derecho «era necesaria en una sociedad democrática» para la satisfacción de los fines perseguidos.⁵⁷

El principio de proporcionalidad se encuentra reconocido, en efecto, en el plano supranacional europeo y constituye, en consecuencia, Derecho aplicable para los respectivos Estados miembros. Los ordenamientos nacionales, por su parte, aunque con distinto alcance y contenido según los casos, también lo han consagrado en su ámbito interno, al margen de su pertenencia a la Comunidad Europea o al Consejo de Europa. Tiene, por ejemplo, una importancia extraordinaria en el seno del Derecho Público (Constitucional y Administrativo) alemán (1), austríaco o suizo.

En el ordenamiento jurídico español, el principio de proporcionalidad no está establecido constitucionalmente, sin embargo el Tribunal Constitucional español ha reconocido su aplicación en el ámbito de las medidas restrictivas de los distintos derechos fundamentales, en el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha invocado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, influyendo en la jurisprudencia.⁵⁸

⁵⁶ Reyes Sarmiento, Lina Marcela, “La aplicación del principio de proporcionalidad por el CIADI a la luz de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH. ¿Un diálogo persuasivo?”, en *La creación judicial del derecho y el dialogo entre jueces*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 2017, p. 1

⁵⁷ *Ibidem*, p. 2

⁵⁸ Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, pp. 112 - 113

El principio de proporcionalidad en el derecho alemán, con una elaboración jurisprudencial y doctrinal más que centenaria, ha adquirido carta de ciudadanía en todos los manuales y tratados de Derecho Público alemán (*Allgemeines Verwaltungsrecht, Staatsrecht o Verfassungsrecht*), considerado ya como principio general que surca el entero Derecho Administrativo y Constitucional. Ocupa un lugar destacado en la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa y apenas hay investigación doctrinal en el ámbito del Derecho Público que pueda excluir su estudio y aplicación.⁵⁹

1.9 Relación entre el Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales.

Si todos los derechos fundamentales inicialmente tienen un ámbito de protección que se expande casi ilimitadamente, entonces no hay modo de evitar que choquen entre sí.

La Constitución sería a primera vista un hervidero de derechos en constante e infinito choque y contradicción y en descarnada pugna por imponerse unos sobre otros a fin de lograr la requerida optimización.

Como el derecho sí pretende algún grado de eficacia, debe ser comprobado en su utilidad para regular y ordenar las relaciones humanas en la realidad, por lo que es imprescindible encontrar la manera de determinar cuál de los dos contenidos contradictorios entre sí deberá prevalecer.

Optar por la maximización de un principio o derecho fundamental en lugar de su contrario depende de que sea posible dar mayores y mejores razones para establecer cuál derecho deberá prevalecer y cuál deberá ser postergado.

⁵⁹ Barnes, Javier, "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado", *Revista de administración pública*, núm. 135, 1994, pp. 495-538

De esta manera, el principio de proporcionalidad dentro de las teorías absolutas, relativas y externas, tiene la misión de sopesar el contenido prima facie de los derechos fundamentales a fin de establecer cuál de ellos tiene un mayor peso en las circunstancias del caso concreto a fin de hacerlo prevalecer sobre el otro derecho fundamental, así, el principio de proporcionalidad se convierte en la figura decisiva para la determinación y diferenciación de posiciones jurídicas vencedoras y vencidas en los casos concretos.

El principio de proporcionalidad forma parte de la hermenéutica jurídica propuesta por el autor Robert Alexy para resolver casos difíciles de derechos humanos en base a la teoría de los principios, estableciendo un sistema de interpretación de derechos considerados como modelos morales universales.

Esta propuesta se relaciona con la institucionalización de la moral y la corrección implica la institucionalización de la justicia y a su vez la institucionalización de los derechos fundamentales, los cuales constituirán el mínimo moral de corrección o de justicia que debe existir en el derecho.

La ponderación como parte del principio de proporcionalidad, origina esta nueva visión considerada paradigmática ya que “dicho proceso debe llevarse a cabo mediante un acto de reflexión consciente y asumiendo una postura hermenéutica que dote de materia y substancia a las normas de manera pertinente, en su adecuado y justo contexto.”⁶⁰

⁶⁰ López Sánchez, Rogelio, *Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, 2ª, ed., México, Porrúa, 2013, p. 33

1.10 Concepto de Principio de Proporcionalidad como método de solución de confrontación de Derechos Fundamentales

El Principio de Proporcionalidad ha recibido diversas denominaciones como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad de sacrificio o proporcionalidad de injerencia.

Como principio, el concepto de la proporcionalidad es introducido al evolucionar el derecho en relación a la aplicación de la penas como límite al derecho de castigar del estado, relacionándose con la idea de racionalidad del derecho, “tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la "proporcionalidad" de las leyes ligándolo con el principio de "Estado de Derecho" y, por ende, con el valor justicia.”⁶¹

Este principio tiene dos clases de exigencias: unas extrínsecas y otras intrínsecas. Son externas al contenido de las medidas, el que sólo los órganos judiciales (requisito subjetivo de judicialidad).⁶²

En cuanto a los presupuestos de este principio se ha establecido que “los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica.

El primero exige que toda medida restrictiva de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos.

⁶¹ Rojas, Ivonne Yenissey, *op. cit.*, p. 275

⁶² González-Cuéllar Serrano, Nicolas, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, p. 17.

El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las injerencias del Estado los valores que trata de salvaguardar la autoridad actuante y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos.

El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de los derechos fundamentales tienda a la consecución de fines legítimos.”⁶³

En su carácter de criterio limitador:

el principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesaridad y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si éste resulta a priori absolutamente inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir a todas luces otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia; o desproporcionado en sentido estricto, por generar patentemente más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego. Es al fin elegido por la norma o en su aplicación al que hay que hacerle hablar, el que nos dirá si el medio adoptado quiebra solemnemente los criterios apuntados.⁶⁴

⁶³ González-Cuellar Serrano, Nicolás, “El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Español”, *Cuadernos de Derecho Público No. 5*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, Pág. 2, <http://www.uclm.es/area/procesal/Proporcionalidad.htm>

⁶⁴ Barnes, Javier, “El Principio de Proporcionalidad, Estudio Preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público No. 5*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, Pág. 16, http://www.uhu.es/javier_barnes/Other_Publications_files/El%20Principio%20de%20proporcionalidad%20-%20Estudio%20preliminar0001.pdf

La ponderación y el principio de proporcionalidad están vinculados de manera estrecha, hasta ser considerados parte de una unidad, sin embargo, es necesario precisar las diferencias necesarias para su aplicación.

La ponderación es el género, es una ponderación en abstracto que toma en consideración las circunstancias presentes en un conflicto de derechos fundamentales, conteniendo como diversas técnicas o herramientas de análisis y argumentación entre las que se encuentra el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad cuestiona más la relación entre el fin y el efecto de una intervención en un derecho fundamental, mientras que la aplicación del método de ponderación de bienes supone una valoración de prioridad en el caso concreto de diferentes intereses.⁶⁵

La ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto se trata, por tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.⁶⁶

De conformidad con su caracterización convencional, se entiende por “proporcionalidad” en sentido amplio, también denominada “prohibición de exceso”, el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles, ley del mínimo intervencionismo) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades. En suma, pues, la acción estatal, en cualesquiera

⁶⁵ Barnes, Javier, *op. cit.*, pp. 507 y ss.

⁶⁶ Prieto Sanchís, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derecho y Libertades* núm. 8, 2000, p. 443

de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial) debe ser útil, necesaria y proporcionada.⁶⁷

1.11 Elementos Estructurales del Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), mismo que en las últimas décadas ha recibido gran reconocimiento dentro de la teoría y práctica de la jurisprudencia constitucional, está conformado por tres subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres principios expresan en su conjunto la idea de optimización.

Los principios que mandatos de optimización exigen una optimización respecto de las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización respecto de las posibilidades fácticas, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización respecto de las posibilidades jurídicas.⁶⁸

Se reconoce que el principio de proporcionalidad en sentido amplio, a su vez contiene tres principios: el de adecuación, el de indispensabilidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

Hesse considera que el significado respectivo de los tres principios, denominados como juicios, es el siguiente

Juicio de Adecuación. - Se trata de comprobar si el límite al derecho fundamental es apto, realmente apropiado, la relación entre medio y fin debe iniciar con la determinación si efectivamente existe un motivo que origine esta relación.

Juicio de Necesidad.- Tiene como propósito encontrar el medio menos oneroso con la misma eficacia para el fin perseguido. Implica confrontar los distintos

⁶⁷ Barnes, Javier, *op. cit.*, pp. 500 y ss.

⁶⁸ Alexy, Robert, "Los Derechos Fundamentales y el Principio de Proporcionalidad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril 2011, p. 13

medios aptos e igualmente eficaces para detectar si el límite cuestionado es constitucionalmente lícito por no existir otra restricción menos gravosa.

Juicio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.- Este juicio procura conseguir un equilibrio entre ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho fundamental a fin de proteger otro derecho. Es una ponderación específica sobre el equilibrio que debe existir entre el medio y el fin en términos de costes y beneficios.⁶⁹

El autor Javier Barnes explica la interrelación entre los subprincipios que integran al principio de proporcionalidad de la siguiente manera:

Para superar el primer examen, el de la idoneidad o aptitud, es preciso que la medida al menos facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto; el segundo control, el de la necesidad, se dirige no ya a comprobar que el medio se justifica o legitima por el fin en cuanto susceptible de alcanzarlo, sino más precisamente que es imprescindible porque no hay otra medida más suave o moderada a tal propósito, lo que ha de medirse con parámetros objetivos conforme al cuadro de intereses que representa un ciudadano medio; por último, no basta con que la acción estatal sea apta o idónea, de un lado, y necesaria —la más moderada—, de otro, sino también razonablemente proporcionada en relación con el valor político y social que encierra la finalidad perseguida, en cuya valoración, desde luego, gozan los poderes públicos de un amplio margen de apreciación.⁷⁰

El subprincipio de idoneidad, se refiere al análisis y exclusión de los medios idóneos que obstaculicen la realización de los fines para los cual ha sido adoptado,

⁶⁹ Hesse, Konrad, *op. cit.*, P. 110, citado en Villaseñor, Claudia Alejandra Goyzueta, *Proporcionalidad y Límites de los Derechos Fundamentales, Teoría General y su Reflejo en la Jurisprudencia Mexicana*, Porrúa, México, 2011.

⁷⁰ Barnes, Javier, *op. cit.*, pp. 500

por lo cual se considera es una expresión del Optimo de Pareto conforme al cual se busca mejorar una posición sin perjudicar a la otra.

El subprincipio de necesidad implica exige que “de entre dos medios igualmente idóneos respecto a P1, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto a P2. si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra bajo esta condición, P1 y P2, en conjunto, exigen que sea aplicado el medio que interfiera en menor grado, es decir, nuevamente, un caso del Óptimo de Pareto.⁷¹

Por último, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, contiene el sentido de la ponderación con referencia a las posibilidades jurídicas, en este sentido Alexy lo identifica con la llamada “ley de ponderación” enunciada de la siguiente manera: «cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.», esta ley es ampliada en la denominada fórmula del peso.

La fórmula del peso define al peso, en el caso concreto, de un principio P_i en relación con un principio opuesto P_j (W_i, j), como el cociente resultante de, primero, el producto obtenido de multiplicar la intensidad de la interferencia en P_i (I_i) por el peso abstracto de P_i (W_i) y por el peso de la confiabilidad de las apreciaciones empíricas referidas a lo que la medida en cuestión significa para la no realización de P_i (R_i), y, segundo, el producto de los valores correspondientes respecto a P_j , ahora respecto de la realización de P_j . esto se expresa de la siguiente manera:⁷²

⁷¹ Alexy, Robert, “Los Derechos Fundamentales y el Principio de Proporcionalidad” *op. cit.*, p. 15

⁷² *Ibidem.*, p. 16

Figura I.

Formula del Peso de Robert Alexy

$$WP_{i,C} = \frac{IP_{i,C} - WP_{i,A} - RP_{i,C}}{SP_{i,C} - WP_{i,A} - RP_{i,C}}$$

F. D. Alexy del Derecho

Fuente: Alexy, Robert, "Sobre la Estructura de los Derechos Fundamentales de Protección" en Sieckmann, Jan-R. (ed.), *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales, Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, 2011, p. 125

1.12 Conclusiones

Posterior a la segunda mitad el siglo XX, se produjo un cambio de paradigma en el derecho constitucional, que propicio el entendimiento de las constituciones y el derecho desde una visión allegada al estado de derecho democrático, al considerar a la constitución como un elemento normativo superior que mantiene una estrecha relación con el orden democrático y la soberanía popular, esta relación surge a través del contenido de derechos fundamentales que actúan como contrapoderes al a voluntad de la mayoría, dando forma y sobre todo validez material al contenido del sistema democrático y regula el actuar de los órganos estatales.

Este cambio se ha desarrollado bajo las posturas filosóficas y teóricas del neoconstitucionalismo, conforme a las cuales el orden jurídico queda sometido al contenido constitucional conformado primordialmente por derechos fundamentales expresados en normas de optimización bajo la estructura de principios, dejando la formalidad y buscando el respeto a la dignidad humana, así como la concreción y armonización de los derechos fundamentales para lograr la eficacia social de dichas normas, lo cual ha producido al rompimiento de la visión tradicional de las escuelas de interpretación y argumentación basadas en el formalismo.

Los derechos fundamentales constituyen así, normas jurídicas objetivas que se pretenden validar en las decisiones jurídicas, garantizan la libertad individual y limitan el poder estatal, estos derechos conforma un sistema normativo de principios que actúan como fundamento de la interpretación constitucional como un parámetro de interpretación jurídica, reconociendo la existencia de colisión de principios como derechos fundamentales.

En la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales es importante tener clara distinción entre reglas y principios, de esta manera se reconoce la existencia de normas con una estructura diferente que requieren un método de aplicación distinto al silogismo y la subsunción, así con base en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy se reconocen elementos específicos a las normas que contienen derechos fundamentales que hacen necesario aplicar la ponderación de derechos en los casos en que se presenten confrontaciones entre derechos.

A primera vista, existe una diferencia específica entre la proporcionalidad penal y el principio de proporcionalidad, siendo que el primer tipo de proporcionalidad se define como un subprincipio derivado del principio de la necesidad de la pena, por el cual la pena ha de ser proporcional a la gravedad de la afectación producida y por el contrario el principio de proporcionalidad forma parte de una hermenéutica jurídica para resolver casos de confrontación de derechos fundamentales, tema que se tratara con mayor precisión en los capítulos siguientes.

El principio de proporcionalidad como técnica hermenéutica se conforma de tres elementos principales, llamados a su vez subprincipios, los cuales son el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, entre los cuales existe una interrelación de fases de son precisas superar al realizar el análisis de la confrontación de derechos en un caso concreto, esta técnica tiene relevancia en función de la búsqueda de alcanzar un máximo grado de corrección en la aplicación de los normas de derechos fundamentales basado en la racionalidad de las decisiones judiciales y la superación del formalismo positivista.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PROPORCIONALIDAD DENTRO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

2.1 Introducción.

Dentro de la variedad de autores y estudios contemporáneos sobre el principio de proporcionalidad, surge la pregunta de si ¿existe una sola formulación del principio de proporcionalidad?

Sin duda se puede responder a esta interrogante de manera negativa, ya que, si bien la modalidad alemana es la más difundida, en el contexto europeo aparecen alternativas como en el Reino Unido y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

Se ha podido constatar que existen dos grandes modos de describir el principio de proporcionalidad: uno que mira el test como un criterio de optimización de intereses (*optimizing conception*) o un balanceo optimizador y, por otra parte, la noción “limitativa del Estado” (*state-limiting*) que aquí denominaremos concepción garantista de derechos (o simplemente, garantista), por ser ésta más representativa de la exigencia del estándar donde radica aquella crucial diferencia entre una y otra formulación.¹

En relación al objeto de estudio de este trabajo, dentro de este capítulo me centraré en la normativa convencional y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos representado principalmente por los criterios de la Corte

¹ Covarrubias Cuevas, Ignacio, “¿Emplea el tribunal constitucional el test de proporcionalidad? (128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2014, Año 12, N° 1, p. 169.

Interamericana de Derechos Humanos que constituye una versión alternativa a la germana en materia del principio de proporcionalidad.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha establecido una serie de criterios generales que han aportado a los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos elementos para plantear escenarios de transición conformes con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y eventualmente no ser responsables en el ámbito internacional por un hecho ilícito internacional al propiciar la violación de los Derechos Humanos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.

Por lo cual, el presente apartado se tratará de identificar los criterios que los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos deben observar en materia de proporcionalidad en el momento de adoptar un marco de justicia transicional a la luz de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En este capítulo se analizará la manera en la cual la idea de la proporcionalidad y el principio de proporcionalidad han sido recibidos y adoptados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pretendiendo encontrar las particularidades asignadas como criterios jurídicos de interpretación en relación con los derechos protegidos por las convenciones que componen este sistema, así como la forma en que este principio se ha utilizado por los organismos de tipo jurisdiccional al resolver casos en los que se reclama la violación a derechos fundamentales, lo anterior con la finalidad de comprender de manera más amplia la figura del principio de proporcionalidad en sus elementos principales y forma de aplicación.

Lo anterior es importante para la conformación de una postura clara sobre el principio de proporcionalidad en el derecho interno mexicano, ya que el estado mexicano es parte del sistema interamericano de derechos humanos a través de los diversos tratados y convenciones suscritos, dicha situación adquiere un nivel de trascendencia por la nueva configuración del sistema jurídico a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos conforme a la cual las autoridades

deben conocer y aplicar el marco normativo surgido del sistema interamericano en todos los actos y resoluciones que impliquen un tema de derechos fundamentales protegidos por este sistema, encontrándose dentro del mismo lo concerniente al principio de proporcionalidad por su relación directa con la vigencia material de los derechos fundamentales.

Esta necesidad de adoptar o trasplantar ideas y conceptos constitucionales del sistema interamericano al derecho interno mexicano genera varias dificultades y problemas abstractos y concretos que se pueden abordar con mayor eficacia si se conoce de mejor manera las características y elementos del concepto, como lo es el principio de proporcionalidad.

2.2 Integración del Principio de Proporcionalidad en el orden jurídico internacional a través de las Convenciones sobre Derechos Humanos.

La conformación del sistema de derecho internacional posterior a la segunda guerra mundial, se vio consolidado con la introducción de los derechos humanos como elementos fundamentales de su existencia y fuerza de aceptación política y social por los Estados.

Surge de esta manera un ideal humanista del universalismo, propiciando que el derecho internacional deje de ser influido de manera principal por los Estados y su derecho público.

Al respecto Kelsen, bajo una visión forma del derecho, consideraba que el orden estatal y el orden internacional formaban parte de un solo derecho al unirse por las normas del derecho internacional que le otorgaban validez al orden constitucional estatal, posición que fue criticada en razón del status de ordenamientos originarios de los Estados reconocido con anterioridad al surgimiento del orden internacional, sin embargo, la teoría de Kelsen aporta una consideración de gran importancia sobre la soberanía estatal y su relación con el orden internacional, al establecer que la soberanía externa del Estado no es

absoluta y se encuentra subordinada a dos normas fundamentales que son la tutela de la paz y la de los derechos humanos.²

Es a partir de la suscripción de Carta de las Naciones Unidas como origen del derecho internacional de los derechos humanos, cuando se comienza a conformar un orden jurídico internacional que comprende tanto a Estados como a personas y pueblos, sin embargo, el avance económico y político influenciado principalmente por el neoliberalismo hace necesario el establecimiento de un constitucionalismo mundial “que fundado en el constitucionalismo estatal, no solo proclame derechos humanos sino establezca garantías en su defensa”³.

En este contexto, el principio de proporcionalidad desempeña un papel importante en la realización del ideal de garantizar la defensa de los derechos humanos en el ámbito del orden jurídico internacional.

Como se mencionó en el capítulo primero de ese trabajo, el principio de proporcionalidad como técnica hermenéutica utilizada en la solución de controversias entre derechos fundamentales, tiene su origen en el derecho alemán en donde adquiere sus elementos principales como parte del orden jurídico del Estado alemán, sin embargo, la aplicación de este principio se ha extendido a otros sistemas jurídicos europeos, latinoamericanos y en menor medida en el derecho anglosajón, de igual manera, las convenciones y tratados en materia de derechos humanos han retomado este concepto.

Por lo tanto, es importante, comprender cuales ha sido las razones por las cuales el principio de proporcionalidad ha pasado del derecho alemán a los demás ordenes jurídicos estatales y posteriormente o algunas veces de manera conjunta se ha integrado al orden internacional por medio de los tratados y convenciones.

² Cfr. Kelsen, Hans, *La paz por medio del derecho*, Madrid, Trotta, 2008

³ Cárdenas, García, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Flores Editores, 2016, p. 41

El desarrollo del principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa en la resolución de conflictos que involucran principios y valores se dio en mayor medida en los tribunales europeos al interpretar las convenciones que establecen criterios sobre las circunstancias y requisitos para que un estado puede limitar determinados derechos fundamentales.

La idea de la limitación a los derechos fundamentales por parte de un estado es uno de los puntos centrales que en diversas convenciones y pactos internacionales se ha pretendido regular para limitar al máximo la capacidad de intervención del estado en los derechos fundamentales basados en la libertad y la dignidad humana.

Por lo cual en primer término encontramos una referencia indirecta al principio de proporcionalidad y sus subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto dentro de diversos pactos y convenciones internacionales sobre derechos fundamentales, específicamente al establecer límites y requisitos que los estados deben cumplir para su limitación conforme a la ley, los cuales trataremos a continuación partiendo de las convenciones y pactos más generales por su universalidad para llegar a los tratados regionales de materias específicas.

Así tenemos en primer lugar que, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en 1948, establece en su artículo 29 punto 2 que en el ejercicio de derechos y disfrute de libertades toda persona “estará sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”, y por lo que respecta

a la proporcionalidad de la pena, el artículo 11 punto 2 dispone “Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”⁴

En segundo lugar encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual entró en vigor el 3 de enero de 1976, en el mismo dispone en su artículo 4 que los derechos garantizados por este pacto solo podrán someterse a limitaciones determinadas por la ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de los derechos y con el objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.⁵

Dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito con fecha 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, dispone en diversos artículos que los estados parte podrá limitar el ejercicio de diversos derechos a sus gobernados *bajo condiciones de justificación específicas*, así podemos encontrar en el artículo 4 punto 1 el estándar general para que un estado adopte disposiciones en situaciones que pongan en peligro a la vida de la nación y que además hayan sido proclamadas oficialmente, por medio de las cuales se “suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”

En el mismo ordenamiento en el artículo 12 punto 3, se establece los requisitos para restringir el derecho de toda persona a circular libremente y escoger libremente el lugar de residencia dentro del estado parte del pacto, señalando que estas restricciones deben estar previstas en la ley “sean necesarias para proteger

⁴ Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

⁵ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos”⁶

Respecto al derecho a un proceso público, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 punto 1, dispone las consideraciones por las que la prensa y el público pueden ser excluidos de parte o totalidad de los juicios, señalando entre otras las razones de orden moral, “orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”⁷

Con referencia específica al principio de proporcionalidad de la pena, el artículo 15 punto 1 del pacto antes mencionado, dispone además del principio *nullum crimen sine lege* o principio de legalidad penal que “no se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”⁸

En relación a la libertad de la persona a manifestar su propia religión o creencia, el citado Pacto, establece en el artículo 18 punto 3 que las restricciones además de estar contenidas en la ley, deberán ser necesarias para “para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”, observando una referencia directa al subprincipio de necesidad que como se ha expuesto anteriormente, conforma el principio de proporcionalidad.

⁶ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

⁷ *Ídem.*

⁸ *Ídem.*

Continuando con el análisis del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respecto al derecho a la libertad de expresión, se dispone en el artículo 19 punto 2 el alcance y contenido de dicho derecho, comprendiendo “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras”, sin embargo en el punto 3, se hace un reconocimiento trascendente sobre este derecho, especificando que “entraña deberes y responsabilidades especiales” por lo cual puede estar sujeto a restricciones que deberán estar fijadas en la ley, especificando a continuación finalidades de las restricciones bajo el calificativo de “necesarios” como “a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”⁹

Por último, cabe señalar dentro del mismo Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en relación a los derechos de reunión pacífica y libertad de asociación y formación de sindicatos se establece que las restricciones, además de estar contenidas en la ley, deben ser necesarias para lograr los fines en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Como puede apreciarse, en las disposiciones normativas contenidas tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se deja abierta la posibilidad de establecer restricciones a los derechos reconocidos, siendo que estas restricciones tienen como elemento común la exigencia de estar contenidas en la ley o el derecho del estado, además de referirse a criterios de necesidad para señalar las finalidades u objetivos que justificaran la imposición de estas limitaciones.

⁹ *Ídem.*

Dentro del ámbito internacional regional, en el derecho europeo de los derechos humanos también se pueden encontrar referencias a los elementos o subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad como la necesidad y la idoneidad, si bien muchos de estos documentos no reconocen de manera expresa dicho principio, las convenciones y los tribunales al interpretar los pactos y convenciones europeos han desarrollado criterios que establecen los requisitos para la limitación de derechos fundamentales y la manera en la cual los tribunales deben abordar el estudio de estos conflictos, aplicando los elementos del principio de proporcionalidad.

En este sentido, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se establecen exigencias para la limitación de los derechos individuales en relación con el principio de proporcionalidad.

En sus artículos 8 sobre la protección de la esfera privada, 9 sobre libertad de pensamiento, conciencia y religión, 10 libertad de expresión y 11 libertad de reunión y asociación se establecen criterios comunes como los son: limitación basado en la existencia de un interés general vinculado a los fines concretos que se admiten en el supuesto de cada artículo, la admisión solo de limitaciones previstas en la ley y necesarias para una sociedad democrática.

Sobre el mismo aspecto de la regulación a la limitación de los derechos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al enjuiciar si una medida limitativa es necesaria y proporcionada *stricto sensu*, ha reconocido que los tribunales poseen un cierto margen de apreciación, debiendo aportar “un criterio propio de lo que constituye necesidad y proporcionalidad para poder enjuiciar, dentro del marco de

esta doctrina, lo que el Estado contratante que ha restringido el derecho individual entiende por proporcionado y necesario”¹⁰

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido criterios para controlar el cumplimiento de las condiciones exigidas para la limitación de derechos garantizados desde el caso *Handy vs the UK* en 1976, debiendo en primer lugar constatar que la limitación este contenida en la ley, después comprobada si esta limitación está justificada por la consecución de alguno de los fines legítimos y finalmente examina si la limitación de derecho es necesaria para una sociedad democrática para la satisfacción de los fines perseguidos.¹¹

Este Tribunal Europeo de igual manera ha invocado el principio de proporcionalidad al analizar las limitaciones a derechos y libertades que no contienen ninguna limitación expresa dentro del texto del Convenio Europeo, en cuyos casos se ha determinado que la aplicación del principio se realiza en una segunda fase, al reconocer que los Estados tienen derecho a establecer restricciones especiales al concurrir circunstancias determinadas, incluso cuando los derechos reconocidos carecen de limitación expresa.¹²

En el mismo ámbito regional europeo dentro del Derecho Comunitario Europeo la cuestión del principio de proporcionalidad fue abordado en el caso *Internationale Handelsgesellschaft*, en donde se hizo referencia a los principios generales del derecho comunitario como a las previsiones del artículo 40 del tratado constitutivo de la Comunidad Europea, reconociendo y ubicando al principio de

¹⁰ Queralt Jiménez, Argelia, *La Interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 105 y ss

¹¹ Cfr. Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y Límites de Los Derechos Fundamentales: Teoría General y Su Reflejo en La Jurisprudencia Mexicana*, México, Porrúa - Escuela Libre de Derecho, Universidad Complutense, 2011, p. 125

¹² *Ídem.*

proporcionalidad entre los llamados principios generales del Derecho Comunitario, esta determinación es avalada por la facultad y deber que tiene el Tribunal de Justicia, conforme al artículo 164 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de asegurar el respeto del Derecho en la interpretación de los tratados, reconociendo que el principio de proporcionalidad tiene un rango dentro de la estructura del derecho comunitario como norma jurídica vinculante, capaz de ser invocado por cualquier ciudadano ante los tribunales, con un rango de constitucional como principio general para la limitación de las medidas comunitarias restrictivas, limitadoras, adoptadas por el legislador comunitario.¹³

En un aspecto más específico, dentro de los tratados fundacionales de la Comunidad Europea, en el Tratado de la Unión Europea, también conocido como Tratado de Maastricht, se toca el aspecto de la necesidad del principio de proporcionalidad en relación a la actividad de las instituciones comunitarias dentro del párrafo 3º del artículo 3B dentro del artículo G5 que establece “Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.¹⁴

En el mismo sentido, dentro del Tratado de Ámsterdam constituido como la nueva normativa de la Unión Europea después del Tratado de Maastricht, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, se adjunta el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad para desarrollar el contenido del mencionado artículo 3B, disponiendo en el artículo 1 que: “Al ejercer las competencias que le han sido conferidas, cada institución deberá garantizar el cumplimiento del principio de subsidiariedad. También garantizará el respeto del

¹³ Sentencia Internationale Handelsgesellschaft y sentencia Balkan-Import-Export de 24 de octubre de 1973, caso 5/73; *vid.* Sentencia Bela-Mühle de 5 de julio de 1977, caso 114/76 citado por Villaseñor Goyzueta, Claudia, *op. cit.*

¹⁴ *Tratado de la Unión Europea* p. 14, https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf

principio de proporcionalidad, según el cual ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado.”¹⁵

2.3 La proporcionalidad en los tratados y convenciones del sistema interamericano

2.3.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana de Derecho Humanos, siguiendo los estándares a nivel internacional fijados por otras Declaraciones y Pactos adoptados por gran número de Estados, ha establecido requisitos respecto a las restricciones permitidas en su texto y los límites de los derechos de cada persona, retomando para tal efecto los elementos que constituyen los subprincipios del principio de proporcionalidad.

Así en su artículo 30 bajo el rubro de “Alcance de las Restricciones”, dispone que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos, solo pueden ser aplicadas de conformidad a las leyes dictadas en razón a un interés general y buscando el propósito para el cual has sido establecidas esta restricciones, por lo cual este artículo exige conforme al principio de legalidad la existencia previa y el apego a una norma legal que contenga las restricciones y lo que es más importante, exige la existencia de una relación de necesidad entre la finalidad pretendida por la restricción y la restricción misma.¹⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 30 antes comentado de la Convención, ha extraído varios requisitos al emitir la opinión

¹⁵ *Tratado de Amsterdam por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y Determinados Actos Conexos*, p. 105, <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf>

¹⁶ *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, p.24, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

consultiva OC-6/86 “La expresión “leyes” en el artículo 30 de la CADH. Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

En esta opinión consultiva solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay, establece en su punto 18 que:

...la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a “razones de interés general” y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas. Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.¹⁷

Como puede apreciarse, la Convención reconoce la idea de que los derechos humanos pueden ser limitados por dos razones principales, la armonización del ejercicio de un derecho con los derechos de los demás y la armonización con el interés de la comunidad, en tanto no existen derechos absolutos, sin embargo, esta limitación no es arbitraria, sino que se encuentra limitada y exige el cumplimiento de determinadas condiciones.

La Corte en la sentencia del Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica de 2 de julio de 2004, establece que la restricción de los derechos consagrados en la Convención debe ser proporcional al interés de la justicia y ajustarse estrechamente al logro de

¹⁷ CIDH, Opinión Consultiva OC-6/86, punto 18, <https://www.catalogoderechoshumanos.com/opinion-consultiva-6-cidh/>

ese objetivo interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio de (un) derecho.¹⁸

En la resolución del Caso Ricardo Canese, la Corte establece diversos requisitos para cualquier medida restrictiva, así considera que la restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando haya varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.¹⁹

Aunado a las precisiones mencionadas, al tratar los requisitos de validez para las restricciones permitidas en esta Convención, en el Capítulo V bajo el título “Deberes de la Personas” se especifica en un solo artículo 32 bajo el título “Correlación entre deberes y derechos” una visión valorativa de los deberes de la persona con respecto a su familia, comunidad y la humanidad, estableciendo de manera especial en el punto 2 que los derechos de las personas tienen límites en los derechos de las demás personas, por la seguridad de grupo social expresado bajo el término “todos” y las justas exigencias del bien común dentro de una sociedad democrática.²⁰

¹⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 123, citado en Steiner, Christian, Uribe, Patricia, (coords.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 718

¹⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Ricardo Canese*, supra nota 5, párrs. 96 y 133, citado en Steiner, Christian, Uribe, Patricia, *op. cit.*

²⁰ *Convención Americana Sobre Derechos Humanos, op.cit.* p. 24

2.3.2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, características y finalidad

La Comisión es un órgano de la Carta de la Organización de Estados Americanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que vela por el control de las obligaciones convencionales de los Estados pudiendo incluso establecer su responsabilidad internacional.

Debido a su origen, al inicio de sus actividades se le considero como parte en los procesos seguidos ante la Corte Interamericana, pero esta situación cambia al ser modificado del reglamento de la Corte en el año dos mil uno, dándole el reconocimiento de parte a las víctimas dentro del proceso.

Esta modificación reglamentaria, propicio la definición de las funciones de cada parte que interviene en el proceso contencioso, al respecto se ha considerado que este proceso inicio en las sentencias del año dos mil ocho, en donde se estableció:

La Comisión es el órgano que determina los hechos del caso²¹, asimismo establece quiénes son las víctimas²², y determina si se han agotado o no los procedimientos internos²³.

La Corte claramente distingue a la Comisión de las víctimas y requiere que ésta se desenvuelva como un órgano del sistema y no como parte en el proceso contencioso, reservándose el Tribunal la facultad “de efectuar el control de legalidad

²¹ Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs Ecuador, párr. 128, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf

²² Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, párr. 229, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf, Caso Kimel vs Argentina, Quienes son víctimas: párr. 102 y 103, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf, Heliodoro Portugal vs. Panamá: determinación de víctimas, párr. 165, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf

²³ Corte IDH. Salvador Chiriboga vs Ecuador, Agotamiento de los recursos internos, párr. 40, http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=292

de las actuaciones de la Comisión en lo referente al trámite de asuntos que estén bajo el conocimiento de la propia Corte. [...] Esto no supone necesariamente revisar el procedimiento que se llevó a cabo ante la Comisión, salvo en caso de que exista un error grave que vulnere el derecho de defensa de las partes²⁴.

Una vez comprendidas las funciones y estatus de la Comisión, corresponde tratar los pronunciamientos emitidos por este órgano en relación a los derechos humanos y sus estándares de protección.

Bajo la categoría de derecho humano, se han formulado estándares internacionales dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dichos estándares fueron dados a conocer en el año dos mil siete bajo el estudio titulado “El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”

En el Informe Ejecutivo de dicho estudio, la Comisión Interamericana señala como finalidad principal la de:

Revisar y sistematizar la jurisprudencia del SIDH (Sistema Interamericano de Derechos Humanos), tanto de la CIDH como de la Corte, sobre cuatro temas centrales que ha estimado prioritarios respecto a la protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales: 1) la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales; 2) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales; 3) los componentes del debido proceso en los procedimientos

²⁴ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México, párr. 40, http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=298

judiciales relativos a derechos sociales y; 4) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales, individuales y colectivos.²⁵

Partiendo de estos estándares establecidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos podemos destacar los siguientes elementos relacionados directamente con el derecho de acceso a la justicia y la protección de los derechos humanos, específicamente en sede jurisdiccional como fundamento del actuar judicial como base de la ponderación, así tenemos los siguientes:

1.- Regulación de la discrecionalidad estatal, teniendo a los derechos humanos como primer límite.

2.- El examen de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha establecido un vínculo estrecho entre los alcances de los derechos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, al imponer la obligación de diseñar y consagrar recursos efectivos para la cabal protección de los derechos humanos, junto con la obligación simultánea de asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de sus autoridades judiciales, en procedimientos con las garantías adecuadas.

En este punto se puede apreciar el impulso buscado por la Comisión de pasar del reconocimiento formal a la actividad judicial efectiva.

3.- Se reconoce el derecho a contar con una decisión fundada relativa al fondo del asunto, como elemento integrante del debido proceso legal en este tipo de procedimientos judiciales.

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Resumen Ejecutivo, punto 43, <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodesciii.sp.htm>

El punto trascendente con relación a la ponderación se puede encontrar en este último estándar destacado por la Comisión Interamericana, precisando que, tras la etapa de prueba y debate, los órganos jurisdiccionales deben razonar sus decisiones y determinar así la procedencia o no de la pretensión jurídica que da base al recurso.

Esta necesidad de racionalidad en las decisiones judiciales, junto con la resolución de fondo de las controversias planteadas, se reflejan en el empleo de un método adecuado por el juzgador que le permita cumplir estos puntos concretos del estándar señalado por la Comisión.

La Comisión reitera que las juezas y los jueces son los principales actores para lograr la protección judicial de los derechos humanos en un Estado democrático, así como del debido proceso que debe observarse cuando el Estado puede establecer una sanción. Las juezas y los jueces fungen en un sistema democrático como contralores de la convencionalidad, constitucionalidad y legalidad de los actos de otros poderes del Estado y funcionarios del Estado en general, así como impartidores de justicia en relación con las controversias generadas por actos de particulares que puedan afectar los derechos de las personas.

2.3.3 La proporcionalidad en los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

2.3.3.1 Informe Anual del año 2017 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En el Informe Anual del año 2017 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dentro del Capítulo V sobre “Seguimiento de Recomendaciones Formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos”, se realiza un seguimiento a las recomendaciones emitidas en un informe anterior titulado “Situación de Derechos Humanos en México”, aprobado el 31 de diciembre de 2015,

abordando los principales problemas en materia de derechos humanos relacionados con la inseguridad ciudadana y la militarización, desapariciones, tortura, el acceso a la justicia y la impunidad, la situación de la libertad de expresión, así como la situación de grupos particulares en materia de seguridad y violencia.²⁶

Destacan en este informe los señalamientos sobre la grave crisis de inseguridad y violencia que sufre nuestro país desde el año 2006 al inicio de la llamada guerra contra el narcotráfico en el periodo presidencial de Felipe Calderón Hinojosa y el nulo cambio de esta situación, tal y como es señalado en el informe, en el sexenio pasado del presidente Enrique Peña Nieto, de manera particular se señalan las denuncias sobre la desaparición forzada de los 43 estudiantes normalistas de Ayotzinapan, Guerrero.

En este contexto, en los párrafos 176, 177 y 170 del informe, la Comisión desarrolla las recomendaciones en materia de prisión preventiva, reconociendo la intención de racionalizar la prisión preventiva por medio de disposiciones del Código nacional de Procedimientos Penales pero a su vez señalando el aumento de las personas privadas de su libertad por prisión preventiva conforme a la información proporcionada por las organizaciones civiles y órganos estatales como la Comisión Nacional de Seguridad.

Es en este punto que la Comisión se manifiesta sobre un aspecto importante de la proporcionalidad penal, al señalar que las propuestas planteadas por la Conferencia Nacional de Gobernadores y el Congreso de la Unión en el sentido de amplia el catálogo de delitos en prisión preventiva oficiosa “tendría resultados contraproducentes, como más corrupción, usar la cárcel preventiva como castigo y la fabricación de delitos”, reiterando que:

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2017, Capítulo V, Seguimiento de Recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de países o temáticos, Segundo Informe de seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe sobre situación de Derecho Humanos en México*, p. 1, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/IA2017cap.5MX-es.pdf>

la prisión preventiva es una medida excepcional, que tiene como únicas causales legítimas de procedencia el peligro de fuga o de entorpecimiento de las investigaciones por parte del acusado. En este sentido, las legislaciones que contemplan la aplicación de medidas cautelares con base en el tipo del delito, contradicen el principio de proporcionalidad consagrado en la Convención Americana. La CIDH reitera que en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimos, por la sola circunstancia de responder a estándares como "alarma social", "repercusión social", "peligrosidad" o algún otro²⁷

Este criterio sobre la importancia y trascendencia de la proporcionalidad penal aplicable al caso de la prisión preventiva puede apreciarse en el *Informe sobre Medidas Dirigidas a Reducir el uso de la Prisión Preventiva en las Américas* del año 2017 y en el *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas* del año 2013, siendo en este último informe en donde se precisa la relación con el derecho a la presunción de inocencia, retomando el criterio del juez mexicano Sergio García Ramírez en su voto razonado dentro del caso López Álvarez vs. Honduras del año 2006 en el cual señala los efectos reales de la prisión preventiva como una prisión punitiva que dañan de manera material y psíquica al sujeto y sobretodo la necesidad de ponderar seriamente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva.²⁸

Es importante señalar la referencia que, en este informe sobre el uso de la prisión preventiva, se hace a la proporcionalidad penal como un principio esencial

²⁷ *Ibidem.*, párrafo 178, p. 849

²⁸ Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, 2013, párr. 140, <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>

para la limitación de los derechos, junto con el requisito de “necesidad”, esto al precisar que la Corte Interamericana ha emitido, de manera reiterada por diez años, el criterio consistente en que “su aplicación (prisión preventiva) debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática”, citando para tal efecto los siguientes casos:²⁹

Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 121; Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 69; Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 107; Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No.152, párr. 88; Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 67; Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 106; Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 74 y Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 106.

2.3.3.2 Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos del año 2009

En el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos del año 2009, en el capítulo V titulado *Derechos Comprometidos en la Política Pública de Seguridad Ciudadana* dentro del inciso A. *Derecho a la Vida*, se emplea la idea de

²⁹ CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, párr. 141, <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>

la proporcionalidad en la regulación del uso de la fuerza pública señalando que “debe ser ejercida con moderación y con proporción al objetivo legítimo que se persiga, así como tratando de reducir al mínimo las lesiones personales y las pérdidas de vidas humanas”³⁰, en el mismo sentido se sostiene que los agentes de seguridad del Estado deben aplicar los principios de moderación, proporcionalidad y progresividad en el uso de armas de fuego y fuerza letal, citando para ello el Informe sobre *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala* del año 2003 según al cual “conforme a las pautas internacionales que se han elaborado referentes al uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad pública para cumplir su función, esa actividad debe ser necesaria y proporcional a las necesidades de la situación y al objetivo que se trata de alcanzar”³¹

En cuanto a la proporcionalidad en materia penal, este informe establece que las normas de restricción de libertad personal deben cumplir los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad, remitiéndose a los artículos 30 y 32.2 de la Convención Americana.

De igual manera señala que en las normas que autoricen la detención como una medida para alcanza fines permitidos por la Convención Americana, “el principio de proporcionalidad exige que cuanto mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad, también se eleve la carga del Estado de justificar dicha restricción”³²

³⁰ CIDH, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, párr. 118, <http://www.cidh.org/countryrep/Seguridad/seguridadv.sp.htm#C>

³¹ CIDH, *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, párrafo 108, citado en *Ibidem*. párr. 114

³² CIDH, *Escrito de demanda en el caso Walter Bulacio*, de fecha 24 de enero de 2001, párrafos 66 a 71, http://www.corteidh.or.cr/expediente_caso.cfm?id_caso=77 citado en *Ibidem*. párr. 146

2.3.3.3 Estándares de la Comisión Interamericana sobre Principios y su Aplicación en Sede Judicial bajo el Derecho de Acceso a la Justicia

El acceso a la justicia como un derecho humano es uno de los temas sobre los que ha tratado la Comisión interamericana en relación al ámbito de la aplicación de las penas y la privación de la libertad.

Debido a las modificaciones constitucionales del estado mexicano que reconocen la importancia de observar las convenciones en materia de derechos humanos en todos los actos de autoridad estatal, es necesario tener una visión amplia no solo del texto de los tratados y convenciones, sino también de los instrumentos que desarrollan los estándares y principios que constituyen una guía de las acciones efectivas para concretizar el respeto a los derechos protegidos.

Bajo este enfoque, la Comisión Interamericana ha emitido la resolución 1/08 referente a los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de su Libertad en las Américas”, en la cual se establecen principios generales que podrán ser invocados por las personas afectadas y aplicados por los estados en los diversos casos de privación de libertad.

Cada principio contiene un desarrollo de buenas prácticas que deben ser observadas por las autoridades estatales.

Es en el Principio III sobre la *Libertad Personal* al desarrollar el punto 2 *Excepcionalidad de la privación preventiva de la libertad* donde se afirma que como medida cautelar y no punitiva deberá obedecer el principio de proporcionalidad junto con los de legalidad, presunción de inocencia y necesidad.³³

³³ Cfr. CIDH, Resolución 1/08, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, p. 3, <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/RESOLUCION%201-08%20ESP%20FINAL.pdf>

Un criterio semejante puede verse en el Principio XXI sobre Registros corporales, inspección de instalaciones y otras medidas, en donde se señala que estos actos al ser procedentes conforme a la ley deben además obedecer a los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad³⁴

2.3.4 La proporcionalidad en los criterios derivados de las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Análisis de Casos y Resoluciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue establecida en el sistema interamericano por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sus funciones son dos: (a) resolver los casos contenciosos sobre una presunta violación a la Convención Americana de un Estado parte, y (b) emitir opiniones consultivas.

Como parte de su función en la resolución de casos contenciosos contra Estados en los que se demanda la violación de los derechos contenidos por la Convención Americana, la Corte puede emitir jurisprudencia cuyos criterios deben ser aplicados por los tribunales de los estados parte, bajo reglas específicas.

La aplicación de esta jurisprudencia interamericana, además de ser obligatoria para los tribunales nacionales, permite ampliar la protección de los derechos fundamentales desde el punto de vista hermenéutico al momento de la interpretación y la argumentación jurídica, procedimiento de aplicación que puede desarrollarse en las siguientes fases³⁵:

³⁴ *Cfr. Ibídem.* P. 12

³⁵ López Sánchez, Rogelio, *Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, 2ª, ed., México, Porrúa, 2013, p. 44

- 1.- Identificar el derecho o libertad que se pretende proteger e interpretar en el catálogo contenido en los instrumentos interamericanos.
- 2.- Identificar los casos (jurisprudencia) en los que la Corte Interamericana ya hizo una interpretación respecto al derecho o libertad que se pretende analizar, identificando los criterios o evolución que ha tenido.
- 3.- Comparar la semejanza fáctica entre los hechos del caso que se va a resolver y los del caso de que deriva la jurisprudencia en la que se ha hecho la interpretación del derecho o libertad que nos interesa.
- 4.- Comprobar que comparten las mismas propiedades relevantes esenciales, lo cual permite aplicar la misma consecuencia jurídica a ambos casos.
- 5.- Verificar que la conclusión a la que se llega es compatible con el objeto y fin de la Convención Americana y que da como resultado la interpretación que más protege o menos restringe los derechos humanos.

La Corte Interamericana en sus diversas resoluciones trata lo relativo al principio de proporcionalidad, dentro de la temática relativa a casos en los que se analizan las limitaciones a los derechos, así como los requisitos que deben cumplir las restricciones a la libertad, por lo cual su enfoque, respecto al objeto de estudio, consiste en puntualizar la existencia de condiciones materiales de razonabilidad y proporcionalidad, contenidas en el artículo 7.3 de la Convención Americana, conceptos que han sido desarrollados en las resolución de casos en donde se reclama la privación de la libertad ordenada como medida provisional dentro del proceso penal.

2.3.4.1 Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador.³⁶

Para proceder a la exposición de este caso y su consecuente resolución iniciaremos por desarrollar sus antecedentes y particularidades para después precisar los elementos relevantes en relación al empleo del principio de proporcionalidad.

Este caso inicia con la demanda presentada por los señores Juan Carlos Chaparro Álvarez de nacionalidad chilena y Freddy Hernán Lapo Íñiguez de nacionalidad ecuatoriana, ambos dueño y gerente respectivamente de una fábrica de hieleras, son considerados como parte de una organización internacional delincriminal dedicado al tráfico de narcóticos por el estado Ecuatoriano, toda vez que las hieleras fabricadas eran similares a las encontradas en un decomiso de cocaína y heroína en el aeropuerto de Guayaquil.

La Comisión señala que en la detención del señor Chaparro los agentes estatales no le informaron de los motivos y razones de la misma, ni tampoco de su derecho a solicitar asistencia consular del país de su nacionalidad y en el caso del señor Lapo se señala que su detención supuestamente no fue en flagrancia ni estuvo precedida de orden escrita de juez, tampoco le habrían informado de los motivos y razones de su detención. Las dos presuntas víctimas supuestamente fueron trasladadas a dependencias policiales y permanecieron incomunicadas cinco días.

La Comisión agregó que, a pesar de que se realizaron distintos peritajes que concluyeron que las hieleras incautadas no se habían podido elaborar en la fábrica Plumavit y de que no existió prueba alguna que incriminara a los señores Chaparro y Lapo en el delito de tráfico ilícito de drogas, las presuntas víctimas fueron mantenidas en régimen de prisión provisional durante más de un año.

³⁶ Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

La Comisión solicitó a la Corte que estableciera la responsabilidad internacional del Estado por la violación en perjuicio de las dos presuntas víctimas de los derechos consagrados en los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) del mismo tratado. Finalmente, la Comisión solicitó que se declarara que el Estado incumplió el deber contenido en el artículo 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención en perjuicio del señor Lapo.

Al momento de presentar su contestación a la demanda, el Estado opuso dos excepciones preliminares, a saber: a) “incumplimiento de la regla del previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna” y b) falta de competencia de la Corte “en virtud de la fórmula de la cuarta instancia”

Existió un reconocimiento parcial de responsabilidad por el Estado Ecuatoriano por lo cual Corte declaró cesada la controversia respecto de los hechos y consecuencias jurídicas referentes a los artículos 2, 5, 8 y 25 de la Convención, excluyendo del allanamiento los artículos 7 y 21 de la Convención respecto de los cuales se mantuvo la controversia.

La resolución de la Corte inicia por determinar el contenido del artículo 7 de la Convención, con la finalidad de precisar el alcance del derecho a la libertad personal y seguridad personales contenido en el mismo, de esta manera se establece que el artículo 7 contiene una regulación general sobre la libertad y la seguridad personal y una regulación específica contenida en los artículos 7.2 al 7.7, limitando esta protección al derecho a la libertad física de la persona titular del derecho, en el mismo sentido la seguridad debe entenderse como la protección a toda interferencia legal o arbitraria de la libertad física.

Se precisa en esta resolución que la Convención Americana regula los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás

numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad.

Dentro de este marco normativo, la Corte analiza la ilegalidad de las detenciones a los demandantes, estableciendo en primer lugar que el artículo 7.2 fija el requisito de reserva de ley para afectar el derecho a la libertad, junto con el principio de tipicidad por el cual se deben precisar de antemano las causas y condiciones de la privación de la libertad física en la legislación interna, en virtud de lo anterior, se analiza si la detención cumplió con los requisitos establecidos en la constitución ecuatoriana y en el código de procedimiento penal aplicable en la fecha de los hechos.

Al respecto, se precisó que la detención del señor Chaparro si cumplió con los requisitos de derecho interno, no así en el caso del señor Lapo toda vez que existió una orden de allanamiento con fecha posterior a la detención física del demandante.

En cuanto al derecho a ser informado de las razones por las cuales se realiza la detención, la Corte consideró que no se cumplió con dicho requisito ya que ante a la afirmación negativa del demandante, el Estado Ecuatoriano no pudo sostener con pruebas que al señor Chaparro de le hubiera informado las razones de su detención tal y como lo afirmo por lo cual se violaron los artículos 7.2 y 7.4 de la Convención.

De igual forma se analizó el aspecto de la duración de la detención a la que fueron sometidos los demandantes, precisando la Corte que existió una violación al artículo 7.5 el cual dispone que la detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial, toda vez que los detenidos rindieron su declaración ante un fiscal cuatro días después de su detención y ante un juez veintiséis días después de ser detenidos, en razón de lo anterior se consideró la violación del artículo 7.2 al exceder la prisión preventiva el máximo legal permitido.

El punto relevante respecto del objeto de estudio, es decir el principio de proporcionalidad, es desarrollado por la Corte en esta resolución al analizar la arbitrariedad de la privación de la libertad de los señores Chaparro y Lapo.

Al respecto la Corte inicia por precisar en criterios anteriores como el contenido en el Caso Gangaram Panday Vs. Suriname ha sostenido que:

nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad³⁷

A continuación, fundamenta esta postura citando dos criterios emitidos por organismos internacionales de derechos humanos, como lo son la Corte Europea de Derechos Humanos que ha establecido que “si bien cualquier detención debe llevarse a cabo de conformidad con los procedimientos establecidos en la ley nacional, es necesario además que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención”³⁸, así como el Comité de Derechos Humanos como órgano supervisor de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual en el Caso Albert Womah Mukong c. Camerún establece que:

no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a

³⁷ Cfr. Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47 citado en *ibidem.*, p. 20, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

³⁸ Cfr. ECHR, Case of Kemmache v. France, Judgment of 24 November 1994, para. 37. El Tribunal Europeo señaló lo siguiente: The Court reiterates that the words "in accordance with a procedure prescribed by law" essentially refer back to domestic law; they state the need for compliance with the relevant procedure under that law. However, the domestic law must itself be in conformity with the Convention, including the general principles expressed or implied therein. The notion underlying the term in question is one of fair and proper procedure, namely that any measure depriving a person of his liberty should issue from and be executed by an appropriate authority and should not be arbitrary (see the Winterwerp v. the Netherlands judgment of 24 October 1979, Series A no. 33, pp. 19-20, para. 45).

fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las “garantías procesales”. Ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no solo lícita sino además razonable en toda circunstancia³⁹

Así encontramos que en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador se establece la siguiente doctrina en materia de privación de la libertad como medida preventiva en la cual se aplican los elementos del principio de proporcionalidad al establecer que:

En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria:

i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal

³⁹ Cfr. Comité de Derechos Humanos, Caso Albert Womah Mukong c. Camerún, (458/1991), 21 de julio de 1994, Doc. ONU CCPR/C/51/D/458/1991, párr. 9.8. citado en Corte IDH, Caso Chaparro *op. cit.* p. 20

restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.⁴⁰

Del citado extracto de la sentencia en el referido caso, se puede apreciar que la Corte fija el criterio en el sentido de precisar requisitos que las leyes del derecho interno deben cumplir para establecer causas y medidas no arbitrarias por las cuales se restringe el derecho a la libertad.

El primero de los requisitos se refiere a la finalidad de la medida restrictiva, finalidad que debe ser compatible con los postulados de la Convención reconocidos por la Corte como son el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.

El segundo requisito retoma la idea de la idoneidad de la medida para realizar el fin pretendido.

En el tercer requisito, referente a la cualidad de necesaria que debe poseer la medida, es en donde se aprecia de manera fehaciente su vinculación con el principio de proporcionalidad, al especificar que esa cualidad implica que la medida sea absolutamente indispensable para lograr el fin y que sea la medida que grave en menor manera el derecho intervenido de entre todas las idóneas en relación al fin, señalando la Corte que este criterio refuerza la excepcionalidad de toda medida limitativa de la libertad.

En el cuarto y último requisito, referente a la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, se aprecia la necesidad de encontrar una relación relativamente proporcional entre el sacrificio al derecho a la libertad y las ventajas obtenidas por la realización de la finalidad.

⁴⁰ Corte IDH. Caso Chaparro, *op. cit.*, párr. 93

La Corte, utilizando el criterio anterior, analizó y determinó que el estado ecuatoriano violó el derecho contenido en el artículo 7.3 de la Convención en la detención del señor Lapo y que la orden de prisión preventiva y su mantenimiento en contra de los señores Chaparro y Lapo fueron arbitrarias

Cabe precisar que, en el caso antes mencionado, la violación de derechos examinada se relacionaba con la licitud de medidas de carácter procesal, como la prisión provisional o preventiva, adoptadas durante un juicio penal, y no con la tipificación de la conducta delictiva propiamente dicha, por lo cual se puede apreciar que la Corte realiza una marcada distinción entre la proporcionalidad de la pena relativa a la tipicidad (proporcionalidad penal) y los criterios de proporcionalidad de la medida limitativa de la libertad, acercando dicho criterio a la doctrina alemana desarrollada por el autor Robert Alexy toda vez que esta doctrina hace referencia a las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que conforman los elementos integrantes del principio de proporcionalidad, por lo cual su aplicación permitirá determinar el fin de una medida restrictiva y a su vez verificar su compatibilidad con la Convención.

Estos criterios han sido adoptados por la jurisprudencia de la corte en casos como: Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 96 y 129; y Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párrs. 56 y ss., entre otros.⁴¹

⁴¹ Steiner, Christian, Uribe, Patricia, (coords.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 190

2.3.4.2 Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.⁴²

La Corte ha empleado el principio de proporcionalidad para sostener, al analizar la excepcionalidad de la prisión preventiva y la exigencia de que esta debe ser siempre de carácter cautelar, que los dos motivos para fundamentar la prisión preventiva son asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia, ya que estos motivos son los únicos que concuerdan con el principio de proporcionalidad, este criterio ha sido desarrollado en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador⁴³ y el Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.

En Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, el demandante el señor Oscar Enrique Barreto fue condenado a un año y dos meses de prisión por delitos contra el patrimonio público, como consecuencia de su gestión, en el año 1989, como Director General Sectorial de Administración y Servicios del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de Venezuela, dentro de un proceso seguido en contra del Presidente al cual fue citado a declarar como testigo y posteriormente se decretó auto de detención en su contra, señalando la Comisión que nunca se le notificó sobre los delitos que se le imputaban por el carácter secreto de la etapa sumarial, evitando que fuera asistido por un defensor de su elección en esa etapa del proceso, interrogara a los testigos, conociera las pruebas que estaban siendo recabadas, presentara pruebas en su defensa y controvirtiera el acervo probatorio en su contra.

La Comisión señaló además que al señor Barreto Leiva se le impuso una prisión preventiva sobre la base exclusiva de indicios de culpabilidad, sin la posibilidad de obtener la libertad bajo fianza, que duró más tiempo que la condena que finalmente recibió, solicitando que el Estado Venezolano fuera declarado

⁴² Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, (fondo, reparaciones y costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf

⁴³ “para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga...”, Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, op. cit., párr. 101

responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 7.1, 7.3 y 7.5 (Libertad Personal), 8.1, 8.2.b, 8.2.c, 8.2.d, 8.2.f y 8.2.h (Garantías Judiciales) y 25.1 (Protección Judicial) de la Convención Americana.

En el apartado IV de la sentencia dictada en este caso, se analiza la violación al artículo 7 referente a la libertad personal, iniciando por estudiar la detención arbitraria conforme al contenido del artículo 7.3, precisando que la Comisión señala que la detención preventiva impuesta se basaba en indicios de culpabilidad sin motivación sobre los fines procesales.

Al respecto la Corte, retoma y cita el criterio utilizado en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador, al indicar que las medias restrictivas de la libertad como la prisión preventiva debe contener indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga y aun después de comprobado este extremo, debe fundamentarse en fines legítimos como asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.

Utilizando este criterio la Corte, determino que el estado venezolano a través de la Corte Suprema de Justicia cumplió con el primer extremo de la restricción a la libertad al señalar los indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga, sin embargo, consideró que respecto al fin legítimo base de la medida cautelar, el estado venezolano al no haber brindado una motivación suficiente respecto a la consecución de un fin legítimo compatible con la Convención a la hora de decretar la prisión preventiva del señor Barreto Leiva, violó su derecho a no ser sometido a detención arbitraria, consagrado en el artículo 7.3 de la Convención.

A continuación, la Corte al analizar, plazo razonable de la prisión preventiva contenido en el artículo 7.5 y la presunción de inocencia dentro del artículo 8.2, menciona los señalamientos de la Comisión, quien afirmó que la aplicación de la detención preventiva desconoció el plazo razonable y la garantía de presunción de inocencia, toda vez que el señor Barreto estuvo privado de su libertad de manera preventiva durante un año, dos meses y dieciséis días, superando por dieciséis días la pena impuesta.

Por lo cual señala que, en atención al principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención, deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia.

A continuación, la Corte precisa que la prisión preventiva se limita además por el principio de proporcionalidad en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada, agregando además que:

El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del

derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.⁴⁴

Conforme al criterio antes mencionado, la Corte declaró que el Estado violó los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención Americana, en cuanto la prisión preventiva del señor Barreto Leiva, ya que excedió los límites de temporalidad, razonabilidad y proporcionalidad a los que debió estar sujeta.

Se puede apreciar así que la Corte ha establecido el criterio fundamental de que, en atención a la presunción de inocencia y a la libertad personal, hay un momento a partir del cual la prisión preventiva, aun siendo necesaria desde la perspectiva de los motivos admisibles para acordarla y mantenerla, pasa a ser irrazonable y desproporcionada.

Al respecto se puede apreciar que se conjugan las exigencias del derecho a la libertad personal y de la presunción de inocencia y, por otro lado, aquellas que dimanen del interés público en la persecución y castigo de los delitos y, en último término, en la tutela de los bienes jurídicos que estos protegen, entrando en este punto la aplicación del principio de proporcionalidad, imponiendo una ponderación racional entre estas exigencias enfrentadas.

⁴⁴ Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, op. cit., párr. 122

2.4 Conclusiones

Se ha conformado un sistema de derecho internacional basado en un ideal humanista del universalismo que se ve reflejado en los derechos humanos dentro de las convenciones y pactos entre estados.

La soberanía de los estados firmantes se modifica por las convenciones y pactos en materia de derechos humanos ya que implica reconocer que la soberanía estatal no es absoluta y que se encuentra subordinada a la tutela de la paz y la garantía de los derechos humanos, conformando un constitucionalismo mundial.

Existe una referencia indirecta al principio de proporcionalidad y sus subprincipios en las convenciones y pactos internacionales, bajo una idea general de proporcionalidad y razonabilidad, esto al abordar los requisitos y condiciones exigibles a los estados parte para poder limitar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

En los principales documentos internacionales de tipo global como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la idea de la proporcionalidad se aprecia en primer lugar en la exigencia de que las limitaciones o restricciones a los derechos se encuentren previstas con anterioridad en la ley u ordenamiento jurídico, en concordancia con el principio de legalidad, en segundo lugar, estas restricciones deben guardar una relación de necesidad con fines u objetivos específicos como seguridad nacional, orden público y consolidación de una sociedad democrática.

En el ámbito del derecho europeo, el principio de proporcionalidad se ha desarrollado en el aspecto garantista o limitador de derechos fundamentales al interpretar las convenciones europeas y contener la capacidad de intervención de los estados sobre los derechos fundamentales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos al abordar las limitaciones de los derechos fundamentales realiza un análisis de la necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas por los estados, especificando que los tribunales dentro de

su margen de actuación deben establecer un criterio propio de lo que constituye la necesidad y la proporcionalidad, estableciendo tres criterios para controlar las limitaciones de derechos garantizados como son: 1.- contenido de la limitación en la ley, 2.- justificación de la limitación por fines legítimos y 3.- necesidad en una sociedad democrática para satisfacer los fines pretendidos

En el Derecho comunitario europeo, destaca la relevancia asignada al principio de proporcionalidad ya que se reconoce como un principio general del derecho comunitario y sobre todo como una norma jurídica vinculante que puede ser invocada por cualquier ciudadano ante los tribunales con un rango constitucional como principio general, lo cual amplía de manera significativa su campo de aplicación real en los conflictos particulares.

Dentro del sistema interamericano de derecho humanos, se puede apreciar referencias a la idea de proporcionalidad en la Convención Americana de Derecho Humanos, al establecer en relación a la restricción de derechos, una exigencia de relación de necesidad entre la finalidad de la restricción y la restricción misma, señalando además que esta debe ser proporcional a la justicia y que debe buscar objetivos que interfieran en menor medida con el ejercicio de un derecho.

En el mismo sentido la Corte Interamericana de Derecho Humanos a establecido condiciones de razonabilidad y proporcionalidad, en especial en materia de sanciones penales, al analizar casos en los cuales se impone la privación de la libertad como una medida provisional, en dichos criterios se hace referencia a los elementos del principio de proporcionalidad, en donde si bien no en la forma propuesta por la teoría o siguiendo de manera estricta el modelo del tribunal alemán, si se establece como criterios para evaluar la convencionalidad de la medida restrictiva que esta debe ser idónea al fin perseguido, que debe ser necesaria, es decir, indispensable para el fin perseguido y no ser la medida menos gravosa al derecho restringido, así como se estrictamente proporcional.

El principio de proporcionalidad bajo la visión del sistema interamericano de derechos humanos tiene una relación directa con las medidas restrictivas de la libertad, haciendo alusión a los elementos básico señalados por la teoría, pero

manteniendo una simplificación que permite ubicarla tanto como un criterio optimizador y como un elemento garantista de los derechos, ya que pretende realizar una ponderación racional entre la exigencia de la presunción de inocencia más el derecho a la libertad personal, contra el interés público en la persecución y castigo de los delitos así como la tutela de los bienes jurídicos.

CAPÍTULO TERCERO

ESTRUCTURACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SISTEMA PENAL MEXICANO

3.1 Introducción

En el presente capítulo se pretende abordar la forma en que el principio de proporcionalidad ha encontrado recepción en la materia penal dentro del sistema jurídico mexicano, tanto en su forma como herramienta hermenéutica como en su relación con la proporcionalidad penal.

Sin embargo, tomando en consideración que el principio de proporcionalidad tiene como fundamento la visión principialista de los derechos fundamentales y toda vez que el sistema normativo penal debe adecuar su contenido en concordancia con los principios constitucionales, se analizará la estructura normativa asignada a los derechos fundamentales como parte del texto constitucional, así como la forma en que por medio de la normatividad y los criterios judiciales se ha construido una teoría sobre los principios y su relación con los derechos fundamentales.

Para tal efecto se iniciará analizando la transición del enfoque garantista de los derechos humanos, hacia el reconocimiento expreso de estos derechos, así como la introducción de los principios en el sistema penal, la forma en la cual sean entendido como concepto y sus alcances como elementos para los fines estatales en materia penal.

En segundo lugar, se estudiará la adopción del principio de proporcionalidad en los casos particulares, para finalmente establecer bajo qué aspectos específicos se relaciona con la estructura de principios penales y la protección de los derechos fundamentales, al estructurar un sistema penal que en la práctica contiene mecanismos y normas suficientes para proteger los derechos de las partes en cualquier proceso.

3.2. Estructuración Constitucional de los Derechos Fundamentales, ¿Derechos Fundamentales como Principios?

Para comprender la posición estructural y la posible adecuación de los derechos fundamentales a una visión teórica específica en la constitución mexicana es necesario entender el origen de su composición y la interpretación de tipo jurídica e histórica asignada a la evolución constitucional.

La Constitución Mexicana actual, se compone de artículos con un diverso contenido y origen en razón del desarrollo histórico de la nación y su consolidación con Estado, siendo influenciado por los procesos históricos constitucionalistas como el norteamericano y francés, así como de movimientos ideológicos como los liberales, social, o neoliberal.

Al respecto el autor Cossio Díaz señala que, con anterioridad a la constitución de 1917, se habían reconocido una serie de derechos y tradición jurídica nacional desenvuelta por etapas, estos factores aunados al movimiento armado de 1910 dieron lugar a una serie de decisiones que fueron llevadas al texto constitucional.¹

Bajo esta visión se justifica el origen del actual de la constitución como un proceso evolutivo devenido de factores históricos, políticos y sociales.

Entre los juristas mexicanos se conformaron tres tipos corrientes para intentar sistematizar y ordenar el texto constitucional:²

En primer lugar, aparece una postura o corriente histórica, que se consideró la existencia de leyes históricas nacionales, en donde por medio de etapas, se continuaban y perfeccionaban las precedentes, así la constitución de 1917 era una etapa más de esa revolución.

¹ Cfr. Cossio Díaz, José Ramón, *Dogmática Constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998, p. 43

² Cossio Díaz, José Ramón, "La teoría constitucional en México", en *Metapolítica*, México, volumen 4, julio-septiembre de 2000, pp. 45 y ss.

En el mismo sentido, surge una segunda corriente iusnaturalista que parte de la idea de protección del hombre frente al abuso de poder y la necesidad de darle autonomía frente al Estado, bajo esta tesis se admite la preexistencia de los derechos del hombre frente al Estado, así se buscaba otorgar un carácter supremo y moralmente correcto al orden jurídico, evitando su contrastación.

Por lo tanto, al aceptar la existencia de los derechos humanos e incorporarlos al orden jurídico se daba por cierto que este orden era justo, liberal y moralmente válido, en concordancia con la dignidad del individuo.

Bajo la visión de una tercera postura, se justifica que el derecho es producto de una fuerza social que se manifiesta en decisiones políticas fundamentales, se sostuvo así que el estudio de la constitución debía realizarse en términos políticos ya que está compuesta por decisiones políticas.

Así la constitución de 1917 se visualizaba como producto de una fuerza revolucionaria popular, que solo podía ser modificada por el pueblo, por lo cual se restó relevancia al estudio normativo de la constitución.

En este sentido a partir de los años 40 las normas constitucionales, que en un principio se estudiaban exegéticamente y con poca relación a las teorías constitucionales que se decía iban a seguir, poco a poco comenzaron a ser explicadas a partir de las exposiciones de motivos utilizadas por el presidente de la república para justificar su iniciativa de reforma, evitando emplear teorías como el positivismo o iusnaturalismo para explicar la Constitución, para seguir con un razonamiento histórico.

Esta forma de estudiar la Constitución produce lo que Cossio Díaz llama la “trivialización” del estudio de la Constitución, consistente solo en reseñar exposiciones de motivos y hacer historias internas. Este tipo de explicación

constitucional no produce resultados interpretativos, no plantea posibles soluciones a un problema real, ni tampoco establece “guías de conducta” para los órganos del Estado.³

En una etapa más reciente, las consideraciones constitucionales utilizadas en un proceso legislativo de modificación, han omitido referencias de fondo a la teoría constitucional, por lo cual las cuestiones de constitucionalidad se han reducido a la modificación e inclusión de ciertos contenidos a la Constitución y a la determinación del procedimiento por el cual deben incorporarse los contenidos considerados necesarios.

Este fenómeno en torno al proceso legislativo constitucional, se volvió a repetir en el proceso legislativo en el cual surgieron las iniciativas de reformas constitucionales del año 2011 relacionadas con los derechos humanos.

En las diversas iniciativas que forman parte del proceso legislativo, presentadas desde el año 2006 hasta el año 2010 en la Cámara de Diputados y Cámara de Senadores, se puede apreciar la repetición de los modelos de justificación antes señalados respecto de las reformas constitucionales.

Sobre este proceso legislativo constitucional, se presentaron en la Cámara de diputados 33 iniciativas de diversos miembros y grupos parlamentarios de la LX legislatura a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos para su análisis, a su vez en la Cámara de Senadores se presentaron 14 iniciativas del año 2004 al año 2010, de donde surgió el dictamen con proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I y reforma diversos artículos de la Constitución.

³ Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y Límites de Los Derechos Fundamentales: Teoría General y Su Reflejo en La Jurisprudencia Mexicana*, México, Porrúa - Escuela Libre de Derecho, Universidad Complutense, 2011, p. 164

Como ejemplo de la repetición en los esquemas de justificación legislativos antes mencionados en la reforma constitucional del año 2011, podemos encontrar las siguientes iniciativas que tratan específicamente sobre la modificación de la denominación del título primero, capítulo I y del artículo 1º:

1.- La iniciativa identificada con el número 1.1.7 INICIATIVA DE DIPUTADA (GRUPO PARLAMENTARIO DEL PAN)⁴, con fecha 25 de abril de 2007, publicada en la Gaceta Parlamentaria No. 2236-IV, por la cual las diputadas Dora Martínez Valero, Arturo Flores Grande y Violeta Lagunas Viveros, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional proponen reforma y adiciona los artículos 1, 3, 15, 33, 71, 73, 76, 89, 102, 103, 107, 110 y 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el artículo 48 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. En su exposición de motivos retoman la definición de derechos humanos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en su página de internet, definidos como el "conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado", a continuación, se señalan las características de universalidad, incondicionalidad e inalienabilidad contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En la misma línea de exposición, se realiza una mención a los avances históricos en la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos a nivel federal y estatal, para finalmente señalar en relación a la modificación del artículo 1º que el reconocimiento de los derechos humanos obedece al principio dentro de

⁴ *Reforma en Materia de Derecho Humanos de 11 de junio de 2011*, Proceso Legislativo, p. 31, http://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/reformas_amparo_dh/PDFs/proceso%20legislativo%20derechos%20humanos.pdf#page=621

un régimen democrático de que no existen razones de Estado por encima de las razones de los ciudadanos.⁵

2.- Otro ejemplo es la iniciativa identificada con el número 1.1.11, INICIATIVA DE DIPUTADO (GRUPO PARLAMENTARIO DEL PAN) de fecha 6 de septiembre de 2007, publicada en la Gaceta Parlamentaria No. 2335-I, por la cual José Gildardo Guerrero Torres, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional propone la reforma a los artículos 1o., 9o. y 11 constitucionales, que contiene en su exposición de motivos un enfoque historicista, en la cual señala que el reconocimiento de los derechos humanos está ligado a la historia de la humanidad desde la cultura Griega, en la que se puede vislumbrar una primera esfera jurídica de derechos políticos y civiles, a la Romana y posteriormente en la Edad Media con el predominio de la arbitrariedad y el despotismo sobre la libertad humana, pasando por el Renacimiento, hasta la Revolución Francesa, para a continuación señalar que:

“por primera vez en la Constitución de Apatzingán un capítulo dedicado a las garantías individuales, considerándolas como elementos insuperables que debían ser respetados en toda su integridad; elementos que jamás abandonaríamos a la fecha, pues en todas las constituciones (1824, 1857, y 1917) han estado insertas.”

Dentro de la misma iniciativa se menciona que “Los derechos humanos entendidos como ideas generales y abstractas, son la materia subjetiva de las garantías individuales entendidas como ideas individualizadas y concretas...”

Finalmente, en relación al artículo 1º, se presenta un apartado referente a la “igualdad de los derechos fundamentales”, realizando un listado de antecedentes “constitucionales e históricos”.⁶

⁶ *Ibidem.* p. 83.

3.- La iniciativa identificada como 1.5.2 INICIATIVA DE SENADORA (GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRD), de fecha 25 de marzo de 2004, publicada en la No. Gaceta: 40, por la cual la Senadora Leticia Burgos Ochoa, integrante del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática propone un proyecto de decreto que reforma al artículo 1º de la Constitución, menciona en su exposición de motivos que tomando en consideración que la nota característica de las violaciones a éstos derechos en nuestro país se cometen desde el poder público, con su anuencia o tolerancia se trata entonces de derechos que se necesitan ejercer frente al Estado, proveyendo a su titular de los medios adecuados para defenderse contra el ejercicio arbitrario del poder.

Menciona que derechos del ser humano son inherentes a la dignidad del mismo, por lo tanto, operan como fundamento último de toda sociedad, señalando que, a diferencia de otros, se ha utilizado de manera inexacta la expresión de garantías individuales para referirse a los derechos humanos. A continuación, destaca la falta de distinción entre derechos humanos y garantías individuales, para finalmente remitirse a la sentencia en el amparo 1475/98 a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde reconoce que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal.⁷

Al respecto es importante mencionar que dentro del Dictamen de la Cámara de Diputados de fecha quince de diciembre del dos mil diez que contiene proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma artículos 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro del punto III, en sus Consideraciones se establece que:

“Los derechos humanos o garantías (en su génesis) no fueron elaboraciones de juristas, politólogos o sociólogos, ni nacieron como

⁷ *Ibidem.* p. 292

producto de una reflexión de gabinete. Son auténticas vivencias de los pueblos o de grupos que constituyen a éstos, las cuales se arrancaron materialmente al Soberano para lograr el pleno reconocimiento de libertades y atributos que son inherentes por su simple calidad de persona.”

Señala que la diferencia entre garantías individuales y derechos humanos estriba en que las garantías individuales son los límites de la actuación del poder público consagrados de manera precisa en un texto constitucional y que los derechos humanos son anteriores y superan el poder público, por lo que, aunque no estén consagrados en una Constitución el Estado se constriñe a reconocerlos, respetarlos y protegerlos.

Por último, respecto de la inclusión del concepto derechos humanos dentro de la denominación del Capítulo I, Título Primero, destaca la importancia de la obligación del Estado de proteger y garantizar dichos derechos y la importancia de que, al momento de interpretar las normas relativas a los derechos humanos, no solamente será la Constitución su único referente, sino que, además, deberá acudir a lo establecido en los tratados internacionales.⁸

En atención a lo antes expuesto se puede concluir que en las mencionadas iniciativas y dictamen se aprecia la falta de citación, remisión o utilización de elementos de teoría constitucional para motivar la inclusión de los derechos humanos como parte del orden normativo constitucional, por lo cual, tampoco se aprecia un entendimiento claro de las normas constitucionales como normas jurídicas, sus funciones y relaciones de jerarquía con otras normas y mucho menos la definición de una estructura normativa y de interpretación de los derechos humanos.

⁸ *Cfr.* Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/117_DOJ_10jun11.pdf

La justificación de la reforma constitucional se fundamenta en la concepción internacionalmente aceptada de los derechos humanos como prerrogativas inherentes a la persona, relacionados con la dignidad humana y la obligación del Estado de reconocerlos y protegerlos, además sigue una línea de evolución histórica tanto universal como nacional considerando la integración de los derechos humanos como una etapa más de esa evolución, reconociendo las violaciones a los derechos humanos en la historia pasada pero también señalando los avances en las instituciones creadas para mejorar su protección, de igual manera señala la confusión conceptual entre garantías individuales y derechos humanos pero sin profundizar en la razones jurídicas para realizar este cambio conceptual.

A pesar de estas omisiones, podemos rescatar las siguientes iniciativas que formaron parte del proceso legislativo, en la cuales se hace uso de conceptos de mayor profundidad teórica y relevancia en el derecho internacional de los derechos humanos, las cuales merecen la pena destacar:

1.- Iniciativa 1.1.15 INICIATIVA DE DIPUTADA (Grupo Parlamentario del PRD) de fecha 16 de octubre de 2007 en la Gaceta Parlamentaria No. 2360-III⁹, por la diputada federal, Holly Matus Toledo, en la cual se hace mención de la amplitud del concepto de derechos humanos que comprenden a los derechos económicos, sociales y culturales, así como difusos y colectivos, estableciendo la relación entre los derechos humanos y los métodos de protección establecidos en los tratados internacionales con la exigencia de agotar los recursos internos para acceder a la jurisdicción internacional. En el mismo sentido menciona el principio de pro persona, el principio de progresividad y el principio de interpretación conforme aplicables a los derechos humanos, reconociendo la importancia de la actuación judicial como garantes de los derechos humanos en el orden interno y la necesidad de su incorporación constitucional para hacer efectiva su garantía.

⁹ Cfr. *Reforma en Materia de Derecho Humanos de 11 de junio de 2011, Proceso Legislativo, op. cit.*, p. 137

Por último, reconoce la importancia de la homologación de los tratados ratificados por México conforme a una base normativa internacional que obliga a cumplir con normas procesales internacionales que involucran al interpretación y aplicación de los derechos humanos.

2.- Iniciativa 1.1.26 INICIATIVA DE DIPUTADOS (Diversos Grupos Parlamentarios) de fecha 24 de abril de 2008 en Gaceta No. 2492-II¹⁰, en la cual dentro de la exposición de motivos se menciona la importancia del derecho internacional de los derechos humanos, el cual implica el reconocimiento de los derechos como normas fundamentales que regulan el actuar de los órganos del Estado, también señala la importancia de que los derechos humanos influyan en los criterios reguladores que rijan el actuar del poder judicial, así como la trascendencia de establecer una reforma del Estado basada en la observancia de los derechos humanos como fundamento del Estado Constitucional.

3.- Iniciativa 1.5.10 INICIATIVA DE LEGISLADORES de la Cámara de Senadores (Diversos Grupos Parlamentarios) de fecha 29 de noviembre de 2007 en la Gaceta No. 166¹¹, en la cual se menciona la “relevancia de los derechos humanos como principios constitucionales, ubicados en la cúspide del sistema jurídico, desde la cual son auténticos límites materiales a la actuación de los poderes públicos y de los órganos de gobierno”, relacionada con la concepción de la constitución como un “instrumento de carácter jurídico para la salvaguarda de los derechos humanos”. Se plantean objetivos de la reforma, entre los que destacan el fortalecimiento del sistema constitucional de los derechos humanos en donde se establezca un principio de interpretación, basado en el reconocimiento expreso de los derechos humanos y su consecuente aplicación directa e inmediata en el orden jurídico.

¹⁰ *Ibidem.* p. 211

¹¹ *Ibidem.* p. 342

4.- 1.5.11 INICIATIVA DE SENADORA (Grupo Parlamentario del PRD) de la Cámara de Senadores de fecha 25 de septiembre de 2008 en la Gaceta No. 259¹², en la cual profundiza sobre la diferencia entre garantías individuales y derechos humanos señalando la concepción individualista y estatista de la Constitución de 1917 que privilegia los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos y sociales, justifica la utilización del término “derechos humanos” en vez de “derechos fundamentales”.

Por lo anterior podemos concluir que no existe a nivel de la creación y justificación legislativa, un criterio jurídico claro que pueda indicar al legislador secundario y al juzgador, cual es la estructura de las normas que contienen los derechos fundamentales y por ende la forma en que estas deben ser integradas en el sistema jurídico mediante su aplicación e interpretación.

La situación de falta de claridad jurídica sobre los derechos fundamentales, apreciada en las motivaciones de las iniciativas de reforma constitucional, ha sido tratada sobre la marcha con la aparición de casos específicos posteriores a la inclusión constitucional del concepto de derechos humanos, principalmente en los tribunales federales, casos en donde es necesaria la profundización y clarificación respecto de que son los derechos fundamentales, como se entiende su contenido, su limitación y su aplicación al ser reclamadas violaciones por resoluciones de autoridades estatales.

Por lo tanto, es en la interpretación realizada por medio de los criterios jurisprudenciales a partir del año 2011, en donde se aprecia un desarrollo sobre la estructura y modo de entender la importante función de estos derechos en la

¹² *Ibidem.* p. 350

práctica, por lo que a continuación expondremos los criterios jurisprudenciales que consideramos guían de mejor manera el entendimiento de los derechos fundamentales:

1.- En primer término, se encuentra el siguiente criterio que es relevante por la introducción de dos aspectos principales para tener una visión más clara de los derechos fundamentales en el orden jurídico mexicano, estos aspectos son la estructura de los derechos fundamentales y el criterio de ponderación como método de aplicación.

Así el criterio del Pleno del año 2011 de rubro “CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA”¹³, inicia por reconocer que los derechos fundamentales no son ilimitados, en razón de su estructura normativa, punto en donde se aborda la diferencia estructural entre reglas y principios, estableciendo que las normas de derechos fundamentales son principios al utilizar la descripción de estos como “mandatos de optimización” claramente influenciado por la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, reconociendo la necesidad de “desarrollar un ejercicio de ponderación para articular el resultado de su aplicación”.

Por lo anterior, conforme a este criterio se puede sostener que, en el orden jurídico mexicano, las normas de derechos fundamentales son normas bajo la estructura de principios, de igual manera se reconoce la posibilidad, dentro del sistema jurídico, de que existe un conflicto entre normas de derechos fundamentales en casos concretos y, sobre todo, se reconoce la necesidad de aplicar un criterio de ponderación para la resolución jurídica de estos casos concretos, lo cual sin duda nos lleva al desarrollo del principio de proporcionalidad.

¹³ Cfr. P. XII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 23

2.- En relación a las fuentes de los derechos fundamentales, encontramos el siguiente criterio emitido por la Primera Sala en el año dos mil doce de rubro “PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE” en donde se dispone que:

“el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación.”¹⁴

En este criterio se amplía el catálogo de derechos fundamentales a todos los contenidos en los tratados y documentos internacionales ratificados por el Estado mexicano, precisando que entre dos normas que contengan derechos fundamentales de contenido similar se debe aplicar el principio pro persona para elegir cual debe aplicarse buscando el mayor beneficio.

3.- Sobre el tema de las restricciones a los derechos fundamentales, en el año dos mil doce se emite una jurisprudencia por la Primera Sala, bajo el rubro “RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS”, en donde por primera cuenta se afirma que los

¹⁴ 1a./J. 107/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, Tomo 2, Octubre de 2012, p. 799

derechos fundamentales no son absolutos y admiten restricciones por el legislador secundario que deben satisfacer los requisitos de¹⁵:

- a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna;
- b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y,
- c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

Sin duda, como se aprecia, en este criterio jurisprudencial, la primera sala de la Suprema Corte, emplea las ideas esenciales que componen los subprincipios del principio de proporcionalidad, ya que aun sin citarlo de manera explícita considera que estas fases de análisis deben ser cumplidas de forma secuencial para realizar el análisis de la validez de las restricciones legislativas a derechos fundamentales.

¹⁵ 1a./J. 2/2012 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Primera Sala. Décima Época, Libro V, Febrero de 2012, Pág. 533

4.- En el año dos mil catorce se emite un criterio por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia por el cual se estableció un criterio de sistematización entre las normas de derechos fundamentales contenidas en los tratados y la contenidas en el orden nacional 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”¹⁶, conforme a este criterio se establece, como primer punto, la prohibición de efectuar una jerarquización entre normas de derechos fundamentales contenidas en tratados y normas similares en el orden jurídico nacional, lo cual implica la existencia de un amplio catálogo de derechos fundamentales sin jerarquía a primera vista, en segundo lugar se redefine la supremacía constitucional bajo la concepción de la “Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano”, empleando esta aseveración para justificar la validez de las restricciones contenidas en la Constitucional, lo cual en mi opinión termina por establecer una jerarquía de contenido a favor de la normas constitucionales, ya que “implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material” tal y como lo afirma el criterio. Por último, dentro de este criterio, se establece de forma precisa que los derechos fundamentales constituyen el parámetro de contenido constitucional por el cual se evaluará la validez y actos del orden jurídico mexicano.

El aspecto a destacar en este criterio consiste en la preponderancia otorgada al texto constitucional, basado en la supremacía, para determinar si una restricción a un derecho fundamental puede tener una vigencia válida al estar contenida en la Constitución.

¹⁶ P./J. 20/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 5, Tomo I , Abril de 2014, p. 202

5.- Respecto al contenido y alcance de las normas de derechos fundamentales se ha emitido el criterio jurisprudencial de la Primera Sala en el año dos mil quince de rubro “DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA” en donde se establece¹⁷:

“...cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”

En este criterio se mejora el método de selección y contenido de la norma de derecho fundamental aplicable ya que se especifica que se deben tomar en consideración el contenido de ambas normas bajo el principio pro persona, es decir, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia y no solo hacer una selección de exclusión de una sobre otra basado en las restricciones constitucionales, método que al parecer podría suponer una mayor libertad en la actuación judicial dentro de los límites impuestos por las restricciones a derechos contenidas en la Constitución, lo cual es reafirmado en este criterio.

6.- Sobre la delimitación del contenido y alcance de los derechos fundamentales, la tesis asilada del año dos mil dieciséis de rubro “DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. SU NÚCLEO O CONTENIDO

¹⁷ 1a./J. 29/2015 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 17, Tomo I, Abril de 2015, p. 240

ESENCIAL”¹⁸, señala que el contenido de los derechos puede suele ser “indeterminado y circunstancial” por lo que la autoridad judicial tiene la función “de determinar el contenido, alcances, así como los límites de estos derechos fundamentales, constituyendo una función esencial para el desarrollo y el progreso de un verdadero Estado democrático”, por lo que considera que para exigir un derecho fundamental es necesario determinar elementos mínimos identificando el “contenido esencial de los derechos fundamentales”, aspecto que define como “aquella parte que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos que le dan vida resulten real, concreta y efectivamente protegidos”, estableciendo una relación entre el desconocimiento de la protección de un derecho fundamental con la limitación más allá de lo razonable.

En esta tesis aislada se puede apreciar que la determinación del contenido esencial es una actividad indispensable en la función jurisdiccional para abordar los casos en que se reclama o exige el respeto de un derecho fundamental, bajo esta necesidad que se considera relacionada con la formación democrática del Estado, se considera que el contenido esencial de los derechos fundamentales debe determinarse en un plano concreto y real de ejercicio y protección, lo que considero obliga al juzgador a tomar en cuenta las circunstancias concretas, particulares y vigentes en el tiempo respecto de los casos materia de estudio por lo cual existe una exigencia de razonabilidad que puede alcanzarse con la aplicación del principio de proporcionalidad.

3.3 La regulación constitucional de las normas penales conforme a los derechos fundamentales.

El fenómeno de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos conduce a interpretar las normas de Derecho común a la luz de la necesaria vigencia de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y Convenciones

¹⁸ 2a. XCII/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 34, Tomo I, Septiembre de 2016, p. 842

internacionales. Esto último, explica la exigibilidad y el respeto horizontal de los derechos fundamentales.

Al darse la reestructuración de los Estados después de la segunda guerra mundial, apareció una exigencia a nivel constitucional relacionada con la función del Estado de Derecho, en la cual las instituciones y normas de un Estado deberían servir realmente a los intereses legítimos de la sociedad, constituyendo una institución garantista de los derechos fundamentales.

Salazar Ugarte destaca que los modelos constitucionales de la posguerra contienen rasgos distintos, sobre todo por su rigidez y el contenido de garantías constitucionales que originaron un nuevo paradigma jurídico; entre ellos, destaca el modelo garantista y neoconstitucionalista, los que, sin duda, comparten algunas premisas importantes, pero que no deben confundirse pues presentan algunas diferencias.

El mismo autor, señala que la diferencia más elemental entre estos modelos es que el garantismo es una teoría surgida en el ámbito del derecho penal y el neoconstitucionalismo, en cambio, es una categoría conceptual inventada por los miembros de la escuela genovesa, con la finalidad de ofrecer una denominación común a un conjunto de concepciones y de agrupar la obra de un conjunto de teóricos.¹⁹

Por lo anterior, se puede afirmar que el modelo del proceso penal actual de un estado de derecho democrático, debe con base en el garantismo retomar

¹⁹ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, "Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción" en Fabra Zamora, Jorge Luis, García Jaramillo, Leonardo (coords.), *Filosofía del Derecho Constitucional, Cuestiones Fundamentales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015, pp. 577 – 5580, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/28.pdf>

postulados de la teoría principialista de los derechos fundamentales para lograr una efectividad material.

La propuesta garantista en la teoría de Luigi Ferrajoli cumple en gran medida con esta exigencia sobre todo la materia del derecho penal, ya que “en la medida en que el paradigma constitucional asume una serie de derechos y principios, de contenidos, en definitiva, que vinculan a los poderes públicos y privados. Toda teoría jurídica acabaría por incluir también una política de derecho”²⁰

Es aquí en donde los principios jurídicos, políticos y sociales de un Estado Derecho se dirigen a la protección de los derechos fundamentales, con las siguientes características²¹:

- a) Las leyes deben cumplir no solo formalmente los requisitos constitucionales de su producción, sino que en su esencia satisfagan los principios democráticos que prevea la propia Constitución.
- b) La validez de las leyes ya no dependerá de su mera formalidad (expedidos por el poder legislativo) sino que deben cumplir con la esencia de dirigirse a la consecución de los fines del Estado democrático, fijando el marco de los derechos fundamentales, prohibiciones y obligaciones que correspondan a las personas y las instancias y mecanismos para garantizar su ejercicio y cumplimiento.
- c) a su vez, los poderes Ejecutivo y Judicial, aplicarán las leyes en observación a derechos fundamentales

²⁰ Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 12

²¹ Cienfuegos Salgado, David, Vasquez Muñoz, Tania coords., *Derecho Penal Mexicano, Estudios y reflexiones sobre el diseño del sistema penal en México*, México, INACIPE, 2014, p. 375

El control de constitucionalidad respecto a la ley penal o leyes en materia de derecho penal, guarda relación directa con el principio de proporcionalidad ya que este ha sido aceptado como una herramienta argumentativa para dicho control constitucional.

Existen multitud de opiniones sobre la naturaleza de los derechos humanos que justifican su protección en relación a los modelos de estado y sociedad democráticos, ideas que a su vez fundamentan las bases para un sistema penal actual.

Autores como J. Rawls considera que el modelo de sociedad liberal – democrática debe partir de que los derechos fundamentales respondan a los principios de libertad, igualdad y justicia y que de ellos se pueden proponer los siguientes enunciados:

- a) Cada persona debe gozar de derecho iguales en el sistema total de libertades destinadas para todos y compatibles con la libertad para todos.
- b) Las desigualdades sociales y económicas han de afrontarse estructurando soluciones de tal modo que se dirijan a beneficiar a los menos favorecidos, y ofrecer beneficios y posiciones abiertas a todos, bajo condiciones de imparcialidad e igualdad.
- c) Los derechos fundamentales deben obedecer a rangos de prioridades como:
 - El derecho a la libertad solo debe restringirse excepcionalmente en la medida de asegura la misma libertad para todos.
 - El derecho a la justicia debe prevalecer sobre consideraciones de eficiencia o bienestar.

- Todos los bienes primarios –libertad y oportunidades, ingresos y riqueza, y las bases de la autoestima- han de ser distribuidos por igual, a menos que esa distribución contribuya a alguna desigualdad.²²

Claus Roxin, al inquirir sobre las funciones del Derecho Penal, aborda el tema desde la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, señalando que esto se verificaba a través de la medida de la culpabilidad que influye en la prevención general intimidatoria y la prevención específica.

Al respecto el autor Fiejo Sánchez señala que “con esta se consigue proteger bienes jurídicos mediante la pena en una medida adecuada, es decir sin excesos insoportables en el marco de nuestros sistemas constitucionales”²³

De esta manera, el sistema teleológico planteado por Roxin, el bien jurídico se convierte en el fundamento de un sistema penal que funciona en base a principios para un Estado social y de justicia para resolver las siguientes tres cuestiones:

1° El Derecho Penal se legitima porque se dirige a la protección de los bienes jurídicos.

2° La esencia de los bienes aparece en el injusto penal, pieza de la dogmática, en su expresión de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos.

3° La teoría del bien jurídico, desde el ángulo político – criminal, servirá para determinar criminalizaciones o descriminalizaciones concretas, bajo la óptica fundamental de que, si no hay bien jurídico, la criminalización es ilegítima.²⁴

²² Eusebio Fernandez, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987, p. 225 citado en Orellana Wiarco, Octavio, “El Derecho fundamental de Proporcionalidad en Materia Penal”, en Cienfuegos Salgado, David, Vasquez Muñoz, Tania (coords.), *Derecho Penal Mexicano, Estudios y reflexiones sobre el diseño del sistema penal en México, México*, INACIPE, 2014, p. 376

²³ Fiejo Sánchez, Bernardo, “Funcionalismo y teoría del bien jurídico” en Fernandez Bautista, Silvia (coord.), *Constitución y Principio del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, México, Tirant lo Blanch, 2012

²⁴ Orellana Wiarco, Octavio, *op. cit.*, p. 386

En el ámbito judicial, la subordinación de las normas a los derechos fundamentales en su carácter de principios contenidos en la Constitución o en los tratados internacionales, implica que el juez en su actividad de adecuación de la norma general al caso concreto, deba interpretar la ley más allá del sentido asignado por el legislador, pasando a un análisis crítico sobre la legitimación constitucional de la norma conforme al contenido de los derechos fundamentales.

Extrapolando la propuesta de Zaffaroni, el control de constitucionalidad de las leyes penales no tendría por tarea verificar la constitucionalidad del poder punitivo, sino directamente limitar y contenerlo. De esta manera, lo que se exige al tribunal constitucional a través de sus fallos, es ampliar su poder decisorio dentro de lo constitucionalmente posible, y en especial, respecto de los límites y principios penales materiales.²⁵

3.4 Conceptualización y finalidad de los principios en el sistema penal acusatorio.

Tanto el llamado *Ius Puniendi* del Estado consistente en la facultad de determinar las conductas sancionadas o delitos y como el *Ius Presequendi* o facultad para perseguir al infractor, deben encontrar una justa limitación dentro de un Estado de democrático de derecho.

De esta necesidad de limitación, que se podría denominar democrática, surgen los principios limitadores del *Ius Puniendi*, como elementos que caracterizan al estado democrático, derivados de valores considerados trascendentes en las relaciones sociales por lo que en la mayoría de los casos se incorporan en el orden constitucional.

Así en el ámbito constitucional los principios limitadores del derecho penal tienen su origen en los principios jurídicos establecidos en la Constitución, bajo la

²⁵ Zaffaroni, Raúl, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., México, Porrúa, 2005, pp. 37-54

visión de una ley fundamental de donde surge el contenido de la legislación nacional, conformándose los Principios Constitucionales del Derecho Penal.

Esto principios “se traducen en parámetro de interpretación argumentativa para la aplicación de la normativa penal en general y la solución de posibles conflictos entre las normas de diversa índole”²⁶

Con el objetivo de tener una visión más amplia sobre los límites del derecho penal nos remitiremos a la clasificación realizada por el autor Luna Castro, la cual consideramos se ajusta al enfoque principialista propuesto en este trabajo, además integrar principios tratados en otras clasificaciones.

El mencionado autor siguiendo la exposición de autores como Manuel Cobo del Rosal, Bustos Ramírez y Hormazabal Malarée, establece en primer lugar la categoría clasificatoria de Límites del Derecho Penal de Naturaleza Estructural²⁷ conformada por: a) titularidad estatal, entendida como la función creadora y ejecutiva de las normas penales, b) Legalidad objetiva, que determina la existencia y validez del Derecho Penal y constituye el punto de justificación de la actividad punitiva y persecutoria, y c) Garantía Procesal, d) Garantía Jurisdiccional y e) Garantía de Ejecución Penal, que considera derivaciones del principio de Legalidad que atraviesa todo el sistema penal.

La segunda categoría clasificatoria propuesta por el autor en mención, es la de Límites Constitucionales de Carácter Objetivo-Funcional²⁸, esta responde a la pregunta ¿Qué regula (el derecho penal) y cuál es la finalidad de la regulación? Y se conforma por los siguientes principios:

a) Principio de acción o conducta: Se deriva de la expresión “*nullum crimen sine actione*” o derecho penal del acto, el cual en el derecho penal moderno implica que lo susceptible de sancionar es un acto y no una personalidad “peligrosa”,

²⁶ Luna Castro, José Nieves, *Proporcionalidad y Límites de los Derechos Fundamentales*, México, Porrúa, 2010, p. 14

²⁷ *Ídem*.

²⁸ *Ibidem*. p. 15

remitiéndose al Derecho penal del acto en el cual solo puede sancionarse una conducta delictiva y no pensamientos o cuestiones personales.

b) Principio “*cogitationis poenam nemo patitur*”: Este principio significa que el “pensamiento no delinque” e implica la exigencia de que se concrete una conducta como manifestación externa de la voluntad, sin poder sancionar los deseos o intenciones de cometer el hecho no relacionados con actos ejecutivos en tentativa.

c) Principio de culpabilidad normativa personal: Se refiere a la culpabilidad como fundamento y límite de la pena, pero además señala, se refiere a la vertiente de la imposición proporcional de una pena al grado de culpa del sujeto responsable, cobrando gran importancia el principio de proporcionalidad como la “exigencia de argumentación judicial propia del nivel de criminalización secundario.

La última y tercera categoría de clasificación propuesta por el autor, es la de Límites Constitucionales en Sentido Estricto o Principios²⁹, esta se compone por límites externos del *ius puniendi* y señala, que puede cambiar de acuerdo a las consideraciones de diversos autores, así conforme al autor Terradillos Basoso el primer principio sería el de la dignidad humana, para los autores Bustos Ramírez y Hormazabal Malarée sería el principio de legalidad, para Zafarroni sería el Principio de Humanidad, para Mir Puig sería el Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, sin embargo, reconoce que mejor manera de categorización estos límites es la basada en la estructura normativa especial que como principios adquieren estos límites.

Esta última categoría que implica considerar a los límites del derecho penal como normas bajo la estructura de principios, permite ubicar al principio de proporcionalidad como uno de los límites penales principales y por ende exponer la relación con los demás principios limitadores, lo cual será desarrollado en el siguiente apartado de este capítulo.

²⁹ *Ibidem.* p. 18

Dentro de la particularidad del derecho mexicano, en un inicio, el concepto de principio fue limitado a temas en la materia civil, fiscal e internacional, refiriéndose a preceptos de carácter general no especificados en la norma.

Es hasta la aparición de la reforma constitucional del año dos mil once, al reconocer e integrar de manera explícita a los derechos humanos como parte del sistema jurídico cuando surge la necesidad de modificar la concepción jurídica de los principios bajo la perspectiva constitucional.

Así al implementar la reforma en materia penal del año dos mil ocho por la que se transforma el sistema penal al modelo acusatorio a nivel constitucional, se consolida la integración de principios específicos sobre el proceso penal, además se introdujo de manera amplia el concepto de principio en diversas legislaciones y normas como base del sistema procesal, de ejecución de sanciones y de seguridad pública.

Sin duda la primera aproximación a los principios en materia penal en nuestro sistema jurídico se encuentran en el contenido del artículo 20 constitucional en donde se establecen las características del proceso penal como acusatorio y oral, así como los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación que regirán su desarrollo.³⁰

El sistema penal acusatorio mexicano encuentra en el artículo 20 constitucional sus bases para conformarse como un sistema organizado conforme a principios, los principios establecidos en el texto de este artículo permiten apreciar la voluntad del legislador de ampliar la protección de los derechos fundamentales por medio de normas constitucionales con la estructura particular de los principios, los cuales, por su naturaleza, implican una aplicación diferente a las reglas.

³⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 20, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf

En concordancia con los postulados fundamentales de la teoría principialista de los derechos fundamentales, estos principios “constituyen una declaración de diversos postulados, de contenido abierto pero dentro de ciertos límites que deben observarse en todo acto del proceso”³¹, por lo cual existe un vínculo importante, entre los principios a nivel constitucional que rigen el proceso penal y su aplicación efectiva dentro de cada procedimiento en particular.

Bajo una visión más amplia, nos allanamos a la consideración de que “los principios constitucionales relativos al proceso acusatorio penal, tienen el carácter de derechos fundamentales y por ende la de principios, que buscan influir en toda decisión jurídica en que sean relevantes”.³²

El autor Ferre Mac-Greggor señala algunas características importantes de los principios del sistema acusatorio, al tratar sobre su aplicación dentro del juicio de amparo, apuntando que algunos de estos, si se deben aplicar, no porque el juicio de amparo constituya una continuación de la instancia ordinaria si no porque:

- 1) Son generalmente aplicables a todo proceso...como es el caso de los de contradicción e inmediatez para las pruebas ofrecidas en sede constitucional o
- 2) porque como principios que son, influyen en la decisión jurídica correspondiente que toma el juzgador dentro del ámbito de su discrecionalidad interpretativa o aplicativa pero sin contravenir las disposiciones aplicables.³³

Es en el ámbito del derecho penal, por su naturaleza punitiva, las normas se dirigen a la limitación de los derechos personales, por lo tanto, las leyes generales

³¹ Cfr. Hermoso Larragoiti, Hector Arturo, *Del sistema inquisitorio al moderno sistema acusatorio en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, p. 279

³² Ferrer Mac-Greggor, Eduardo, Sánchez Gil, Ruben, “Amparo y Proceso Acusatorio en México” en Cienfuegos Salgado, David, Vasquez Muñoz, Tania coords., *Derecho Penal Mexicano, Estudios y reflexiones sobre el diseño del sistema penal en México*, México, INACIPE, 2014, p. 375

³³ Ídem.

que restrinjan un derecho fundamental, deben ser vistas e interpretadas a la luz del significado de ese derecho, de tal manera que quede en todos los casos salvaguardado el contenido axiológico fundamental.³⁴

Por lo tanto, en la interpretación de las leyes penales como parte de un sistema normativo nacional, se debe partir de que el contenido de todas las leyes y no solo su forma de producción por el poder legislativo se encuentra limitado dentro de una democracia constitucional, al respecto el autor Luigi Ferrajoli desarrolla esta idea de la siguiente forma:

La novedad que el constitucionalismo introduce en la estructura de las democracias es que también el supremo poder legislativo se encuentra jurídicamente regulado y limitado, no sólo en lo que respecta a las formas, que garantizan la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también a la sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de normas constitucionales específicas, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales.³⁵

El derecho penal en términos generales es un límite a los derechos fundamentales, siempre que los tipos penales puedan justificarse en relación a otro derecho fundamental, por ejemplo, el delito de secuestro atenta contra el derecho a la libertad de tránsito de la persona, contra su integridad física y contra otros bienes de rango constitucional o protegidos por los tratados internacionales.

³⁴ Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE, tomo 7, p. 198 y 208

³⁵ Ferrajoli, Luigi, "Democracia constitucional y derechos fundamentales, la rigidez de la constitución y sus garantías" en Ferrajoli, Luigi, *et. al.*, *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*, 2ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2009, p. 77, https://www.academia.edu/25109427/TEORÍA_DEL_DERECHO_EN_EL_PARADIGMA_CONSTITUCIONAL

3.5 Ubicación del principio de proporcionalidad en el sistema de principios constitucionales del derecho penal.

Siguiendo la visión principialista propuesta al inicio de este trabajo respecto de la estructura normativa constitucional, es necesario encontrar una clasificación de principios constitucionales limitadores del derecho penal que considere a estos principios no solo como normas jurídicas de rango superior sino como como normas con una estructura “comprensiva u holística” es decir, como principios.

Bajo esta visión, el autor Luna Castro, retomando como referencia las esquematizaciones de clasificación de principios penales elaboradas por diversos autores, enuncia la siguiente clasificación de principios que limitan y regulan al derecho penal³⁶:

a) *Principio de Legalidad Penal* con sus subprincipios que son: la Taxatividad o Prohibición de indeterminación, Prohibición de Analogía, Prohibición de Retroactividad y Prohibición de Derecho Consuetudinario.

Este principio se fundamenta en el presupuesto de que la única fuente del derecho penal en sentido estricto es la ley (“principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”) y en que la tipificación de conductas y sus sanciones solo puede hacerse en normas con rango de ley.

Su influencia sobre sistema penal es transversal y se refleja tanto en la criminalización primaria como en la criminalización secundaria en el cumplimiento de las siguientes máximas.

1.- En la criminalización primaria o *ius puniendi*:

a) No hay delito ni pena sin ley escrita

b) No hay delito ni pena sin ley estricta.- Principio de determinación, taxatividad o tipicidad.

³⁶ Luna Castro, José Nieves, *op. cit.*, p. 20

c) No hay delito ni pena sin ley previa.- Principio de Irretroactividad.

2.- En la criminalización secundaria o *ius presecuendil*:

a) No hay culpa sin juicio

b) No hay juicio sin acusación

c) No hay acusación sin prueba

d) No hay prueba sin defensa

b) *Principio de Igualdad*

c) *Principio de humanidad o dignidad humana*

d) *Principio de Proporcionalidad o prohibición de exceso o déficit*

e) *Principio de “ne bis in ídem”*, que refiere a la prohibición de que un mismo hecho pretenda ser reprochado más de una vez en el ordenamiento jurídico.

Luna Castro considera que estos principios conforman el contexto legitimador del derecho penal subjetivo, asignándole una “naturaleza instrumental en la protección de los derechos fundamentales con los que innegablemente esta constitucionalmente vinculados en su calidad de principios”³⁷

Como se puede apreciar en esta clasificación se incluye el principio de proporcionalidad, asignándole dos características principales, la primera consiste en que el principio de proporcionalidad forma parte del orden constitucional en su calidad de norma estructurada bajo el esquema de un principio y la segunda en que

³⁷ *Ídem*.

este principio tiene una función como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, particularidades que desarrollaremos a continuación.

3.6 Correlación entre el principio de proporcionalidad y los principios del proceso penal en la garantía de los derechos humanos de las partes.

Antes de iniciar con el desarrollo de las relaciones entre el principio de proporcionalidad y los principios del proceso penal, es indispensable profundizar sobre las propiedades o características que de manera específica se le asignan al principio de proporcionalidad dentro del texto constitucional partiendo del contenido su artículo 22.

Lo anterior con la finalidad de determinar si existe o no una diferencia profunda dentro del sistema jurídico mexicano, entre el principio de proporcionalidad entendido como un método ponderación y el principio de proporcionalidad como criterio de la relación entre delito y sanción, lo anterior en razón de que generalmente al tratar la idea de proporcionalidad en materia penal, se limita su comprensión al contenido textual de dicho artículo.

3.6.1. El contenido del principio de proporcionalidad en materia penal dentro de los límites constitucionales del artículo 22.

Comencemos por precisar que, en razón de la reforma constitucional en materia penal del año 2008, se adiciono una última frase en el párrafo primero del artículo 22 que dice: “Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”

Para abordar el contenido de este artículo constitucional, consideramos útil retomar lo expuesto por el autor Carbonell quien señala que el principio de

proporcionalidad en materia penal ha sido parcialmente incorporado en el texto constitucional mediante esta reforma, al desarrollar este planteamiento, el autor formula una idea general del contenido del principio de proporcionalidad, señalando que este principio indica que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trata y siempre que sea proporcional.³⁸

Conforme a lo anterior, busca exponer la manera en que esta idea básica del principio de proporcionalidad puede ser aplicada en la materia penal, para lo cual señala como punto de partida la característica de que cualquier ley penal supone una intervención a los derechos fundamentales, especialmente sobre el derecho de libertad.

Así, la proporcionalidad en materia penal, limita el tipo de conducta que se puede sancionar penalmente y el monto de la sanción que el legislador decide imponer a la realización de una conducta.

Ahora bien, señala que la limitación impuesta por el principio de proporcionalidad aparece en primer momento cuando el legislador determina la gravedad del delito.

Ferrajoli considera que la gravedad de un delito y por lo tanto la proporcionalidad de la pena se puede medir a partir del daño que se genera con la comisión de la conducta delictiva y del grado de culpa que tiene el sujeto, admitiendo que el problema existente es el peso de deba asignarse a cada uno de los criterios respecto del otro.³⁹

El autor en mención, se remite al contenido de la sentencia 136/1999 dictada por el Tribunal Constitucional Español en el caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, en donde al analizar la sanción impuesta a los sentenciados se utiliza la consideración de proporcionalidad de la pena en relación con el efecto disuasorio que pudiera tener respecto del ejercicio de los derechos fundamentales como la

³⁸ Carbonell, Miguel, *Los Juicios Orales en México*, 2da. ed., México, Porrúa, 2010, p. 159

³⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Teoría del garantismo penal, 9ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2009., p. 399

libertad de expresión, la participación política o de información, ya que como lo reconoce el Tribunal, el ejercicio ilegal de estas libertades puede dar lugar a una sanción, pero de igual manera una reacción penal excesiva puede desalentar su ejercicio legítimo por el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada.

Partiendo del contenido de esta resolución, se afirma que para evaluar la proporcionalidad de una medida legislativa, en primer lugar es necesario investigar si los fines mediatos e inmediatos del bien jurídico son suficientemente relevantes, ya que puede existir desproporcionalidad si el sacrificio o límite a la libertad que impone la norma al proteger bienes o intereses fuera de la constitución o socialmente irrelevantes y en segundo lugar debe indagarse si la medida es necesaria e idónea para alcanzar lo fines de protección que son el objetivo de la norma, para finalmente determinar si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

Por lo cual Carbonell afirma que la recepción del principio de proporcionalidad en el artículo 20 ha sido parcial y no completa, ya que la proporcionalidad en materia penal va más allá de la que puede existir entre penas y delitos, aunque este haya sido, desde el punto de vista histórico la primera de sus manifestaciones.⁴⁰

Al respecto, la autora Lopera Mesa señala que, el reducir la concepción del principio de proporcionalidad en materia penal tomando únicamente la relación entre delito y pena provoca que:

"así entendido este principio presenta un contenido reducido, si se compara con la formulación más amplia que alcanzará posteriormente en la doctrina penal, pues tan solo orienta la selección y aplicación de las consecuencias jurídicas ligadas a la comisión de un delito, más no interviene en la previa selección de los objetos de tutela penal ni de las conductas objeto de incriminación...por otra parte no exige que la sanción penal sea idónea o necesaria para alcanzar finalidad alguna

⁴⁰ *Ibíd.* p. 164

sino que tan solo su aflictividad no supere la gravedad del delito la que se vincula como consecuencia jurídica”⁴¹

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, podemos concluir lo siguiente:

1.- En materia penal el principio de proporcionalidad se vincula con la protección del derecho a la libertad, partiendo de la naturaleza limitativa sobre los derechos que contienen de las leyes penales.

2.- El principio de proporcionalidad en materia penal, por lo tanto, se utiliza para evaluar las determinaciones de las autoridades penales, buscado la protección del contenido esencial de los derechos restringidos.

3.- Al evaluar las determinaciones legislativas en materia penal o leyes penales por medio del principio de proporcionalidad, deben evaluarse la relevancia de los fines del bien jurídico protegido, la idoneidad de la medida restrictiva para alcanzar los fines de protección y la proporción entre el delito o conducta cometido y las consecuencias jurídica o pena.

4.- Partiendo del orden jurídico constitucional, en el sistema mexicano, la proporcionalidad penal aparece limitada a la relación entre delito y pena, sin aplicarse para seleccionar los objetos de protección penal y las conductas consideradas como delitos en la fase de elaboración legislativa.

3.6.2. Relación entre el Principio de Proporcionalidad y los Principios del derecho penal.

El principio de proporcionalidad en un sentido amplio, tiene una función sistematizadora de los principales límites materiales al poder punitivo contenidos en diversos principios, los cuales han sido establecidos por la cultura jurídica penal.

⁴¹ Lopera Mesa Gloria P, *Principio de Proporcionalidad y Ley Penal*, Madrid, CEPC, 2006, p. 172

Bajo esta premisa, se puede establecer someramente una relación entre los diversos principios limitativos del poder punitivo penal y los elementos o subprincipios del principio de proporcionalidad, así el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se relaciona o encuadra dentro en el análisis de proporcionalidad con las razones normativas apreciadas “*prima facie*” en contra o favor de una intervención penal legislativa, de igual manera, el principio de lesividad consistente en que el legislador debe sancionar penalmente sólo aquellas conductas que en verdad dañen bienes jurídicos relevantes se relaciona con el subprincipio de idoneidad y el principio de intervención mínima con el subprincipio de necesidad.

Esta relación puede apreciarse también en cuanto que el principio de proporcionalidad ha sido incluido dentro del sistema penal acusatorio como una técnica dentro del proceso para abordar situaciones trascendentes como la aplicación de la prisión preventiva, esto siguiendo la tendencia internacional de considerar a dicho principio como elemento básico para el análisis y validación de medidas restrictivas de algún derecho fundamental, en concordancia con los criterios de la Corte Interamericana de Derecho Humanos que fueron expuestos anteriormente en el capítulo segundo, siendo esta faceta de la proporcionalidad la que ha tenido mayor desarrollo en el sistema penal mexicano.

3.6.3 Relación entre el Principio de Proporcionalidad y los Principios de Jurisdiccionalidad y de Presunción de Inocencia en la regulación de la prisión preventiva.

Con anterioridad a la reforma constitucional en materia penal del año 2011, la prisión preventiva se encontraba regulada en el apartado A, fracción I, del artículo 20 constitucional, en donde su aplicación únicamente se encontraba limitada por el concepto de delito grave, lo cual daba un amplio margen para su imposición.

Sin embargo, como parte de la reforma constitucional se incluyó en el párrafo segundo del artículo 19 una regulación más precisa de la prisión preventiva, que, junto con la adición formulada al mismo párrafo en el mes de abril del año 2019, dan la siguiente estructura constitucional a la prisión preventiva:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.⁴²

La prisión preventiva implica una afectación tanto directa como indirecta a distintos derechos fundamentales, por lo que su justificación debe ser siempre necesaria y no puede presumirse, al Estado le corresponde acreditar que existen

⁴² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 19, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf

razones suficientes para que una persona acusada de determinado delito sea puesta en prisión sin existir una sentencia que la declare culpable.⁴³

En los casos específicos, la prisión preventiva se encuentra en constante tensión con el principio de presunción de inocencia y el principio de jurisdiccionalidad.

La imposición de la prisión preventiva debe superar los requisitos siguientes, con base en la doctrina, tratados internacionales y jurisprudencia⁴⁴:

1.- Verificación del mérito sustantivo: Implica acreditar los elementos señalados en el artículo 19, tanto en los tipos penales que ameritan su imposición como los requisitos formales señalados

2.- Principio de Excepcionalidad: Significa que la prisión preventiva no puede ser la regla general del trato para las personas sujetas a un proceso penal.

3.- Fin procesal de la prisión preventiva: Debido a que su finalidad no puede ser sancionatoria, siempre tendrá que acreditarse que se persigue una finalidad de carácter procesal lícito

4.- Proporcionalidad: Implica que la medida se aplique siempre tomando en cuenta y valorando los hechos presuntamente cometidos por el procesado, así como las condiciones materiales, económicas, laborales y familiares del mismo.

5.- Provisionalidad: Consiste en que la ley permita que en todo tiempo se revise si la medida sigue siendo necesaria o si ya cambiaron algunos de los elementos que llevaron a su imposición

⁴³ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 103

⁴⁴ Bovino, Alberto, "Aporías, Sombras y Ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo", Foro, *Revista de derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar*, número 8, Quito, segundo semestre de 2007, p. 6, citado en Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 104

6.- Control Judicial: Implica que se pueda impugnar la imposición de la medida ante el superior del juez que la dictó

7.- Límite temporal: Debe existir un plazo más allá del cual debe cesar el encarcelamiento preventivo.

Como una medida cautelar, se considera que la prisión preventiva es la última disponible para el juzgador y solo podrá imponerla de manera excepcional en casos estrictamente necesarios.

La restricción al uso de la prisión preventiva se relaciona con el respeto al principio de presunción de inocencia y el principio de jurisdiccionalidad por el cual solo se puede privar de la libertad a una persona por orden judicial, luego de seguido un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad.

El principio de presunción de inocencia obliga a crear o formular requisitos previos en las legislaciones que aseguren el menor daño posible al inculgado mientras dure el juicio, mientras no existe sentencia condenatoria en su contra, de esta manera se limita a si la posibilidad de aplicar prisión preventiva.

La presunción de inocencia no solo garantiza la libertad y la verdad, sino también la seguridad que ofrece el estado de derecho, expresada en la confianza del gobernado en la justicia y frente al poder punitivo.

La indispensabilidad de la prisión preventiva o de cualquier otra medida cautelar, debe ser valorada conforme al principio de proporcionalidad, atendiendo a su idoneidad, necesidad, que comprende la subsidiariedad de la prisión preventiva y ponderación respecto a los fines que les ha establecido el artículo 19 constitucional.⁴⁵

Por la trascendencia de la afectación a la libertad por medio de la prisión preventiva como medida precautoria, se ha formulado diversos criterios jurisprudenciales en los cuales se establece la necesidad de realizar una

⁴⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Sánchez Gil, Ruben, *op. cit.*, p. 354

ponderación en forma proporcionada de las diversas circunstancias que pueden afectar la imposición y duración de la prisión preventiva.

Así encontramos que en la tesis 1a. CXXXVII/2012 (10a.) de rubro “PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN”, en la cual atendiendo a lo dispuesto por el artículo 20 constitucional y la Convención Americana de los Derechos Humanos establece que la duración de esta medida debe determinarse en atención a factores como: 1. Probabilidad de que el acusado cometió un delito merecedor de pena carcelaria, en donde el juzgador podría estimar que la medida cautelar provisional decretada ya no es imperiosa, lo que no prejuzga lo resuelto en el auto de formal prisión; 2. Peligro de fuga o evasión de la acción de la justicia, donde deben tenerse en cuenta la gravedad del delito y la eventual severidad de la pena, elementos que por sí solos son insuficientes para concluir que no ha transcurrido un plazo razonable de duración de la prisión preventiva; 3. Riesgo de comisión de nuevos delitos, entre otros, concluyendo que “Así, los jueces, fundándose en una prudente apreciación, deben evaluar en forma proporcional y razonada en cada caso dichos factores, a efecto de determinar si ha transcurrido un plazo razonable de permanencia del procesado sujeto a prisión preventiva.”⁴⁶

En el mismo sentido, una tesis más reciente de rubro “PRISIÓN PREVENTIVA. FACTORES A CONSIDERAR PARA EL ANÁLISIS DE LA RAZONABILIDAD PARA LA PROLONGACIÓN DEL PLAZO PREVISTO EN LA FRACCIÓN VIII, DEL APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL”, establece nuevos elementos a analizar para la prolongación de la prisión preventiva, así tomando en consideración las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, cita el contenido de los artículos 7.5 de la Convención Americana sobre

⁴⁶ 1a. CXXXVII/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, Tomo 1, agosto de 2012, p. 492

Derechos Humanos y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para concluir que:

“el juez correspondiente deberá hacer un análisis holístico de las circunstancias jurídicas y fácticas que rodean al proceso, aludiendo a criterios de necesidad y proporcionalidad y pudiendo tomar en cuenta la naturaleza del delito que se imputa, pero sin que ese único factor y sólo por ese elemento se decida prolongar la prisión preventiva”⁴⁷

En concordancia con las anteriores tesis, se emitió una jurisprudencia en el año 2018 bajo el rubro “PRISIÓN PREVENTIVA. LA PENA MÁXIMA COMO ÚNICA RAZÓN PARA JUSTIFICAR SU IMPOSICIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR, VULNERA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN SU VERTIENTE DE REGLA DE TRATO PROCESAL, CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO B, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 7 Y 8 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”⁴⁸

Conforme a esta jurisprudencia, se establece una correlación entre tres figuras, la prisión preventiva en su carácter de medida excepcional contenida en el artículo 19 constitucional, el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 20, apartado B, fracción I constitucional por parte del derecho nacional y el derecho a la libertad y seguridad personal junto con el derecho de presunción de inocencia contenidos en los artículo 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, la anterior relación sirve para afirmar que la prisión preventiva en función únicamente de la pena de prisión que prevé el hecho delictuoso señalado por la ley como delito, es una postura anticipada sin justificación pues se tiene por cierto que el imputado se sustraerá del procedimiento penal con base en la posible

⁴⁷ 1a. XL/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 40, Tomo I, marzo de 2017, p. 450

⁴⁸ VI.2o.P. J/2 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 60, Tomo III, noviembre de 2018, p. 2077

imposición de la pena de prisión que el tipo penal sanciona, por lo cual es contraria a los preceptos constitucionales y tratados internacionales invocados, por lo cual, el criterio finaliza estableciendo la obligación de ponderar la aplicación de la prisión preventiva conforme al máximo de la pena, la actitud que voluntariamente adopte el inculpado conforme al artículo 168, fracción II del Código Nacional de Procedimiento Penales, así como de la idoneidad para cumplir con los fines establecidos conforme a la constitución.

3.7 Conclusiones

En el sistema jurídico mexicano se encuentra integrados los derechos humanos dentro del texto constitucional en normas de derechos fundamentales que poseen la estructura de principios, característica que, a pesar de no aparecer en el documento constitucional, ha sido desarrollado en los criterios jurisprudenciales emitidos por el Poder Judicial Federal.

En el sistema jurídico mexicano se acepta la posibilidad de que surjan conflictos entre normas de derechos fundamentales en casos concretos y por ende la necesidad de utilizar un criterio de ponderación para la resolución jurídica de estos conflictos, lo cual remite al principio de proporcionalidad.

Los derechos contenidos en el orden jurídico nacional y los tratados internacionales constituyen un parámetro de validez constitucional sobre los actos de todo tipo de autoridad.

El principio de proporcionalidad constituye un principio limitador y regulador del derecho penal, tiene una naturaleza instrumental en la protección de los derechos fundamentales.

En materia del derecho penal, el principio de proporcionalidad se vincula con la protección al derecho a la libertad, su utilización se dirige a evaluar las resoluciones en materia penal por las cuales se restringen derechos.

A partir del mandato del artículo 22 constitucional sobre la proporcionalidad que debe existir entre los delitos, las sanciones para cada uno de ellos y los bienes jurídicos tutelados, es deseable que los legisladores realizaran una revisión completa de los códigos penales a nivel federal y local para que su contenido sea compatible con la Constitución, teniendo en cuenta los principios básicos del derecho penal como la *última ratio*, la taxatividad y reserva de ley.

La revisión de los códigos penales, permitirá tener un catálogo de delitos y sanciones ordenado, racional y comprensible, de acuerdo al principio de proporcionalidad, impactando tanto al derecho penal procesal como al derecho penal sustantivo.

El principio de proporcionalidad como método para validar las medidas restrictivas de derechos en el sistema penal, adquiere una relación importante con los principios de presunción de inocencia y jurisdiccionalidad, esto al aplicarse conforme a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la evaluación de resoluciones por las que se aplique la prisión preventiva en un proceso penal, lo que ha propiciado la aparición de criterios jurisprudenciales en los cuales se establece que el juzgador debe hacer uso del principio de proporcionalidad y sus subprincipios para analizar la imposición de la prisión preventiva en casos particulares.

CAPÍTULO CUARTO

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PARÁMETRO EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

4.1 Introducción

En el desarrollo de este capítulo se busca exponer la forma en que aspectos o características asignados al principio de proporcionalidad desde la teoría han sido retomados, adaptados o modificados en el ámbito jurídico mexicano, lo anterior para tener un panorama sobre la posible elaboración de una teoría propia sobre este principio en la materia penal.

En primer lugar, se analizará la relevancia del principio de proporcionalidad como un principio constitucional del derecho penal y su importancia en la limitación del actuar punitivo del Estado, así como su adopción como una guía que le da estructura y contenido al sistema jurídico, junto con otros principios constitucionales conforme a la finalidad de proteger los derechos fundamentales.

Para ello se expondrá la manera en que este principio fue integrado de manera paulatina en el sistema jurídico mexicano por medio de la emisión de criterios jurisprudenciales por la Suprema Corte de Justicia dentro de la justicia constitucional.

De igual manera se desarrollarán ideas que justifican la función del principio de proporcionalidad en materia penal como un parámetro de actuación del juzgador, esto al ser uno de los principios constitucionales que influyen en todos los ámbitos de la actividad estatal.

Con el objetivo de conocer el avance en la incorporación y adaptación del principio de proporcionalidad en materia penal, se comentarán los criterios jurisprudenciales que de forma más relevante contiene las ideas de interpretación y

aplicación de este principio desarrolladas en el ámbito de la justicia constitucional en relación a la obligación estatal de protección de los derechos fundamentales

Por último, con el objetivo de acercarnos a la visión y conocimiento en la aplicación del principio de proporcionalidad por los juzgadores al resolver un caso en particular, expondremos algunos casos relevantes en los cuales se llevó a cabo la aplicación del test de proporcionalidad o bien se hace una referencia a la idea de la proporcionalidad en materia penal, lo anterior tomando en consideración que es dentro de la actividad judicial donde se aprecia la eficacia en la aplicación de ese principio como protector del derecho a la libertad relacionado con la materia penal y los diferentes matices que se le han asignado a este principio en el sistema jurídico mexicano conforme a la práctica judicial y la interpretación constitucional.

4.2 El Principio de Proporcionalidad como elemento esencial en la solución de conflictos entre Derechos Fundamentales.

Desde el aspecto estrictamente del derecho penal, para lograr la finalidad de limitar el *ius puniendi* dentro de un estado democrático de derecho, es necesario reconocer la importancia de todos los principios y subprincipios del derecho penal que conforman una red de protección para evitar abusos y arbitrariedades del poder punitivo.

Como se expuso en capítulos anteriores, el estado democrático de derecho como ideal de configuración en el Estado mexicano implica una adecuación normativa bajo una perspectiva principialista, teniendo a la Constitución como norma superior de contenido, ordenamiento de donde surgen los principios limitadores del derecho penal como garantes del derecho a la libertad de manera principal.

Por lo tanto, para estructurar un estado democrático de derecho, en materia de derecho penal, es indispensable la observancia de los principios constitucionales de seguridad jurídica o sujeción a la ley, el principio de taxatividad como derivación

del principio de legalidad, que prohíbe la incertidumbre en la configuración de las normas vinculadas a cuestiones penales ya sean sustantivas o adjetivas y el principio de proporcionalidad que exige la existencia de un estado integral y armónico del sistema de penas y medidas de seguridad.¹

Algunos autores consideran al principio de proporcionalidad como un subprincipio derivado del principio de la necesidad de la pena, sin embargo en el sistema constitucional moderno se interrelaciona con otros principios respecto de la exigencia de legalidad o principio de legalidad que constituye el rector del derecho penal en un estado constitucional.

Tanto por su origen, como por su relación intrincada con la legalidad como exigencia en materia penal, el principio de proporcionalidad junto con los demás principios, provee de forma e identidad al *ius puniendi* al instrumentalizar la posibilidad fáctica de su aplicación, dando forma a un verdadero estado de derecho basado en el respeto y protección de los derechos fundamentales.

Así, el principio de proporcionalidad en materia penal, contribuye en primera instancia a la protección de los derechos fundamentales, principalmente el de libertad, al conformar la pena bajo el aspecto de una proporcionalidad abstracta al prohibir sancionar conductas de manera desproporcionada en el proceso legislativo y una prohibición concreta al prohibir imponer penas desproporcionadas por parte del juzgador.

En virtud de lo anterior, se puede llegar a la conclusión de que el principio de proporcionalidad aplicado en una vertiente estrictamente penal, dentro de la función judicial de resolución de casos, guarda una relación cercana con los conflictos entre derechos fundamentales como el derecho a la libertad y el derecho a la presunción de inocencia, y resoluciones judiciales y administrativas que pretendan limitarlos.

¹ Cfr. Luna Castro, José Nieves, La Aplicación de las Penas en México, México, Porrúa, 2010, p. 42

Ahora bien, fuera de la vertiente estrictamente penal, el principio de proporcionalidad con sus subprincipios y particularidades como medio de ponderación y racionalización efectiva, ha adquirido relevancia en la función judicial de nivel constitucional al ser utilizado como método guía para resolver los conflictos entre derechos fundamentales confrontados en un caso particular, sin que por ello pueda excluirse la posibilidad de abordar a este nivel figuras específicas como la prisión preventiva derivada de la materia penal.

La adopción del principio de proporcionalidad como instrumento para la solución de conflictos entre derechos fundamentales, es relativamente nueva en el sistema jurídico mexicano, surge en la actividad de los tribunales constitucionales al abordar casos de derechos fundamentales y la consiguiente emisión de criterios surgidos de los mismos en donde se desarrollan puntos complejos sobre estos derechos.

El primer criterio en el cual se adopta el principio de proporcionalidad como instrumento para limitar los derechos fundamentales surge en la jurisprudencia “EQUIDAD TRIBUTARIA, SUS ELEMENTOS”² en la cual al analizar diversos artículos de la Ley del Impuesto Sobre la Renta se reconocen valores superiores del orden jurídico y se configura el test de razonabilidad para evaluar medidas legislativas violatoria del principio de igualdad.

Al analizar el principio de equidad tributaria bajo la visión de la proporcionalidad, se determinan los siguientes elementos:

a) Principio de razonabilidad.- no toda desigualdad de trato por la ley supone una violación al artículo 31 fracción IV constitucional. La desigualdad se da si la norma establece una distinción entre normas tributarias consideradas iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable.

² P./J. 41/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro 40, Tomo V, junio de 1997, p. 43

b) Principio de razonabilidad de tipo americano.- a iguales supuestos de hechos deben corresponder idénticas consecuencias jurídicas.

c) Idoneidad de la medida.- El legislador puede establecer desigualdad en el trato solo en los casos en que resulta injustificada la distinción.

d) Subprincipio de adecuación.- Para que la diferenciación tributaria se acorde al derechos de igualdad, las consecuencias jurídicas producidas por la ley, deben ser adecuadas y proporcionales para conseguir el trato equitativo, así la relación entre la medida adoptada, el resultado producido y el fin pretendido superen un juicio de equilibrio.

En el mismo sentido interpretativo en el año 2004 se emite un criterio relativo a la interpretación del principio de igualdad bajo el rubro “IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO”³, en el cual se comienzan estructurar las reglas para la aplicación del principio de proporcionalidad.

En este criterio la Suprema Corte reconoce a la igualdad como uno de los principios superiores del ordenamiento jurídico, al afirmar que “el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que ha de servir como criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación...”, más adelante retoma criterio sostenido en las tesis anteriores al referir que “dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad jurídica de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado”, por lo cual establece que el valor que persigue este principio es evitar que las normas en situaciones de igualdad de hecho produzcan por su aplicación una ruptura a esa igualdad al crear un trato discriminatorio entre situaciones similares o análogas.

³ 1a./J. 81/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Novena Época, Tomo XX, Octubre de 2004; Pág. 99

La adopción de este principio se consolidó con inicio el criterio jurisprudencial del año 2007 emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo el rubro “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA”⁴

De este criterio se pueden destacar las siguientes características:

1.- Incisos: a) finalidad constitucionalmente legítima y b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido se refieren al subprincipio de Idoneidad.

Es decir, la persecución de una finalidad constitucionalmente legítima para alcanzar un fin. En esta jurisprudencia se divide en dos elementos este subprincipio: inciso a) finalidad constitucionalmente legítima y b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido

2.- Inciso c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal medida que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado, se refiere al subprincipio de Necesidad.

Significa que en el logro de la finalidad constitucionalmente legítima que persigue la norma o el acto de autoridad no implique una carga desmedida o injustificada para el gobernado.

3.- Inciso d) estar justificada en razones constitucionales, elemento adicional que se relaciona con el Principio de Razonabilidad. Es decir, que se encuentre justificado en razones constitucionales.

⁴ P./J. 130/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Novena Época, Tomo XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

4.- El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Este elemento se encuentra ausente, se confunde el subprincipio de proporcionalidad con el de necesidad.

La inclusión del principio de razonabilidad se relaciona con la razonabilidad como un test de menor exigencia en la cual se efectúa un juicio de valor de conformidad con los principios del sentido común como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵

Como puede apreciarse del análisis citado, este criterio inicial de integración del principio, contiene elementos diversos que muestran una conceptualización primaria del principio de proporcionalidad y la ponderación, así como la inclusión del principio de razonabilidad sin existir una justificación constitucional.

La primordial función del examen de proporcionalidad es bien definida por la SCJN en la jurisprudencia 130/2007, para el caso que resolvió al emitirla: "fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador". Con esta hipótesis general, se abarcan prácticamente todos los usos que en la práctica jufundamental puede tener este principio: límites a restricciones legislativas autorizadas, conflictos de intereses constitucionalmente protegidos, así como la licitud de distinciones y clasificaciones legislativas.

Esta tesis dedicó una abundante exposición acerca de las implicaciones funcionales del principio de proporcionalidad, estableciendo su íntima relación con la idea de "contenido esencial" en términos generales y no limitado a los derechos fundamentales con los que normalmente se relaciona, al anotar con acierto en su ejecutoria que ambos conceptos "son relevantes para la solución de conflictos entre bienes constitucionalmente protegidos", sin distinguir la naturaleza de éstos. Tal pasaje es sumamente trascendente porque finalmente consagra en nuestra jurisprudencia el concepto de "contenido esencial" el cual ya se tuvo por implícito

⁵ CIDH: OC-13/93, 16 de julio de 1993, ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 41, 42, 44,46,47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 33, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf

en el ordenamiento mexicano pese a que nuestra Constitución no lo prevé expresamente.

Por otra parte, aunque no de manera palmaria como la Segunda Sala, también dicha tesis habla de la indispensable superación concurrente de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu; eso se desprende de una elemental interpretación gramatical de la tesis (también éstas tienen que ser objeto de labor hermenéutica): la SCJN habla de que la medida legislativa en cuestión "debe" superar los parámetros contenidos en sus incisos a, b, c y d; el sentido de tal conjunción es indiscutible y da a entender que no habla de uno o alguno de esos elementos, sino de todos y cada uno de ellos.

Lo anterior nos permite ver el avance sobre el entendimiento y aplicación que sobre el principio de proporcionalidad y ponderación se tenía el ámbito jurídico mexicano al iniciar su adopción por medio de los criterios referentes al análisis del principio de igualdad, comenzando a dar una estructuración propia de este principio en el sistema jurídico mexicano.

Sin embargo, en la actualidad la Suprema Corte de Justicia ha buscado perfeccionar el entendimiento y desarrollo de este principio en criterios con una estructura de tipo explicativa y directiva de las funciones judiciales, que versan sobre la metodología para analizar las medidas legislativas que intervengan un derecho fundamental, esto bajo el llamado test de proporcionalidad.

Así tenemos en el año 2016 la emisión de cinco criterios en tesis aisladas interrelacionadas en su contenido, este conjunto de tesis parte de una tesis que consideramos principal, en la cual se exponen los elementos del test de proporcionalidad, estos elementos son tratados de manera particular en cuatro tesis separadas en donde cada una corresponde a una etapa o elemento del test de proporcionalidad.

A continuación, comentaremos cada una de las tesis aisladas:

1.- Primera Tesis: *TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL.*⁶

Este criterio considera que existen dos etapas para determinar la constitucionalidad de una medida legislativa, en la primera se determina si la norma legislativa limita el derecho fundamental, esto mediante la identificación de las conductas protegidas por el derecho y la posible relación de afectación directa entre lo dispuesto por la norma y dichas conductas protegidas.

Si no se evidencia esta relación directa entre la norma examinada y las conductas protegidas, se debe declarar constitucional la medida legislativa.

Por el contrario, si se encuentra esta relación, se continúa con la segunda etapa consistente en el análisis para determinar si existe una justificación a nivel constitucional para la reducción o limitación de la protección a ese derecho.

En este punto la Primera Sala reconoce el tratamiento especial bajo la categoría de Principios que se le debe otorgar a los derechos y sus limitaciones, lo anterior para introducir el método del test de proporcionalidad como el adecuado para resolver la colisión entre derechos, allegándose de manera implícita de la teoría de los derechos fundamentales de Alexy y sobre todo retomando los criterios de los tribunales europeos sobre la proporcionalidad.

En la parte final de este criterio, se enumeran los requisitos que deben corroborarse en el análisis para determinar la constitucionalidad de la medida legislativa, que corresponde a cada una de las etapas desarrolladas en las tesis aisladas siguientes.

⁶ 1a. CCLXIII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Pág. 915.

2.- Segunda Tesis: *PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA.*⁷

La finalidad constitucionalmente valida es desarrollada en este criterio en dos partes, primero adiciona dos elementos: en primer lugar, establece la pertinencia de la medida, al determinar que la medida debe lograr en algún grado la consecución de su fin, sin limitar en desproporción e innecesariamente el derecho fundamental.

En segundo lugar, se enfoca en la identificación de los fines de la medida legislativa bajo el criterio de constitucionalidad, estos fines se consideran constitucionalmente validos si se remiten a derechos fundamentales, bienes colectivos o bienes jurídicos garantizados como principios.

De esta manera la Primera Sala reconoce implícitamente la existencia de una colisión de principios, los primeros invocados como derechos fundamentales afectados y los segundos como normas de derecho con un sustento en derechos fundamentales o principios específicos.

3.- Tercera Tesis: *SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.*⁸

Este criterio hace referencia al elemento ya antes citado en la tesis segunda, referente al análisis de los efectos de la medida legislativa para lograr los fines del legislador, así la medida debe lograr en algún modo y grado el propósito pretendido por el legislador, esta idoneidad se remite en su aspecto factico a las razones aportadas por la ciencia y convicciones sociales aceptadas por la generalidad.

⁷ 1a. CCLXV/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Pág. 902.

⁸ 1a. CCLXVIII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Pág. 911.

4.- Cuarta Tesis. *TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.*⁹

Bajo esta tesis, la necesidad de la medida es analizada al determinar primero la existencia de otros medios idóneos para logra la finalidad y segundo determinar si estos medios alternativos afectan en menor grado el derecho fundamental.

La búsqueda de estos medios alternativos para restringir el derecho fundamental es limitada al análisis de los medios utilizados en situaciones similares o bien remitirse a las alternativas utilizadas en el derecho comparado, lo cual es una idea adecuada pero que implica un estudio profundo de la media importada de otro orden jurídico en cuanto a su eficacia y manera de integración en el ámbito mexicano.

5.- Quinta Tesis: *CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.*¹⁰

Como bien lo reconoce la Primera Sala en esta tesis, la proporcionalidad en sentido estricto implica la realización de un balance o ponderación entre dos principios respecto de un caso concreto.

El juicio de ponderación se realiza entre los beneficios que se pretenden alcanzar con la limitación y las consecuencias producidas con la afectación del derecho fundamental, por lo cual la medida será constitucional si el nivel de realización de fin constitucional es mayo al nivel de intervención del derecho fundamental.

El conjunto de estas cinco tesis aisladas correlacionadas como etapas del test de proporcionalidad, dan una estructura argumentativa bastante completa para

⁹ 1a. CCLXX/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Pág. 914.

¹⁰ 1a. CCLXXII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Pág. 894.

el juzgador en el análisis de las medidas legislativas, consolidando la adaptación de la teoría de Robert Alexy en el contenido específico de este principio.

Por último, es necesario comentar la jurisprudencia en materia administrativa del año 2018 de rubro TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. LA INTENSIDAD DE SU CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN, REQUIEREN DE UN MÍNIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN¹¹, debido a las precisiones realizadas sobre la función del principio de proporcionalidad y las limitantes que le impone en materia tributaria.

Este criterio comienza por puntualizar que “el test de proporcionalidad es un procedimiento interpretativo para resolver conflictos de normas fundamentales, apoyado en los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad o exceso, previstos en los artículos 1o., 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, estableciendo así una concepción más clara del principio como un procedimiento interpretativo, reconoce a su vez la existencia de conflictos entre derechos fundamentales y fundamenta su existencia en la igualdad e integra un concepto más allegado a la teoría constitucional española, el de la interdicción de la arbitrariedad, que se entiende como la limitante constitucional sobre la autoridades de actuar arbitrariamente, por lo cual tienen la obligación de actuar dentro del marco jurídico.

Sin embargo, a pesar de mostrar claridad en cuanto a los criterios que se deben aplicar para evaluar la distinción legislativa en correspondencia a la estructura teórica de los subprincipios del principio de proporcionalidad, establece una excepción a la estricta aplicación de este principio en materia tributaria, ya que considera que el escrutinio constitucional debe ser laxo o flexible en razón de la libertad configurativa del sistema tributario.

¹¹ 2a./J. 11/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo I, Libro 51, Febrero de 2018, p. 510

Esta excepción da primacía a la libertad política y limita la injerencia del juez constitucional, lo cual es un retroceso para configura un sistema amplio de protección de los derechos fundamentales, toda vez que corta el avance del principio de proporcionalidad limitando su aplicación a la verificación de que la ley tributaria persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, eximiendo la obligación de justificar la elección del medio de entre todos los posibles sin dar razones de su eficacia, rapidez o seguridad, dando al traste con la parte principal del test que es el dar argumentos racionales para justificar la diferenciación legislativa, vulnerando el principio de igualdad de manera velada.

4.3 El Principio de Proporcionalidad como Parámetro de la actuación del juzgador

El principio de proporcionalidad forma parte de las llamadas garantías procesales, son aquellas que dirigen la formación del juicio, lo que comprende la recolección de las pruebas, el desarrollo de la defensa y la convicción del órgano jurisdiccional.

Al respecto de la interrelación entre estas garantías, Ferrajoli señala que: "tanto las garantías penales como las procesales valen no solo por sí mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad"¹²

Esta característica concuerda con la idea de racionalidad y verdad que motivan la aplicación de este principio al existir una posible afectación a los derechos fundamentales por un acto estatal, toda vez que estas garantías procesales, sirven para construir un modelo procesal de corte cognoscitivo, cuyo objetivo es conocer una verdad mínima, pero siempre controlado, de conformidad con los estándares del proceso acusatorio.

¹² Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, 9ª. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 537

Los principios constitucionales de un Estado de derecho rigen todos los ámbitos de la actividad estatal, así el poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial quedan obligados a obedecer estos principios fundados en el respeto a los derechos fundamentales.

Dentro de la actividad estatal Judicial realizada por jueces y magistrados, la observancia de los principios constitucionales tiene gran importancia en la fase de emisión de sentencias penales donde se aplican normas penales al caso concreto.

En el desempeño profesional del juez se le exige "tolerancia para las razones controvertidas, atención y control sobre todas las hipótesis y contrahipótesis en conflicto, imparcialidad frente a la contienda, prudencia, equilibrio, ponderación y duda como habito profesional y como estilo intelectual"¹³

En las sentencias de individualización de las penas, el juzgador tiene la "obligación de respeto a los principios de igualdad, proporcionalidad y seguridad al aplicar la norma penal al caso concreto...esta determinación debe ser el ejercicio exhaustivo de una labora racional de individualización concreta, ya no en abstracto sino en función del grado de culpabilidad del autor y la real necesidad de la pena"¹⁴

La actividad jurisdiccional por naturaleza es un acto de argumentación, que dentro del estado de democrático de derecho se justifica en una sentencia penal al exponer el por qué se decidió imponer una pena en específico y la medida exacta de su duración, lo cual implica que dentro de los argumentos vertidos se justifique un uso racional del principio de proporcionalidad.

4.4 La Argumentación y el Principio de Proporcionalidad

Argumentar respecto a la función judicial de aplicación de penas y el análisis de la constitucionalidad de esa aplicación, consiste en "exponer razones o motivos para justificar la imposición misma, o bien porque se está a favor o en contra de una

¹³ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 546

¹⁴ Luna Castro, José Nieves, *op. cit.*, p. 112

postura o tesis determinada para sostener o no la constitucionalidad o legalidad de una disposición o bien algún acto de autoridad en cuanto a su interpretación o aplicación correcta”¹⁵

La argumentación es un elemento inherente a la actividad del juez penal al dictar resoluciones o sentencia en la jurisdicción ordinaria y constitucional, por lo cual la exposición de los motivos que legitiman la decisión son de gran importancia en la individualización de las penas, ya que su validación depende de la ponderación y proporcionalidad respecto de la gravedad real y específica del hecho y la necesidad de la pena en función de las condiciones personales del sentenciado.

Para Robert Alexy una sentencia o resolución en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios y una necesidad de ponderación de los valores en conflicto, necesidad que se justifica por cuatro razones fundamentales:

- a) la vaguedad del lenguaje jurídico;
- b) la posibilidad de conflicto de normas;
- c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y
- d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.¹⁶

Los casos difíciles de derechos humanos implican una argumentación constitucional en donde el juez, por la forma vaga e imprecisas de la redacción en

¹⁵ *Ibidem.* p. 114

¹⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23

las normas de derechos fundamentales, permiten al juez un margen de actuación para dar contenido a cada derecho.

Existen dos métodos para dar contenido a un derecho: el material y el estructural.

Conforme al primer método el derecho se interpreta desde su núcleo esencial, partiendo de una política legislativa determinada.

El método estructural se basa en una concepción interpretativa de los derechos a partir de colisiones entre principios o valores de cada caso concreto¹⁷

Siguiendo este método, la interpretación de normas constitucionales se fundamenta en la concepción ideológica de la Constitución. Por lo tanto, una buena teoría constitucional debe tener objetivos normativos y alcances materiales, en donde los primeros se alcanzan estableciendo en la Constitución, valores y principios realizables a través del estado de derecho y los segundos se alcanzan por medio de la argumentación.¹⁸

En consideración a la trascendencia del principio de proporcionalidad para la argumentación adecuada de las sentencias en materia penal que pretenden alcanzar un alto grado de respeto y adecuación a los derechos humanos, es importante que dentro de la práctica procesal los derechos humanos no se utilicen simplemente como argumentos ideológicos o referentes aislados en una cadena argumentativa.

¹⁷ Bernal Pulido, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 133

¹⁸ Brockenfôrde, E.W., "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales" en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 45 citado en López Sánchez, Rogelio, *Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2016, p. 38

Es importante que los derechos humanos no se utilicen simplemente como argumentos ideológicos o como referentes aislados en una cadena argumentativa, ya que:

“estos deben tener una construcción normativa suficientemente sólida para mantener la claridad y la "causalidad argumentativa" —si se puede decir así— dentro de la propia sentencia. ¿Por qué? Porque hay una gran cantidad de demandas y de sentencias en donde el derecho humano se está utilizando como una especie de "piedra de toque" para "ahorrarse" muchos de los elementos que serían propios de la cadena argumentativa. Si cierto derecho humano protege alguna cosa, esto se tiene como suficiente para llegar a determinado tipo de resolución.”¹⁹

En la experiencia de la práctica diaria como litigante se pueden encontrar demandas, contestaciones de demandas, resoluciones y sentencias en donde la simple manifestación de una posible afectación a los derechos fundamentales o bien la simple mención a la observancia o repetición textual de una norma constitucional de derecho fundamental es utilizada como fundamento para las peticiones propuestas o bien para justificar las decisiones adoptadas por la autoridad, ello sin realizar una argumentación estructurada, racional y clara sobre el por qué se llegó a esa conclusión, así en las sentencias “se toma otro "puño" de derechos, tal vez de la propia demanda o, atendiendo al principio de iura novit curia, del sistema general del derecho internacional, y se lanzan en la sentencia como si la sola cita del derecho, del tratado o de la resolución, tuviera la capacidad de generar sentido y de cubrir un tramo, al menos, de la cadena argumentativa que debe llevar a la resolución”²⁰

¹⁹ Cossío Díaz, José Ramón, “Como argumentar los derechos en la impartición de justicia” en *Argumentación Jurisprudencial, Memoria del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica, ¿Cómo Argumentar los Derechos Humanos?*, México, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 2013, p. 98

²⁰ Cfr. *Ídem*.

La integración de los derechos fundamentales en los textos constitucionales e internacionales necesita el empleo de un metadiscurso para legitimar su importancia y lograr su eficacia jurídica más allá de solo los derechos de libertad.

Sin embargo, el mantener un discurso solamente emotivo de los derechos humanos, evita que cada derecho pueda comprenderse de manera completa de acuerdo a sus especificidades requeridas en el análisis jurídico, esto se ha reflejado en la materia procesal en donde los litigantes hacen uso de la vertiente emotiva del discurso de los derechos humanos para intentar argumentar que los términos procesales, los plazos, las condiciones de legitimidad, de sobreseimiento, de caducidad, de preclusión, de prescripción, en fin, las distintas figuras que articulan los procesos, empiezan a verse como simples obstáculos para la aplicación de los propios derechos humanos, olvidándose de que esas normas procesales rigen y son aplicables a menos que se por los medios constitucionales se declare su invalidez.

4.5 Criterios Jurisprudenciales Relevantes sobre la Proporcionalidad en Materia Penal

Los distintos tribunales constitucionales se han centrado en crear herramientas metodológicas de interpretación que sirvan para dotar de legitimidad y de objetividad a la resolución jurisdiccional de los conflictos, destacando dos instrumentos metodológicos que son el test de igualdad y el test de proporcionalidad.

A continuación, con el objetivo de ver el avance en la concepción e interpretación de este principio de proporcionalidad por los tribunales constitucionales, expondremos los criterios jurisprudenciales más relevantes en los que se aprecia la evolución en el conocimiento de las propiedades de este principio y adaptación a las particularidades del sistema constitucional, tomando como criterio de selección aquellos en que se aprecie un avance en la incorporación y adaptación del principio de proporcionalidad en la resolución de conflictos entre derechos, la

limitación al contenido normativo penal y su aplicación como instrumento de evaluación de la constitucionalidad de disposiciones penales en particular, tratando en primer lugar aquellos que le dieron estructura para posteriormente exponer los criterios relativos a la proporcionalidad penal.

1.- "LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA".²¹ "El legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo; sin embargo, al configurar las leyes relativas debe respetar el contenido de diversos principios constitucionales, entre ellos los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano, conforme a los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por esa razón, el Juez constitucional, al examinar la constitucionalidad de las leyes penales, debe analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido, para lo cual debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizarla entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado."

²¹ P./J.102/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, página 599.

Dentro de esta tesis se reconoce la importancia del legislador en la creación de una política criminal diseñada conforme a factores sociales e históricas, sujetando su actuar a los principios constitucionales, avalando la postura principialista del contenido constitucional.

Señala que los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica como medios para regular las penas conforme a las exigencias de los artículos 16, 18, 19, 20, 21 y 22 constitucionales, razón por la cual establece que el juez constitucional debe realizar un análisis de proporcionalidad y razonabilidad ente cuantía de la pena y gravedad del delito, señalando varios aspectos que debe tomar en consideración, entre los cuales hace referencia a la idoneidad del tipo de pena y cuantía para alcanzar la prevención y la resocialización.

Se aparecía un avance en el reconocimiento expreso de la existencia del principio de proporcionalidad y su cualidad de constitucional, se establece la relación que guarda con los derechos en materia penal y sobre todo fija una guía de actuación para el juez constitucional al analizar la norma penal.

2.- "SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS, CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS"²² El indicado principio tiene tres perspectivas: 1) Proporcionalidad en la punibilidad de las conductas, referida a la que el legislador señala para los delitos previstos en la norma general aplicable a los menores, la cual podrá verse satisfecha una vez que se señalen penas distintas para cada conducta tipificada como delito. 2) Proporcionalidad en la determinación de la medida, la cual considera tanto las condiciones internas del sujeto, como las externas de la conducta que despliega, esto es, deberá atender tanto al bien jurídico que quiso proteger como

²² P./J. 77/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, Septiembre, 2008. p. 614

a su consecuencia, sin que implique el sacrificio desproporcionado de los derechos de quienes los vulneran; de manera que el juzgador puede determinar cuál será la pena aplicable, que oscila entre las que el legislador estableció como mínimas y máximas para una conducta determinada. 3) Proporcionalidad en la ejecución, que implica el principio de la necesidad de la medida, lo que se configura no sólo desde que es impuesta, sino a lo largo de su ejecución, de manera que la normatividad que se expida debe permitir la eventual adecuación de la medida impuesta para que continúe siendo proporcional a las nuevas circunstancias del menor."

En esta tesis del año 2008, vemos que, si bien ya se logra comprender los elementos principales del principio de proporcionalidad, se hace una diferenciación innecesaria con la exigencia de proporcionalidad de las medidas en materia de justicia para adolescente contenida en el artículo 18 constitucional.

Inicia por dividir el principio en diferentes momentos de la proporcionalidad que corresponden al acto legislativo, al acto judicial de imposición y a la ejecución, 1) Proporcionalidad en la punibilidad de las conductas, 2) Proporcionalidad en la determinación de la medida y 3) Proporcionalidad en la ejecución, en donde establece de manera poco clara la relación de proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la medida y la afectación a los derechos del menor, así en la fase de ejecución resalta el requisito de necesidad como un factor a considerar por las normas para que puede ser evaluada la necesidad de continuar imponiendo la medida conforme la situación específica del menor.

Si bien es un avance en aplicar el principio de proporcionalidad en una figura específica regulada a nivel constitucional como la imposición de medidas en el sistema de justicia para adolescentes, también se aprecia una falta de claridad en la relación secuencial y diferenciación entre los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, sin dar un contenido claro a cada momento o fase.

3.- "PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY"²³. "El legislador al crear las penas y el sistema para la imposición de las mismas, no cuenta con libertad absoluta para su establecimiento en la ley, sino que debe atender a diversos principios como lo es el de la proporcionalidad entre delito y pena, ya que de ello dependerá si su aplicación es no humanitaria, infamante, cruel o excesiva, o por el contrario, es acorde a los postulados constitucionales. La proporción entre delito y pena, en el caso del Poder Legislativo, es el de hacer depender la gravedad de la pena en forma abstracta, lo cual se encuentra relacionado con la naturaleza del delito cometido, el bien jurídico protegido y el daño que se causa al mismo. Esto permite advertir la importancia que tiene el que el Poder Legislativo justifique, en todos los casos y en forma expresa, en el proceso de creación de la ley, cuáles son las razones del establecimiento de las penas y el sistema de aplicación de las mismas, para cuando una persona despliega una conducta considerada como delito. Lo anterior, permitirá que, en un problema de constitucionalidad de leyes, se atienda a las razones expuestas por los órganos encargados de crear la ley y no a las posibles ideas que haya tenido o a las posibles finalidades u objetivos que se haya propuesto alcanzar. Así, lo relatado adquiere relevancia si se toma en consideración que al corresponderle al legislador señalar expresamente las razones de mérito, el órgano de control constitucional contará con otro elemento valioso cuyo análisis le permitirá llevar a cabo la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto o preceptos impugnados".

²³ 1a./J. 114/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, enero de 2011, página 340.

La primera sala reafirma en esta tesis que el criterio de que el legislador no tiene una libertad absoluta para configurar las penas y el sistema de imposición, por lo cual tiene el deber de apegar su actuar conforme a los Principios Constitucionales, evidenciando el reconocimiento de dichos principios como elementos limitantes del poder punitivo y elementos de análisis de la constitucionalidad de las leyes.

Se precisa que la proporcionalidad entre delito y pena deviene de la gravedad pena de acuerdo a los elementos de la naturaleza del delito, el bien jurídico protegido y el daño causado.

Estos elementos deben encontrarse en una justificación expresa por el legislador en su proceso legislativo, sin ser suficiente atender solo a las finalidades propuestas, lo cual constituye una protección amplia al derecho a la libertad ante finalidades políticas represivas, por lo cual conforme a este criterio este elemento constituye un instrumento valioso para el análisis de la proporcionalidad, sin embargo respecto de esta última idea existe una limitación a las exigencias de justificación de leyes en materia fiscal, que fue comentado en apartados anteriores.

4.- PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS²⁴. De la interpretación del citado precepto constitucional se advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes. Así, el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al

²⁴ 1a. 1a./J. 3/2012 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, Tomo 1, Febrero de 2012, Página: 503

principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República; de ahí que su actuación esté sujeta al escrutinio del órgano de control constitucional -la legislación penal no está constitucionalmente exenta-, pues la decisión que se emita al respecto habrá de depender del respeto irrestricto al indicado principio constitucional.

En esta tesis la primera sala busca reafirmar la idea de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del hecho antijurídico y el grado de afectación del bien jurídico protegido. De igual manera re reafirma el deber del legislador de atender al principio de proporcionalidad para establecer pena y su sistema de imposición, como un instrumento junto con los principios constitucionales.

La reafirmación expresa de que la legislación penal no se encuentra exenta del control constitucional implica que el mismo principio de proporcionalidad será el instrumento de evaluación dentro de este control.

5.- PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES.²⁵

El término "proporcionalidad" es ambiguo, ya que puede predicarse del test de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, o de las penas, en términos del artículo 22 constitucional. Así, en el primer caso, lo que se analiza es una relación entre principios, entendidos como mandatos de optimización que ordenan que algo

²⁵ 1a. CCCIX/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo I , Libro 10, Septiembre de 2014, p. 590

debe realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes). Los conflictos entre principios (o entre derechos así concebidos) deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, que viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio consta, a su vez, de tres sub-principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida, esto es, una ley o una sentencia, etcétera, que limita un derecho o un bien constitucional de considerable importancia para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un costo menor. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. En cambio, en el caso de la proporcionalidad de penas, regularmente se analiza una regla (el tipo penal de que se trate) frente a un principio constitucional (el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 22 constitucional), con la finalidad de determinar si aquélla -la regla- satisface o no la exigencia del principio constitucional; concretamente, si la pena es acorde o no en relación con el bien jurídico afectado. En estos casos, es posible adoptar cualquier metodología encaminada a la justificación exigida por el artículo 22, dejando fuera, naturalmente, un análisis de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, dado que en este tipo de casos no se está ante la colisión de dos principios.

En esta tesis aislada se establece una diferencia entre el test de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales y la proporcionalidad de las penas al que se refiere el artículo 22 constitucional.

Define a la proporcionalidad en materia de derechos fundamentales en función de la existencia de conflictos entre principios o derechos entendidos como principio, caracterizados conforme a la teoría de Robert Alexy como mandatos de optimización, así para resolver este conflicto se aplicará un test de proporcionalidad, al cual se le asigna la característica de ser un meta principio o principio último de ordenamiento jurídico.

A continuación, explica brevemente en que consiste cada subprincipio, utilizando nuevamente la postura de Alexy para señalar que los subprincipios de idoneidad y necesidad tratan de posibilidades fácticas a optimizar y el tercer subprincipio se relaciona con la optimización en posibilidades normativas.

Señala que la proporcionalidad de las penas consiste en un análisis de un tipo penal conforme a un principio constitucional contenido en el artículo 22, con lo cual se adopta la postura de que en este artículo se contiene un principio de proporcionalidad de diversa especie surgido del texto constitucional.

Así limita la proporcionalidad penal al principio de relación entre la pena y el bien jurídico afectado, afirmando que es posible emplear cualquier metodología para analizar la exigencia de proporcionalidad, dejando fuera el análisis de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, al considerar que es un caso diferente y no hay colisión de principios.

Al respecto se aprecia una división mal entendida del principio de proporcionalidad, ya que como se desarrolló en el capítulo anterior, este principio como un meta principio abarca todo el espectro de materias jurídica, sin embargo en materia penal, por razón de la afectación al principio de libertad, este se caracteriza por el análisis de las medidas legislativas, judiciales y administrativas que restrinjan este derecho, en relación con los derechos fundamentales protegidos en las normas penales.

Por lo cual en este criterio se aprecia el desconocimiento de la proporcionalidad en abstracto de las normas penales, aplicable en la fase legislativa ya reconocida en criterios o precedentes anteriores emitidos por los mismos

tribunales constitucionales, de igual manera se entiende de manera errónea la proporcionalidad objetiva que en materia penal se encuentra en el artículo 22, ya que el análisis de la relación entre la pena impuesta y el delito cometido, debe basarse en razones que justifiquen no solo la existencia de la gravedad del daño causado al bien jurídico sino que en uso del principio de proporcionalidad se deberá analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en relación a los fines preventivos y de resocialización, situaciones particulares de la comisión del delito, actuar del procesado y le grado de afectación a sus derechos dentro del límite mínimo y máximo del tipo penal dentro del procedimiento de individualización de la pena.

6.- PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS Y PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. LA PRIMERA ESTÁ RELACIONADA CON LA PENALIDAD EN ABSTRACTO, MIENTRAS QUE LA SEGUNDA PUEDE VINCULARSE CON LA INDIVIDUALIZACIÓN EN EL CASO CONCRETO²⁶.

Para analizar el marco legal de las sanciones, de cara al contenido del artículo 22 constitucional, debemos ubicarnos en lo que la dogmática jurídico penal llama "penalidad", "punibilidad", "merecimiento", "necesidad de la pena" o "pena abstracta", y no en el ámbito de la individualización de la sanción, que se refiere propiamente a la pena que imponen los jueces en los casos concretos. La punibilidad o penalidad es la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste. El análisis de proporcionalidad que prescribe el artículo 22 constitucional está ligado precisamente a la obra legislativa, esto es,

²⁶ 1a. CCCIX/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, Libro 10, Septiembre de 2014, p. 590

a determinar si el legislador diseñó la penalidad o punibilidad de los delitos de manera coherente, tomando en consideración un orden o escala que garantice que las personas que sean condenadas por delitos similares, reciban sanciones de gravedad comparable, y que las personas condenadas por delitos de distinta gravedad sufran penas acordes con la propia graduación del marco legal. Este principio se transgrede o infringe cuando la obra legislativa dispone, de forma marcadamente desigual, distintas penalidades para dos conductas que son igualmente reprochables. Por el contrario, el análisis de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales podría tener lugar en un ámbito muy distinto: el de las reglas relativas a la individualización de la sanción, que lleva a cabo el juzgador. Cuando un juzgador va a determinar la sanción penal concreta en un caso determinado, es decir, cuando va a decidir cuál es la pena específica entre el máximo y el mínimo establecido en la penalidad, entonces podría eventualmente aplicar un test de proporcionalidad.

En este criterio se aprecia un interés de corrección sobre el contenido en la tesis aislada de rubro PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES comentada anteriormente.

Así esta tesis se reconoce la existencia del aspecto de la pena abstracta correspondiente a la determinación de la penalidad por el legislador que es a la que se refiere el artículo 22 constitucional, diferenciándola del proceso de individualización de la sanción realizado por los jueces.

Se establece la relación de la punibilidad abstracta contenida en el actuar del legislador con la prevención general y determinada cualitativamente por el bien tutelado y la importancia del bien y el ataque al mismo, por lo cual el análisis de proporcionalidad del artículo 22 se enfoca al estudio de la coherencia de la punibilidad, principio que se transgrede cuando se establece un trato desigual entre distintas penalidades para conductas con el mismo grado de reproche.

Así mismo, para concluir, dicho criterio ubica la existencia de un análisis de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales en el análisis de las reglas relativas a la individualización penal como función del juzgador, reconociendo a contrario sensu de la tesis aislada antes comentada que dentro de esta fase el juzgador puede aplicar un test de proporcionalidad.

7.- BENEFICIOS O SUSTITUTIVOS PENALES. EL ARTÍCULO 69, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, AL ESTABLECER QUE NO SE OTORGARÁN A LOS SENTENCIADOS POR EL DELITO, ENTRE OTROS, DE ROBO CON VIOLENCIA, TRANSGREDE LOS ARTÍCULOS 1o., 18 Y 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL²⁷.

El artículo 69, párrafo primero, del Código Penal del Estado México, al disponer que los sentenciados por el delito, entre otros, de robo con violencia, no gozarán del otorgamiento de beneficios o sustitutivos penales, transgrede los artículos 1o., en su vertiente de igualdad, 18 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que establece una distinción entre los delincuentes condenados a no más de cinco y cuatro años de prisión, atendiendo únicamente al contenido del delito de robo con violencia, sin que los motivos invocados por el legislador permitan superar el test de proporcionalidad, al no ser necesarios para lograr una finalidad constitucionalmente legítima (seguridad y justicia). Además, si conforme a los artículos 18 y 20 mencionados, las penas sustitutivas de prisión, evitan efectos nocivos en los encarcelamientos por periodos breves y el uso indiscriminado de la pena, debiendo estarse a la mínima intervención en la libertad de los sujetos, el precepto local en cuestión atenta contra las finalidades que persigue la reforma

²⁷ II.2o.1 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo III , Libro 15, Febrero de 2015, p. 2525

constitucional de 18 de junio de 2008, que establece el nuevo sistema penal acusatorio y adversarial, esto es, que la intervención en la libertad de los sujetos debe ser la medida extrema de mayor magnitud, es decir, en todo momento debe atenderse a la mínima intervención en la libertad deambulatoria de las personas que han cometido un ilícito; aunado a que, la finalidad que persigue la implementación del sistema, es reinsertar al sentenciado a la sociedad, sin que la pena sea el único medio para ello, ya que el otorgamiento de los beneficios de la sustitución obedece al comportamiento del condenado frente a ésta y no a la naturaleza del delito; así, la prohibición genérica de beneficios, en función del delito, transgrede el párrafo segundo del artículo 18 de la Constitución Federal, en tanto que se tiene el derecho fundamental al establecimiento, por parte del Estado, de las medidas necesarias para lograr la reinserción social y los beneficios que le son sincrónicos, los cuales deberán concederse en la medida en que se cumplan los parámetros que condicionen su otorgamiento.

Esta tesis contiene un ejemplo de la aplicación del principio de proporcionalidad en materia penal para el análisis de una ley penal que dispone la aplicación de beneficios penales diferenciados.

Se sostiene que el artículo 69, párrafo primero, del Código Penal del Estado México violan los artículos 1º referente a la igualdad y 18 y 20 constitucionales en razón de que la distinción para determinar que sentenciados tienen derecho a los beneficios o sustitutivos penales, limita a los condenados a no más de cinco y cuatro años de prisión atendiendo únicamente al contenido del robo con violencia.

Por lo que se considera que los motivos invocados no superan el test de proporcionalidad al no ser necesarios para lograr la finalidad constitucional legítima de seguridad y justicia.

De igual manera se considera que la norma penal analizada, viola los artículos 18 y 20 constitucionales en razón de que va en contra de la finalidades del nuevo sistema penal acusatorio referentes a la prevalencia de la libertad de la

persona como límite máximo y por ende la mínima intervención a la libertad corporal, así como con la finalidad de reinserción social, por lo cual la negativa de otorgar beneficios se enfoca al comportamiento del sentenciado, considerando la existencia de un derecho fundamental al establecimiento, por parte del Estado, de las medidas necesarias para lograr la reinserción social y los beneficios correlativos para su realización.

Conforme a los anteriores criterios del poder judicial federal comentados, podemos concluir que el sistema constitucional del país se encuentra en una fase de creación de sentencias fundadoras de línea, cuando se refieren a principios como dignidad humana, principio de proporcionalidad, y límites al derecho de igualdad, por lo cual esta creación de precedentes ayuda a una sólida creación de una teoría constitucional.

4.6 Casos resueltos bajo los criterios de Proporcionalidad en Materia Penal

En este apartado expondremos algunos de los casos en materia penal que tiene como fundamento el principio de proporcionalidad como punto de análisis y como un instrumento de validación constitucional, ya que en ellos se puede apreciar el conocimiento, manejo y aplicación estructural por parte del juzgador en un caso concreto.

Partiendo del concepto teórico del principio de proporcionalidad como modelo ideal, se entiende para efectos de la selección de casos que la proporcionalidad se encuentra contenida en los artículos 18 y 22 constitucionales.

Así los criterios establecidos para la selección de la muestra ha sido los siguientes:

- 1.- Que los casos se relacionen con situaciones o hechos enmarcados en la materia del derecho penal.

2.- Que en los casos se haya emitido una resolución en la cual el juzgador utilice el principio de proporcionalidad o una idea de proporcionalidad como criterio principal de análisis.

3.- Que en los casos se resuelva una problemática relacionada con la proporcionalidad de una determinación legislativa (proporcionalidad abstracta) o una resolución judicial en relación a los derechos de una persona en particular (proporcionalidad concreta)

4.- Que los casos contengan argumentos y criterios jurídicos en los cuales se aprecie el tratamiento novedoso o detallado de la aplicación de los criterios de proporcionalidad.

5.- Que los casos muestren un avance en el grado de conocimiento y aplicación del principio de proporcionalidad.

4.6.1 Uso legítimo de la fuerza en caso San Salvador Atenco

Otro ejemplo acerca del empleo trascendente de los elementos básicos del principio de proporcionalidad en materia penal, aunque no del principio en sentido estricto, el caso de “San Salvador Atenco”.

Antecedentes y Puntos Principales.

En la sentencia dictada por el Tribunal en Pleno se analiza el uso legítimo de la fuerza pública ejercido por los agentes policiales en los niveles federal estatal y municipal en contra de las personas vendedores de flores en la localidad de San salvador Atenco en el Estado de México, situación originada por actos de violencia cometidos por manifestantes.

La resolución concluye, acorde a la ponderación, que el actuar violento de la policía estuvo justificado, pero fue desproporcional.

Así se concluyó que el uso legítimo de la fuerza fue desproporcional y violatorio de los derechos humanos de los participantes, en los términos siguientes:

“...la fuerza pública ... fue ejercida ilegítimamente porque se hizo de tal manera que ni fue profesional, ni eficiente, ni proporcional, ni necesaria. Con los antecedentes mediatos del caso (historial conflictivo, peligrosidad y grado de resistencia y oposición conocidos de los inconformes), e inmediatos (en relación con el desconocimiento del acuerdo para la venta de flores a las afueras del mercado Belisario Domínguez), el operativo no guardaba relación proporcional con las circunstancias de facto presentes y las previsibles, lo que en la especie resultó en perjuicio de la propia policía... de ahí que también tales acciones resultaran violatorias de su derecho a la integridad física y su dignidad humana y derechos que le asisten como personas detenidas.”²⁸

Puntos de Análisis.

En la resolución se aprecia en primer lugar el empleo de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, toda vez que al concluir que la actuación de la policía fue justificada pero desproporcional se realiza en primer lugar un análisis sobre la legitimidad de la acción en función de si esta tenía fines constitucionalmente legítimos, como son el mantener la paz y seguridad pública, mantener el orden social y proteger los bienes y personas.

Sin embargo, la acción no supero la fase de la idoneidad, ya que las acciones de la policía con falta de planeación y profesionalismo, aumentaron la reacción

²⁸ SENTENCIA dictada por el Tribunal Pleno en el dictamen que valora la investigación constitucional realizada por la Comisión designada en el expediente 3/2006, integrado con motivo de la solicitud formulada por el Ministro Genaro David Góngora Pimentel, para investigar violaciones graves de garantías individuales; así como los votos particulares de los señores Ministros José de Jesús Gudiño Pelayo, Genaro David Góngora Pimentel y Juan N. Silva Meza. Diario Oficial de la Federación 21/09/2009, https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=5110784&fecha=21/09/2009&cod_diario=2234
15

violenta de los manifestantes, provocando el desorden social y el daño a personas y bienes, de igual manera, no se superó el subprincipio de necesidad toda vez que al no tomar en consideración los antecedentes de peligrosidad y resistencia de los manifestantes y la situación previa de acuerdo para la venta de productos hicieron ineficaz las acciones, pudiendo haber optado por un actuar o estrategia distinta que permitiera lograr la pacificación de la situación.

En último lugar, el actuar fue desproporcional, ya que el grado de las restricciones y afectaciones a los derechos de los manifestantes fueron superiores a los derechos que se buscan proteger, así las violaciones a la integridad física y dignidad humana son desproporcionales al objetivo de restaurar el orden de tránsito, liberación de vías públicas, el orden social y en general los fines estatales contenidos en la función de la seguridad pública.

Tomando en consideración que esta resolución tiene lugar en el año 2006, momento en que aún no se concretizaba la reforma constitucional en materia penal ni la reforma en derechos humanos, se aprecia un gran paso en el análisis de los actos de autoridad bajo una perspectiva más amplia fuera de las consideraciones de estricto derecho, ya que el empleo de una noción de proporcionalidad, aun no vista como un principio, ni bajo un sistema de protección derechos fundamentales, acerca a la función judicial a criterios de razonabilidad acorde con la protección al derecho a la libertad, lo cual en cierta manera es propiciado por tratarse de una resolución dictada dentro de un procedimiento de investigación constitucional sobre violación de las entonces llamadas garantías individuales, procedimiento ya abrogado, lo cual propicio una mayor libertad en la argumentación y profundidad del análisis de los hechos y actuar de la autoridad y evaluación de su legalidad bajo teorías en aquel entonces nuevas como la principialista y la proporcionalidad, evidenciando una fase en la evolución en la aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema jurídico mexicano.

4.6.2 Proyecto de sentencia del Amparo Directo en Revisión 3798/2015 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia²⁹

Este proyecto de sentencia, además de contener diversos análisis sobre cuestiones planteadas por el promovente en materia del derecho a la defensa adecuada y la validez de pruebas dentro del proceso, contiene razonamientos precisos sobre el principio de proporcionalidad en especial sobre su aspecto abstracto, tratado en puntos anteriores de este capítulo.

Puntos Principales.

En este proyecto inicia por reconocer que la intención del Constituyente permanente para incluir el principio de proporcionalidad en el artículo 22 fue que “el poder legislativo considere la magnitud del bien jurídico afectado por una conducta delictiva cuando asigne las penas aplicables a esta conducta” citando para ello la exposición de motivos de la Cámara de Diputados de fecha veintinueve de septiembre de dos mil seis.

Establece que el legislador debe respetar el principio de proporcionalidad al establecer la penas y el sistema de imposición legal, conforme a la relación de proporcionalidad entre la pena y la gravedad del hecho antijurídico y de la afectación al bien jurídico protegido.

Reconoce la existencia del principio de autonomía legislativa atendiendo a los postulados constitucionales, aplicable también al legislador penal, citando para ello la tesis de rubro "PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY" emitida por la misma Primera Sala, por la cual se establece la obligación

²⁹ Proyecto de Sentencia del Amparo Directo en Revisión 3798/2015 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-03/ADR-3798-2015-170329.pdf

del poder legislativo “justificar en todos los casos y en forma expresa, las razones del establecimiento de las penas y del sistema para su aplicación en la ley”, ya que es un instrumento valioso para el análisis y la consecuente declaratoria de constitucionalidad.

Sin embargo, se establece que la motivación legislativa de la pena no es el único elemento para determinar la proporcionalidad de la pena, sino que esta deriva “de analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido” debiendo considerar factores como el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizarla entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización o reinserción del sentenciado, elementos contenidos en la jurisprudencia de rubro “LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA”

Se precisa que esta Primera Sala ha determinado de manera congruente dentro de varios amparos en revisión que el artículo 22 constitucional contiene una concepción estricta del principio de proporcionalidad consistente en consistente en una adecuación entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito, agregando que este derecho a una pena proporcional es un mandato tanto para el legislador como para el juzgador, retomando la diferencia en cuanto a la proporcionalidad en abstracto y la proporcionalidad en concreto, criterio desarrollado en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 relativa a las reformas en materia de sanción del aborto en el Código Penal de Distrito Federal del año 2007, para relacionar la creación de un marco penal abstracto por el legislador que permita al juzgador individualizar la pena tomando en cuenta circunstancias concretas en cada caso.

Por lo cual, en base a los precedentes antes citados, se considera que la relación entre pena y delito es de tipo convencional dependiente de aspectos contingentes por lo cual la exigencia de proporcionalidad en la legislación no

depende exclusivamente de la importancia el bien jurídico protegido, la gravedad del ataque a ese bien o al grado de responsabilidad subjetiva del agente

Así efectúa una crítica a la interpretación respecto de la libertad amplia del legislador penal para determinar la política criminal, contenida en la jurisprudencia P./J.102/2008, conforme a la cual concluye que esta interpretación es problemática ya que no basta constatar la disparidad de penas entre delitos de similar importancia debido a que no en todos los casos existe un consenso sobre la importancia del bien jurídico tutelado.

Se acepta que los códigos penales establecen una jerarquía de castigos no solo en función del bien jurídico protegido y sus afectaciones, sino también atendiendo a consideraciones de política criminal.

En este sentido establece que, si bien el principio de proporcionalidad impone la necesidad de realizar una comparación entre la pena enjuiciada y penas asignadas a otros delitos, también se debe establecer el modo de selección de las penas que serán comparadas, situación que no aplica al comparar penas previstas para delitos que protegen bien jurídicos distintos.

Este criterio expone el contenido de la Observación General número 27 del Comité de Derechos Humanos en relación al principio de proporcionalidad, conforme cual las medidas restrictivas se someten a este principio siguiendo con sus fases o subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta , además de reconocer del deber de las autoridades judiciales y administrativas para respetar dicho principio, garantizando la celeridad y claridad en las razones dentro del procedimiento relativo a la restricción.

En relación al sistema penitenciario, se realiza un estudio comparativo en relación al contenido del artículo 18 anterior y posterior a la reforma penal del año dos mil dieciocho en lo relativo a la organización de este sistema, afirmando que estas modificaciones obedecen a motivos concretos como superar la postura del Derecho Penal del Actor y transitar al Derecho Penal de Acto, por lo cual se establece la obligación de la autoridades de garantizar que los establecimientos

penitenciarios cuenten con ciertas cualidades como son la posibilidad de acceder al trabajo, a la capacitación para el mismo, a la educación, a la salud y al deporte, aminorando los efectos de la pena privativa de la libertad.

Por lo cual afirma que la libertad configurativa del legislador al fijar las penas relativas a una conducta delictiva conforme a los factores anteriormente señalados no contraviene con las directrices del sistema penitenciario de reinserción social, establecido en el artículo 18, sino que se complementan normativa y sistemáticamente.

Puntos de Análisis.

Por medio de este proyecto, se puede apreciar que la Suprema Corte de Justicia reconoce la dimensión abstracta del principio de proporcionalidad que se desarrolla en la actividad del legislador, por lo cual realiza una interpretación amplia del contenido del artículo 22 trascendiendo la proporcionalidad concreta relativa a la relación proporcional entre las conductas delictivas y las penas asignadas.

Así se reconoce la necesidad de que el legislador tome en consideración la magnitud del bien jurídico afectado por la conducta en el momento de determinar la pena aplicable.

De igual manera, se puede apreciar que, como tribunal constitucional, se reconoce la existencia e importancia de los principios constitucionales en materia penal como normas de contenido a las que deben adecuarse la actuación legislativa penal, tal y como se expuso anteriormente, entre los que se incluye acertadamente el principio de proporcionalidad y razonabilidad jurídica.

También se establece un criterio de actuación para el juez constitucional al analizar las leyes penales, basado en el principio de proporcionalidad, evidenciando un avance importante en su aplicación efectiva, señalando que el análisis deberá considerar el daño al bien jurídico, la posibilidad para individualizar la pena entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la

idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito y la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado.

Es importante resaltar que se reconoce la convencionalidad de la relación entre las penas y los delitos en la legislación penal, en donde influyen consideraciones de oportunidad, además de las de tipo valorativas existentes en cada sociedad y momento histórico.

4.6.3 Resolución de Apelación contra resolución del Juez de Control por la que se impone medida cautelar de prisión preventiva, Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, Toca 284/2019, Caso Rosario Robles³⁰.

Antecedentes y Puntos Principales.

Esta resolución de apelación tiene origen en la audiencia inicial de fecha 13 de agosto de 2019 por la que el Juez de Distrito Especializado en el Sistema Penal Acusatorio de la Ciudad de México actuando como juez de control resolvió imponer a la imputada Rosario Robles Berlanga la medida cautelar de prisión preventiva prevista en el artículo 155 fracción XIV del Código Nacional de Procedimientos Penales.

A continuación, resumiremos el contenido de los Considerandos que contienen elementos de interpretación jurídica relevantes en el tema del principio de proporcionalidad:

Dentro del considerando tercero de esta resolución se precisa el contenido de la decisión del juez de control, señalando que de los argumentos y datos de prueba el juez de control determinó que “solo a través de la medida cautelar podría asegurarse la presencia de la imputada al proceso”, conclusión a la que llegó por

³⁰ Resolución de Apelación contra resolución del Juez de Control por la que se impone medida cautelar de prisión preventiva, Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, Toca 284/2019, <https://drive.google.com/drive/folders/1Lq43sszkpfD7tyoHt0WrY83KF5r0F2F>

concurrir una serie de circunstancias que permitían establecer la existencia de un peligro de sustracción por la imputada.

Las circunstancias analizadas fueron:

1. Falta de arraigo.
- 2.- Facilidades para permanecer oculta
- 3.- Falsedad del domicilio
- 4.- Máximo de la pena

Estas circunstancias de conformidad con las fracciones I y II del artículo 168 del Código Nacional, llevaron al juez de control a estimar que en el caso existía un riesgo de sustracción de la imputada que ponía en peligro su comparecencia al proceso y por ello hacía necesario que se impusiera una medida cautelar, estimando el juez que la prisión preventiva era la medida idónea y proporcional para el fin cautelar.

Dentro del considerando quinto, el tribunal establece que es innecesario contestar los agravios de la defensa, ya que del análisis oficioso se advierte la vulneración del derecho a la libertad personal de la imputada por cuestiones sobre las que la defensa no presentó agravios ni alegatos, estableciendo que es procedente reponer el procedimiento y las condiciones aplicables a la impugnación planteada.

En el apartado V1 “De la falta de motivación en la imposición de la prisión preventiva”, se destaca que la imposición de una medida cautelar debe estar precedida por dos pronunciamientos:

En el Primero conforme al artículo 153 en relación con el 168, 169 y 170 del Código Nacional deberá establecerse si existe un peligro procesal que sea

necesario cautelar, si la decisión es positiva se deberá establecer qué riesgo presenta la imputada que justifica ser cautelada.

En el Segundo momento, se deberá establecerse cuál de las catorce medidas del artículo 155 es ideal, proporcional y menos lesiva para el imputado, asegurando el riesgo acreditado y estableciendo las razones conforme al 156 por las que la medida elegida cumple con esas características.

Conforme a lo anterior el tribunal señala que el juez cumplió con la acreditación de la necesidad de cautela, pero no se estableció de manera individualizada y puntual lo relativo a las características que la medida cautelar debe cumplir.

Por lo que el tribunal concluye que el juez de control impuso la prisión preventiva, sin analizar ni establecer las razones por las cuales dicha medida era la idónea, proporcional y menos lesiva para la imputada, y que a su vez el riesgo procesal que se tuvo por acreditado, careciendo la determinación de motivación.

A continuación, el tribunal pretende responder a la pregunta ¿de qué forma debe proceder el tribunal de alzada? con la finalidad de fijar las condiciones de resolución.

En respuesta, el tribunal fija que en el caso se encuentra vulneraciones a los derechos fundamentales, en especial al de libertad, lo cual lo faculta conforme al artículo 461 del Código Nacional a analizar la decisión más allá de los agravios formulados.

Así para fundamentar esta posición, cita el artículo 7.3 de la Convención Americana respecto a la garantía a la libertad personal, además de señalar diversos casos de la Corte interamericana en donde se relaciona la prisión preventiva con encarcelamientos arbitrarios, destacando el caso Caso Amrhein y otros Vs. Costa

Rica donde la Corte Interamericana fijó los parámetros que debe cumplir la prisión preventiva para no ser considerada como detención arbitraria, siendo estos:

- i. Debe tener una finalidad compatible con la Convención Americana;
- ii. Debe ser idónea para el fin perseguido;
- iii. Debe ser necesaria, es decir, indispensable para conseguir el fin deseado – de ahí que sea excepcional–; y;
- iv. Debe ser estrictamente proporcional

Señalando, que resulta arbitraria si carece de una motivación adecuada que explique las razones por las que dicha detención se estima compatible con los principios previamente señalados.

Por lo anterior concluye que en el sistema interamericano la prisión preventiva por sí misma no puede estimarse como una detención arbitraria que vulnera el artículo 7.3 de la Convención Americana; sino que ello ocurrirá cuando dicha medida: no sea necesaria; no sea proporcional; no sea idónea; no sea previsible por no estar prevista de antemano por la ley o por no preverse el medio de imposición (principio de legalidad); o cuando exista una motivación insuficiente sobre su necesidad y proporcionalidad.

Estos elementos los traslada al orden nacional de la siguiente manera:

La previsibilidad se encuentra regulada por los artículos 18, párrafo primero, y 19, párrafo segundo, de la Constitución Federal, así como los artículos 154, 155, fracción XIV, 157, párrafos primero y segundo, 165 y 167, párrafo primero, del Código Nacional.

La necesidad de la prisión preventiva, este se encuentra contemplado en el artículo 153, primer párrafo del Código Nacional.

La exigencia de motivar la proporcionalidad, idoneidad y menor lesividad de la medida, la encontramos en los artículos 156 y 157 del Código Nacional.

La revisión periódica, tenemos que el artículo 161 del Código Nacional.

Por lo cual, el tribunal concluye que el Juez de Control impuso la prisión preventiva sin analizar ni establecer las razones suficientes por las cuales estimo que dicha medida era la idónea, proporcional y menos lesiva para cautelar el peligro de sustracción que de la imputada tuvo por acreditado.

Estableciendo como conclusión argumentativa, que el Juez de Control, al imponer la prisión preventiva justificada sin establecer de manera suficiente los motivos por los cuales dicha medida era proporcional -como lo dispone el artículo 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales- vulneró el derecho fundamental de libertad personal que le asiste a la imputada.

Respecto de la reparación de los derechos violados, concluye que alzada concluye que para reparar las vulneraciones a derechos fundamentales que de oficio se adviertan por el tribunal de alzada, lo procedente es ordenar la reposición del procedimiento del acto que motivó o en el marco del cual se dio la vulneración. Pues solo así, puede conciliarse la necesidad de reparar una vulneración de dicha naturaleza y el respeto a la operatividad del proceso penal acusatorio y los principios que lo rigen.

Puntos de Análisis.

Se puede apreciar que el tribunal unitario, realiza un análisis de la resolución del juez de control partiendo de los momentos o fases que deben componer el estudio de la imposición de la medida preventiva de prisión preventiva.

Inicia por ubica el primer momento en que el juez analiza las circunstancias particulares del caso para establecer la existencia de un peligro de sustracción como lo fueron la falta de arraigo y la falsedad de domicilio.

En segundo lugar, se encuentra el momento en que conforme al principio de proporcionalidad se deberá determinar el tipo de medida a aplicar, tomando en consideración la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, debiendo establecer la razones por las que la medida cumple estos requisitos.

Conforme al análisis por fases de la resolución, el tribunal considera que el juez cumplió con el primer momento al acreditar la necesidad de cautela, sin embargo, no realizó el análisis de proporcionalidad respecto de la imposición de la prisión preventiva ya que no dio razones para justificar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, lo cual produce carencia de motivación en la resolución.

Respecto de su actuación como tribunal, se establece la existencia de una violación a derechos fundamentales, lo cual permite su análisis de oficio.

En este punto el tribunal hace evidente el reconocimiento e integración de la Convención Americana de Derechos humanos como parte del orden jurídico que está obligado a aplicar por medio de los criterios contenidos en las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así toma como base el análisis del artículo 7,3 de la Convención realizado dentro del caso Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica en donde se fijan parámetros que se deben cumplir para imponer la prisión preventiva y no ser considerada una detención arbitraria violando el derecho a la libertad.

De esta manera, el tribunal retoma el criterio de la Corte Interamericana por el cual se hace necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad como medio de evaluación de la imposición de la prisión preventiva, para realizar un traslado de estos parámetros a la legislación nacional, ubicando el fundamento legal en la Constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales, por lo cual podemos afirmar que es en este momento en que se realiza una ponderación real y efectiva de los elementos facticos para proteger el derecho a la libertad personal, conformado un sistema integral de principios contenidos tanto en los tratados y la legislación nacional.

En esta resolución, se puede afirmar que el desarrollo del principio de proporcionalidad como un medio de evaluación de la prisión preventiva ha tenido una amplia aceptación en el ámbito procesal constitucional, siendo visible la influencia y adaptación de los criterios de la Corte Interamericana, lo cual ha permitido que el tribunal constitucional tenga una comprensión amplia y logre una aplicación más efectiva de este principio en beneficio de la protección real de los derechos humanos, en particular del derecho a la libertad personal.

4.7 Conclusiones

El principio de proporcionalidad es reconocido en el ámbito constitucional bajo un enfoque principialista, como uno de los principios que estructuran el estado de derecho democrático.

Estos principios dan forma al sistema de determinación y aplicación de penas, logrando su aplicación real garantizando los derechos fundamentales.

La aplicación del principio de proporcionalidad en su vertiente penal en la resolución de casos se relaciona con el derecho a la libertad.

Este principio como instrumento de evaluación de constitucionalidad comenzó por desarrollarse en los criterios relativos al principio de igualdad, de esta manera se va estructurando un reconocimiento cada vez más profundo sobre sus fases de análisis o subprincipios, la superación concurrente de cada fase y adaptando los elementos teóricos a las particularidades del sistema de protección de derechos.

Dentro de los criterios por los cuales se reconoce el principio de proporcionalidad en la justicia constitucional, se desarrollan ideas complementarias, pero de gran relevancia como la finalidad de fijar el alcance de un derecho fundamental por el legislador y la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales que estuvo implícito en el orden jurídico mexicano.

En el ámbito de la actuación del juzgador, este principio proporciona un medio para racionalizar y dar un contenido de verdad a sus resoluciones al aplicar las normas penales a los casos concretos, por lo cual influyen en el proceso de individualización penal al imponer la obligación de realizar una justificación racional y concreta, ya no en abstracto.

Así este principio también influye en el proceso argumentativo de la aplicación de las penas, toda vez que su validación depende de la ponderación y proporcionalidad realizada, así la exposición de motivos se convierte, como se ha reconocido en diversos criterios jurisprudenciales, en un instrumento indispensable para la evaluación de la constitucionalidad de las medidas legislativas penales conforme a lo dispuesto por el artículo 22 constitucional y de las resoluciones sobre el monto de la sanción a imponer en relación al bien jurídico y su lesión en la individualización penal.

El principio de proporcionalidad ha evolucionado en materia penal como un medio de análisis de la legislación punitiva abarcando la llamada proporcionalidad abstracta estableciendo la exigencia de una justificación expresa como instrumento de análisis de la proporcionalidad, sin embargo, su concepción se ha ampliado para abarcar también al estudio de la coherencia de la punibilidad, principio que se transgrede cuando se establece un trato desigual entre distintas penalidades para conductas con el mismo grado de reproche, por lo cual se puede concluir que en el sistema jurídico mexicano en el ámbito penal el principio de proporcionalidad en

materia de derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad en materia penal constituye especies de un principio constitucional más amplio que sin estar expresamente contenido en la Constitución es aceptado por su vinculación la solución de conflictos entre derechos fundamentales como un instrumento que permite comprender sus propiedades como principios, bajo las exigencias de optimización tanto fáctica como normativa.

La aplicación de este principio de proporcionalidad a casos específicos dentro de la competencia de tribunal constitucional realizado por la Suprema Corte, nos permite evidenciar un alto grado de conocimiento del principio de proporcionalidad por el juzgador al emplear de manera coherente, sistemática y completa los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, reconocer la diferencia entre la proporcionalidad en abstracto y la proporcionalidad penal en el momento concreto de la individualización de la pena, así como en la integración de criterios sobre la proporcionalidad emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la limitación de derechos y la prisión preventiva, estructurando un sistema de protección de derechos fundamentales no solo conformado por normas y criterios del orden jurídico nacional, sino también del orden internacional de los tratados y su interpretación por los tribunales internacionales del sistema interamericano.

CONCLUSIONES

El desarrollo de este trabajo nos permite arribar a las consideraciones que a continuación resumidamente se enlistan.

El derecho penal como elemento del orden jurídico acorde con los postulados que definen a un Estado de derecho democrático, debe estar limitado y regido por principios constitucionales que garanticen y protejan los derechos fundamentales.

La idea de igualdad y proporcionalidad en la determinación y aplicación de las sanciones penales se encuentra respaldada dentro del Estado de derecho democrático como una característica básica de este tipo de organización estatal.

La inobservancia del principio de proporcionalidad afecta por lo tanto la estructura y legitimación de un Estado de derecho, replicándose esta afectación en los sujetos parte de un proceso penal, tanto el agresor como la víctima de un hecho delictivo, provocando el rechazo e ineficacia de los fines del derecho penal.

En el aspecto concreto del principio de proporcionalidad que tiene lugar en el procedimiento de individualización de las penas, su exigencia de observancia es una condición de legitimación de la función jurisdiccional penal.

Por tanto, la observancia de este principio en la actuación judicial se constatará de manera fehaciente en la argumentación jurídica contenida en las resoluciones y sentencias basadas en criterios de razonabilidad que son a su vez contenido e instrumento para determinar la validez constitucional de acuerdo a los postulados de los derechos fundamentales.

La observación y el análisis efectuado sobre el contenido de los criterios jurisprudenciales emitidos en relación al principio de proporcionalidad aplicado en la materia penal, demuestra la evolución de este principio en materia penal como un medio de análisis de la legislación punitiva abarcando la proporcionalidad abstracta, referida a la exigencia de una justificación expresa como instrumento de análisis de la proporcionalidad, ampliándose su concepción al estudio de la

coherencia de la punibilidad, principio que se transgrede cuando se establece un trato desigual entre distintas penalidades para conductas con el mismo grado de reproche.

Por lo cual se puede concluir que el principio de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad en materia penal constituye, dentro del sistema jurídico mexicano, constituyen especies de un principio constitucional más amplio que sin estar expresamente contenido en la Constitución es aceptado por su vinculación a la solución de conflictos entre derechos fundamentales, al ser un instrumento que permite comprender sus propiedades como principios, bajo las exigencias de optimización tanto fáctica como normativa.

Del análisis de las estructuras argumentativas contenidas en las resoluciones de los casos expuestos referentes a la aplicación judicial del principio de proporcionalidad, se puede evidenciar la existencia de un amplio conocimiento del principio de proporcionalidad al emplear de manera coherente, sistemática y completa los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, reconocer la diferencia entre la proporcionalidad en abstracto y la proporcionalidad penal en el momento concreto de la individualización de la pena, así como en la integración de criterios sobre la proporcionalidad emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la limitación de derechos y la prisión preventiva, lo anterior solo como un referente cualitativo atendiendo a la limitación de los casos conocidos únicamente por tribunales federales.

Por lo cual se puede afirmar que existen los fundamentos para que, conforme a los criterios contenidos en los precedentes jurisprudenciales y la experiencia recogida en los tribunales federales, se pueda extender la aplicación del principio de proporcionalidad por los tribunales y juzgadores de los estados de la república de manera eficiente y con criterios claros, que ampliarían su difusión y posibilidades de realización, considerando los posibles beneficios en la comprensión práctica de

la influencia transversal de los derechos fundamentales en el derecho penal con referencia especial al derecho a la libertad personal.

FUENTES DE INFORMACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- 1.- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Culturales, 2012
- 2.- ALEXY, Robert, “Los Derechos Fundamentales y el Principio de Proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril 2011
- 3.- BARNES, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado” en *Revista de administración pública*, núm. 135, 1994
- 4.- BARROSO, Luis Roberto, *Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008
- 5.- BERNAL Pulido, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009
- 6.- BRENDA, Ernesto *et. al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª, ed., Madrid, Marcial Pons, 2001
- 7.- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 6ª. ed., México, Porrúa, 2017
- 8.- - - - - -, *Los Juicios Orales en México*, 2da. ed., México, Porrúa, 2010
- 9.- CARBONELL, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén, “¿Qué es la Constitucionalización del Derecho?”, *Quid Juris*, publicación trimestral del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, año 6, volumen 15, noviembre 2011
- 10.- CÁRDENAS, García, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Flores Editores, 2016

- 11.- CIENFUEGOS Salgado, David, VÁSQUEZ Muñoz, Tania C. (coords.), *Derecho Penal Mexicano: Estudios y reflexiones sobre el diseño del sistema penal en México*, México, Inacipe, 2014
- 12.- CIENFUEGOS Salgado, David y CIFUENTES Vargas, Manuel, (coords.) *El Ilícito y su Castigo: Reflexiones sobre La Cadena Perpetua, La Pena de Muerte y La Idea de Sanción en El Derecho*, México, Editorial Laguna-Fundación Académica Guerrerense, 2009
- 13.- COSSÍO Díaz, José Ramón, “Como argumentar los derechos en la impartición de justicia” en *Argumentación Jurisprudencial, Memoria del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica, ¿Cómo Argumentar los Derechos Humanos?*, México, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013
- 14.- - - - - *Dogmática Constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998
- 15.- - - - - “La teoría constitucional en México”, en *Metapolítica*, México, volumen 4, julio-septiembre de 2000
- 16.- COVARRUBIAS Cuevas, Ignacio, “¿Emplea el tribunal constitucional el test de proporcionalidad? (128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2014, Año 12, N°
- 17.- DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, traducción de Marta Gustavino, 2ª ed., España, Editorial Ariel, 1989
- 18.- FERNANDEZ Bautista, Silvia (coord.), *Constitución y Principio del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, México, Tirant lo Blanch, 2012
- 19.- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, 9ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2009
- 20.- - - - - *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, México, Trotta, 1999

- 21.- - - - - *et. al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, México, Editorial Cajica, 2009.
- 22.- - - - - *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 3ª ed., 2007
- 23.- FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.), *Interpretación y Ponderación de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013
- 24.- FOUCAULT, Michel, *La Verdad y las formas Jurídicas*, España, Ed. Gedisa, 2009
- 25.- - - - - , *Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión*, Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 2002
- 26.- GONZÁLEZ-CUÉLLAR Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990
- 27.- HERMOSO Larragoiti, Hector Arturo, *Del sistema inquisitorio al moderno sistema acusatorio en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011
- 28.- KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, Madrid, Trotta, 2008
- 29.- LOPERA Mesa Gloria P, *Principio de Proporcionalidad y Ley Penal*, Madrid, CEPC, 2006
- 30.- LÓPEZ Sánchez, Rogelio, *Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, 2ª ed., México, Porrúa, 2013
- 31.- LUNA Castro, José Nieves, *La Aplicación de las Penas en México: Enfoque Crítico desde la Perspectiva de los Principios Constitucionales*, México, Porrúa, 2010
- 32.- PRIETO Sanchís, "Luis, La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *Derecho y Libertades* núm. 8, 2000

- 33.- QUERALT Jimenez, Argelia, *La Interpretación de los Derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008
- 34.- RENTERÍA Díaz, Adrián, “Constitución y Democracia ¿Límites y Vínculos?”, *Revista Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, Departamento de Relaciones Internacionales y Ciencia Política del Tecnológico de Monterrey, México, 2007, CONfines 3/6 agosto – diciembre 2007
- 35.- REYES Sarmiento, Lina Marcela, “La aplicación del principio de proporcionalidad por el CIADI a la luz de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH. ¿Un diálogo persuasivo?”, en *La creación judicial del derecho y el dialogo entre jueces*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 2017
- 36.- ROMERO Martínez, Juan Manuel, *Estudios Sobre la Argumentación Jurídica Principialista. Base para la Toma de Decisiones Judiciales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015
- 37.- SIECKMANN, Jan-R. (ed.), *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales, Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011
- 38.- STEINER, Christian, Uribe, Patricia, (coords.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Konrad Adenauer Stiftung, 2014
- 39.- TENA Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, 14ª. ed., México, Porrúa, 1987
- 40.- VILLASEÑOR Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y Límites de Los Derechos Fundamentales: Teoría General y su Reflejo en la Jurisprudencia Mexicana*, México, Porrúa, Escuela Libre de Derecho, Universidad Complutense, 2011
- 41.- ZAFFARONI, Raúl, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., México, Porrúa, 2005

REFERENCIAS CIBERGRÁFICAS

- 1.- BARNES, Javier, “El Principio de Proporcionalidad, Estudio Preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público No. 5*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, Pág. 16, http://www.uhu.es/javier_barnes/Other_Publications_files/El%20Principio%20de%20proporcionalidad%20-%20Estudio%20preliminar0001.pdf
- 2.- GONZÁLEZ-CUELLAR Serrano, Nicolás, “El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Español”, *Cuadernos de Derecho Público No. 5*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, <http://www.uclm.es/area/procesal/Proporcionalidad.htm>
- 3.- HERNÁNDEZ, María del Pilar. "Constitución y derechos fundamentales." *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXVIII, número 84, septiembre-diciembre 1995, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3388/3940#N10>
- 4.- LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las Penas*, Argentina, Biblioteca Virtual Universal, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/70806.pdf>
- 5.- Proyecto de Sentencia del Amparo Directo en Revisión 3798/2015 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-03/ADR-3798-2015-170329.pdf
- 6.- Resolución de Apelación contra resolución del Juez de Control por la que se impone medida cautelar de prisión preventiva, Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, Toca 284/2019, <https://drive.google.com/drive/folders/1Lq43sszkpfD7tyoHt0WrY83KFs5r0F2F>
- 7.- SALAZAR Ugarte, Pedro, “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción” en Fabra Zamora, Jorge Luis, García Jaramillo, Leonardo (coords.), *Filosofía del Derecho Constitucional, Cuestiones Fundamentales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015, pp. 577 – 5580, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/28.pdf>

8.- Sentencia dictada por el Tribunal Pleno en el dictamen que valora la investigación constitucional realizada por la Comisión designada en el expediente 3/2006, integrado con motivo de la solicitud formulada por el Ministro Genaro David Góngora Pimentel, para investigar violaciones graves de garantías individuales; así como los votos particulares de los señores Ministros José de Jesús Gudiño Pelayo, Genaro David Góngora Pimentel y Juan N. Silva Meza. Diario Oficial de la Federación 21/09/2009, https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=5110784&fecha=21/09/2009&cod_diario=223415

9.- *Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]*, <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>

REFERENCIAS LEGISGRÁFICAS.

- 1.- *Carta de las Naciones Unidas*, <http://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html>
- 2.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf
- 3.- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Resumen Ejecutivo, <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodescii.sp.htm>
- 4.- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2017, Capítulo V, Seguimiento de Recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de países o temáticos, Segundo Informe de seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe sobre situación de Derecho Humanos en México, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/IA2017cap.5MX-es.pdf>
- 5.- Convención Americana Sobre Derechos Humanos https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- 6.- Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf
- 7.- Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, (fondo, reparaciones y costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf
- 8.- Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

9.- Corte IDH, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá Sentencia de 12 de Agosto de 2008, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf

10.- Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

11.- Corte IDH, Caso Jorge Castañeda Gutman vs México, http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=298

12.- Corte IDH, Caso kimel vs. Argentina, sentencia de 2 de mayo de 2008, (fondo, reparaciones y costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

13.- Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

14.- Corte IDH, Caso Ricardo Canese, Sentencia de 31 de agosto de 2004, (Fondo, Reparaciones y Costas) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

15.- Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Sentencia de 6 de mayo de 2008, Excepción Preliminar y Fondo, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf

16.- Corte IDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>

Fondo, Reparaciones y Costas, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

17.- Corte IDH, Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, OEA/ Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev.1, 7 de marzo 2006, <http://www.cidh.org/countryrep/Defensores/defensoresindice.htm>

18.- Corte IDH, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, <http://www.cidh.org/countryrep/Seguridad/seguridadv.sp.htm#C>

19.- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, <https://www.catalogoderechoshumanos.com/opinion-consultiva-6-cidh/>

20.- Corte IDH, Resolución 1/08, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/RESOLUCION%201-08%20ESP%20FINAL.pdf>

22.- Declaración Universal de los Derechos Humanos, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

22.- Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/117_DOF_10jun11.pdf

23.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

24.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

25.- Reforma en Materia de Derecho Humanos de 11 de junio de 2011, Proceso Legislativo, http://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/reformas_amparo_dh/PDFs/proceso%20legislativo%20derechos%20humanos.pdf#page=621

26.- *Segundo Proyecto de Constitución*, Leído en la Sesión del Congreso de 3 de noviembre de 1842, https://constitucion1917.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/269/1/images/2do_proyecto_constitucion_3_11_1842.pdf

27.- *Tratado de Amsterdam por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y Determinados Actos Conexos*, <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf>

28.- *Tratado de la Unión Europea*, https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf

ANEXOS

Anexo I. Casos Resueltos por Corte Interamericana de Derechos Humanos Relativos al Principio de Proporcionalidad

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

OPINIÓN CONSULTIVA OC-6/86
DEL 9 DE MAYO DE 1986

LA EXPRESIÓN "LEYES" EN EL ARTÍCULO 30 DE
LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

SOLICITADA POR EL GOBIERNO DE LA
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Estuvieron presentes:

Thomas Buergenthal, Presidente
Rafael Nieto Navia, Vicepresidente
Rodolfo E. Piza E., Juez
Pedro Nikken, Juez
Héctor Fix-Zamudio, Juez
Héctor Gros Espiell, Juez
Jorge R. Hernández Alcerro, Juez

Estuvieron, además, presentes:

Charles Moyer, Secretario, y
Manuel Ventura, Secretario Adjunto

LA CORTE,

integrada en la forma antes mencionada,

emite la siguiente opinión consultiva:

1. El Gobierno de la República Oriental del Uruguay (en adelante " el Gobierno " o "el Uruguay "), mediante comunicación del 14 de agosto de 1985, sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante " la Corte ") una solicitud de opinión consultiva acerca del alcance de la expresión leyes empleada por el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante " la Convención " o " la Convención Americana ").

2. Por nota de fecha 31 de octubre de 1985, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 52 del Reglamento de la Corte (en adelante " el Reglamento "), la Secretaría solicitó observaciones escritas sobre el tema objeto de la presente consulta a todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante " la OEA "), así como, a través del Secretario General de ésta, a todos los órganos a que se refiere el Capítulo X de la Carta de la OEA.

3. El Presidente de la Corte dispuso que las observaciones escritas y los documentos relevantes fueran presentados en la Secretaría antes del 10 de enero de 1986, para ser considerados por la Corte durante su Decimocuarto Período Ordinario de Sesiones, que se celebró del 13 al 21 de enero de 1986.

4. La comunicación de la Secretaría fue respondida por los gobiernos de Costa Rica y Jamaica. Asimismo, el profesor argentino Raúl Emilio Vinuesa ofreció sus puntos de vista sobre la consulta como **amicus curiae**.

5. Con el objeto de que la Corte escuchara las opiniones de los Estados Miembros y de los órganos de la OEA sobre la solicitud, se celebró una audiencia pública el jueves 16 de enero de 1986.

6. Comparecieron a esta audiencia pública las siguientes personas:

Por el Gobierno de Costa Rica:

Lic. Carlos José Gutiérrez, Agente y Ministro de Relaciones Exteriores y Culto,

Lic. Manuel Freer Jiménez, Agente y Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

Por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Dr. Edmundo Vargas Carreño, Secretario Ejecutivo, en virtud de la representación que le confirió el Presidente de dicho órgano.

I

7. En las consideraciones que originaron la consulta, el Gobierno señala que

Cabe preguntarse acerca de la expresión **leyes** utilizada (en el artículo 30 de la Convención), en cuanto a si se refiere a leyes en sentido formal -norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución-, o en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico (párr. 2).

8. También en dichas consideraciones se hace ver que en el problema planteado

Jugaría, además, la necesaria armonización de la Convención de San José con los demás instrumentos básicos del sistema jurídico interamericano, en particular la Carta, que hace del " ejercicio efectivo de la democracia representativa " (art. 3.d), uno de los principios de los Estados Americanos.

Obviamente, la democracia representativa se asienta en el Estado de Derecho y éste presupone la protección vía ley de los derechos humanos (párr. 8).

II

9. Esta solicitud de opinión consultiva ha sido sometida a la Corte por el Uruguay, un Estado Parte en la Convención Americana y Miembro de la OEA. Según el artículo 64.1 de la Convención, " los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos ". La solicitud del Gobierno pretende la interpretación del artículo 30 de la Convención y está, por tanto, incluida en la previsión del artículo 64.

10. La presente solicitud de opinión consultiva debe considerarse dentro del marco de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 64 de la Convención, aun cuando no se le invoque especialmente. Esta conclusión es evidente ya que lo que se solicita es la interpretación de un artículo de la Convención y no se plantea ninguna cuestión relativa a la " compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales " (art. 64.2).

11. Se trata de una consulta que busca la interpretación de una norma de especial interés referente a la aplicación de las posibles restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, por todo lo cual es admisible en los términos de la Convención y del Reglamento. No existe, por otra parte, ninguna razón para que la Corte haga uso de las facultades de naturaleza permisiva implícitas en su competencia consultiva, las cuales hubieran podido llevarla a no emitirla (" **Otros tratados " objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 31. **Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 28). La Corte, en consecuencia, admite la petición y pasa a responderla.

III

12. La convención establece:

Artículo 30.- Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

13. La interpretación de esta norma ha de hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Los términos empleados limitan las restricciones posibles a los derechos y libertades reconocidos por la Convención a los casos en que ellas deriven de leyes que cumplan con las exigencias impuestas por el propio artículo.

14. El artículo 30 se refiere a las restricciones que la propia Convención autoriza a propósito de los distintos derechos y libertades que la misma reconoce. Debe subrayarse que, según la Convención (art. 29.a), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno cualquiera de los derechos proclamados por ella. En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 27). En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (arts. 16.3, 29.a y 30). Se trata de una distinción importante y la enmienda introducida al respecto en la última etapa de la elaboración de la Convención, en la Conferencia Especializada de San José, para incluir las palabras " al goce y ejercicio ", clarificó conceptualmente la cuestión (**Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas**

y Documentos, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1973 (en adelante " Actas y Documentos ") repr. 1978, esp. pág. 274).

15. La Corte entra ahora a analizar la disyuntiva de si " la expresión leyes utilizada por la disposición transcrita... se refiere a **leyes** en sentido formal -norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución- " o si en cambio se la usa " en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico ".

16. La pregunta se limita a indagar sobre el sentido de la palabra **leyes** en el artículo 30 de la Convención. No se trata, en consecuencia, de dar una respuesta aplicable a todos los casos en que la Convención utiliza expresiones como " leyes ", " ley ", " disposiciones legislativas ", " disposiciones legales ", " medidas legislativas ", " restricciones legales " o " leyes internas ". En cada ocasión en que tales expresiones son usadas, su sentido ha de ser determinado específicamente.

17. No obstante lo anterior, los criterios del artículo 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión **ley** o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En efecto, la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos. El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas.

18. Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;
- b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a " razones de interés general " y no se aparten del " propósito para el cual han sido establecidas ". Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y
- c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.

19. El significado del vocablo **leyes** ha de buscarse como término incluido en un tratado internacional. No se trata, en consecuencia, de determinar la acepción del sustantivo **leyes** en el derecho interno de un Estado Parte.

20. En este sentido, la Corte tiene en cuenta el hecho de que los sistemas jurídicos de los Estados Partes en la Convención se derivan de tradiciones diferentes. Algunos se inscriben en el sistema del "common law" y otros siguen la tradición romanista. Sus regímenes constitucionales muestran particularidades vinculadas con su desarrollo jurídico y político. El concepto de **leyes** no puede interpretarse en abstracto y, en consecuencia, no debe divorciarse del contexto del orden jurídico que le presta sentido e incide en su aplicación (Cfr. Eur. Court H.R., **The Sunday Times case**, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. 47).

21. El sentido de la palabra **leyes** dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

22. Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.

23. Lo anterior se deduciría del principio -así calificado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (**Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City**, Advisory Opinion, 1935, P.C.I.J., Series A/B, No. 65, pág. 56)- de legalidad, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, que es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación.

24. La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un

régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.

25. Ya en 1789, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano expresaba en su artículo 4 que

La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley.

Desde entonces este criterio ha constituido un principio fundamental del desarrollo constitucional democrático.

26. En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión **leyes**, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual " los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos ".

27. La expresión **leyes**, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

28. La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten " por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas ". El criterio según el cual las restricciones permitidas han de ser aplicadas " con el propósito para el cual han sido establecidas " se encontraba ya reconocido en el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (1959), en el que se expresaba que tales restricciones " no podrán ser aplicadas con otro propósito o designio que aquél para el cual han sido previstas " (**Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968**, Washington, D.C.: Secretaría General, OEA, 1973, pág. 248). En cambio, la exigencia de que la aplicación de las restricciones esté " conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general " es el resultado de una enmienda

introducida al proyecto final, en la Conferencia Especializada de San José, en 1969 (Actas y Documentos, supra 14, pág. 274).

29. El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del " bien común " (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es " la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad " (" Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre " (en adelante " Declaración Americana "), Considerandos, párr. 1).

30. "Bien común " y " orden público " en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos " requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa " (Carta de la OEA, art. 3.d); y los derechos del hombre, que " tienen como fundamento los atributos de la persona humana ", deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2).

31. La Corte expresó al respecto en anterior ocasión que

Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de " orden público " y " bien común ", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el " orden público " o el " bien común " como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias " de " una sociedad democrática " que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (**La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 66 y 67).

32. La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de **leyes** a que se refiere el artículo 30,

interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad (ver **supra** 23). Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa ", que se traduce, **inter alia**, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común (ver **supra** 22).

33. La Declaración de México ha afirmado que el " fin del Estado es la felicidad del hombre dentro de la sociedad. Deben armonizarse los intereses de la colectividad con los derechos del individuo. El hombre americano no concibe vivir sin justicia. Tampoco concibe vivir sin libertad " (" Declaración de México "del 6 de marzo de 1945, inciso 12. **Conferencias Internacionales Americanas**, Segundo Suplemento, 1945-1954. Washington, D.C.: Unión Panamericana, Departamento Jurídico, 1956, pág. 25).

34. No es posible desvincular el significado de la expresión **leyes** en el artículo 30 del propósito de todos los Estados americanos expresado en el Preámbulo de la Convención "de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre " (Convención Americana, Preámbulo, párr. 1). La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un " principio " reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. El régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (art. 23), que son de aquellos que, en los términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema.

35. En consecuencia, las **leyes** a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.

36. Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.

37. La necesaria existencia de los elementos propios del concepto de ley en el artículo 30 de la Convención, permite concluir que los conceptos de legalidad y legitimidad coinciden a los efectos de la interpretación de esta norma, ya que sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente

facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana.

IV

38. Por tanto, en respuesta a la pregunta del Gobierno del Uruguay sobre la interpretación de la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención,

LA CORTE ES DE OPINIÓN,

Por unanimidad

que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, el día 9 de mayo de 1986.

Thomas Buergenthal
Presidente

Rafael Nieto Navia

Rodolfo E. Piza E.

Pedro Nikken

Héctor Fix-Zamudio

Héctor Gros Espiell

Jorge R. Hernández Alcerro

Charles Moyer
Secretario

SECCIÓN A: DATOS DEL CASO

1	Nombre del caso	Castañeda Gutman Vs. México	
2	Víctima(s)	Jorge Castañeda Gutman	
3	Representante(s)	<ul style="list-style-type: none"> - Fabián M. Aguinaco - Gonzalo Aguilar Zínser - Santiago Corcuera 	
4	Estado demandado	México	
5	# Petición/Caso ante la CIDH	12.535	
6	# Caso ante la Corte IDH	Serie C No. 184 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf	
7	Tipo(s) de sentencia(s) y fecha(s)	<p>Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 6 de agosto de 2008</p> <p>Corte IDH. Castañeda Gutman Vs. México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2007. Caso Castañeda Gutman Vs. México.</p> <p>Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2013.</p> <p>Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión Cumplimiento de Sentencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de enero de 2012.</p> <p>Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 01 de julio de 2009.</p>	
8	Sumilla	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la inexistencia de un recurso adecuado y efectivo en relación con el impedimento de Jorge Castañeda Gutman para inscribir su candidatura independiente a la Presidencia de México.	
9	Palabras claves	Derechos económicos y políticos; Igualdad ante la ley; Protección judicial	
10	Campo multimedia	NA	
11	Derecho(s)	Convención Americana sobre Derechos Humanos	<ul style="list-style-type: none"> - Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos) - Artículo 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) - Artículo 23 (Derechos Políticos) - Artículo 24 (Igualdad ante la Ley) - Artículo 25 (Protección Judicial)
		Otro(s) tratado(s) interamericano(s)	No se consigna

12	Otro(s) instrumento(s) internacional(es) citado(s)	<ul style="list-style-type: none"> - Carta Democrática Interamericana - Carta de la Organización de Estados Americanos - Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Protocolo 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
SECCIÓN B: DESARROLLO DEL CASO		
13. Hechos		
<p>- Los hechos del presente caso se desarrollan en el marco de un registro de candidaturas presidenciales de México. El 5 de marzo de 2004 la víctima presentó al Consejo General del Instituto Federal Electoral una solicitud de inscripción como candidato independiente al cargo de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos para las elecciones del 2 de julio de 2006. Alegó que solicitaba su registro "en ejercicio del derecho que le otorga el artículo 35, fracción II de la Constitución", presentó ciertos documentos y declaró que cumplía los requisitos constitucionales para ejercer dicho cargo electivo. Asimismo, la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos, Dirección de Partidos Políticos y Financiamiento del IFE, informó al señor Castañeda Gutman que no posible atender su petición en los términos solicitados, toda vez que corresponde únicamente a los partidos políticos nacionales el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular.</p> <p>- Contra dicho pronunciamiento del Instituto Federal Electoral, la víctima presentó una demanda de amparo ante el Juzgado Séptimo de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, sin embargo dicho juzgado resolvió rechazar el recurso interpuesto por la víctima. Asimismo, Castañeda Gutman interpuso un recurso de revisión contra la decisión del Juzgado Séptimo, pero recurso fue sobreseido por la Corte Suprema de México. De tal manera, el señor Castañeda Gutman no pudo lanzarse a las elecciones presidenciales.</p>		
14. Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos		
<ul style="list-style-type: none"> - Fecha de presentación de la petición (12.535): 12 de octubre de 2005 - Fechas de informes de admisibilidad y fondo (113/06): 26 de octubre de 2006 		
15. Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos		
<ul style="list-style-type: none"> - Fecha de remisión del caso a la Corte IDH: 21 de marzo de 2007 - Petitorio de la CIDH: La CIDH presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte IDH decidiera si el Estado violó los derechos consagrados en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. - Petitorio de los representantes de las víctimas: Los representantes de las víctimas solicitaron que la Corte IDH declarara que el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 23, 24 y 25 de la Convención Americana, todos ellos en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado. - Fecha de audiencia ante la Corte IDH: 8 de febrero de 2008 		

16. Competencia y Admisibilidad

I. Excepciones Preliminares

1.1. Primera excepción preliminar. Aplicación efectiva de la ley como requisito para la competencia de la Corte

16. El Estado alegó que en el presente caso no hubo un acto de aplicación de la ley debido a que el señor Castañeda Gutman solicitó el registro de su candidatura en marzo de 2004 cuando el proceso electoral al que deseaba presentarse, que se llevaría adelante en el año 2006, no se había iniciado. Se trató de una solicitud extemporánea (...). La Corte Interamericana sólo es competente para conocer de un caso si la ley, en efecto, fue aplicada en el caso concreto, no pudiendo decidir si una ley es contraria a la Convención Americana si la misma no afectó los derechos y libertades protegidos por la Convención, como en el presente caso. (...)

22. La Corte considera que independientemente de haberse realizado o no la solicitud de registro fuera del plazo indicado por la ley para el registro de candidaturas presentadas por partidos políticos, la decisión del IFE de no atender a lo solicitado por la presunta víctima constituyó, para efectos de la competencia de esta Corte, un acto de aplicación de la ley, al encontrarse dicha negativa fundamentada, en primer lugar, conforme a lo establecido en el artículo 177 del COFIPE sobre los plazos legales de registro de candidaturas y, en segundo lugar, conforme a lo establecido en el artículo 175 del COFIPE sobre candidaturas por medio de partidos políticos, advirtiendo dicha autoridad la imposibilidad legal de proceder como había sido solicitado por el señor Castañeda Gutman. Dicha decisión, fundamentada en las disposiciones constitucionales y legales que regulan la materia, por la cual se pronunció la autoridad administrativa competente que determinó la cuestión jurídica puesta en su conocimiento, con el efecto concreto y específico de no permitir la inscripción de la candidatura, constituyó el acto de aplicación de la ley, que incluso fue considerado como tal por los tribunales internos. Con base en lo expuesto, la Corte desestima esta excepción preliminar.

1.2. Segunda excepción preliminar. Ausencia de la presunta víctima en el proceso electoral iniciado en octubre de 2005

23. El Estado argumentó que la Corte carece de competencia para conocer sobre el fondo del presente caso debido a la ausencia absoluta y deliberada de la presunta víctima al proceso electoral que inició el día 6 de octubre de 2005. (...)

26. En cuanto a la alegada falta de participación del señor Castañeda Gutman en el proceso electoral la Corte considera que la presentación de una solicitud de inscripción de una candidatura se relaciona con la facultad de ejercer un derecho y no con la obligación de agotar un recurso interno. La presentación de una solicitud de inscripción de candidatura no constituye un recurso, en tanto su propósito no es establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana y en su caso, proveer lo necesario para remediarla. Con base en lo expuesto, la Corte desestima esta excepción preliminar.

1.3. Tercera excepción preliminar. Falta de agotamiento de recurso interno idóneo e indebida interposición de un recurso inadecuado

27. El Estado alegó en su escrito de contestación a la demanda que: a) en su primera respuesta ante la Comisión de 17 de enero de 2006 "hizo referencia al origen, regulación y funcionamiento del juicio para la protección de los derechos políticoelectorales del ciudadano" (...).

34. La Corte Interamericana ha considerado que la regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1). Por eso, cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso

legal, no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo.

35. Por ello, en reiteradas ocasiones la Corte ha analizado los argumentos relativos a dicha excepción preliminar conjuntamente con las demás cuestiones de fondo.

36. En razón de que un análisis preliminar sobre la efectividad del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano significaría una manifestación sobre la compatibilidad de dicho recurso con la Convención Americana, lo que podría llevar eventualmente a la determinación de una violación a la Convención, este Tribunal considera indispensable analizar los argumentos de las partes a ese respecto en el fondo del caso al determinar la existencia o no de una violación al artículo 25 de la Convención Americana.

1.4. Cuarta excepción preliminar. Actuación de la Comisión Interamericana en la tramitación del caso

37. El Estado interpuso como excepciones preliminares seis cuestionamientos relacionados con la actuación de la Comisión Interamericana en el presente caso. (...)

40. Cuando se alega como excepción preliminar un cuestionamiento a la actuación de la Comisión en relación con el procedimiento seguido ante dicho órgano, se debe tomar en cuenta que la Corte ha afirmado que la Comisión Interamericana tiene autonomía e independencia en el ejercicio de su mandato conforme a lo establecido por la Convención Americana y, particularmente, en el ejercicio de las funciones que le competen en el procedimiento relativo al trámite de peticiones individuales dispuesto por los artículos 44 a 51 de la Convención. No obstante, dentro de las atribuciones de la Corte se encuentra la de efectuar el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión en lo referente al trámite de asuntos que estén bajo el conocimiento de la propia Corte. Ha sido un criterio sostenido por este Tribunal que la Convención Americana le confiere jurisdicción plena sobre todas las cuestiones relativas a un caso sometido a su conocimiento, incluso sobre los presupuestos procesales en los que se funda la posibilidad de que ejerza su competencia. Esto no supone necesariamente revisar el procedimiento que se llevó a cabo ante la Comisión, salvo en caso de que exista un error grave que vulnere el derecho de defensa de las partes. (...)

46. La Corte considera que lo sostenido por el Estado en relación con el otorgamiento de medidas cautelares por parte de la Comisión y el alegado prejuzgamiento de dicho órgano al otorgarlas, no constituye un argumento materia de excepción preliminar. Ello, en tanto que dicho cuestionamiento no tiene la finalidad ni la capacidad de prevenir el conocimiento por parte de la Corte sobre el fondo del caso. En efecto, aún cuando hipotéticamente la Corte resolviera el planteo de manera afirmativa, no afectaría en manera alguna la competencia del Tribunal para conocer los méritos del caso. Con base en lo anterior se desestima este alegato. (...)

50. En cuanto a los alegatos basados en la no presentación de la candidatura del señor Castañeda Gutman al proceso electoral, la Corte advierte que son el objeto principal de otro planteo formulado como excepción preliminar por el Estado sobre el cual la Corte se ha pronunciado (...). Con base en lo anterior, se desestima este alegato. (...)

55. [En cuanto al tercer planteamiento del Estado,] [l]a Corte advierte que [el artículo 37.3 del Reglamento de la Comisión] establece un reducido número de requisitos formales respecto de la apertura de un caso y de la facultad de la Comisión de diferir el tratamiento de la admisibilidad junto con el fondo. Ello brinda flexibilidad a la Comisión al respecto. (...)

59. [En cuanto a la cuarta pregunta del Estado,] [l]a Corte ya se pronunció sobre la facultad de la Comisión de diferir la admisibilidad de una petición junto con el fondo conforme a su Reglamento (...). Con base en lo anterior, la Corte desestima este alegato.

63. [En cuanto a la quinta cuestión del Estado,] [l]a Corte observa que los cuestionamientos del Estado relacionados con el Informe de admisibilidad y fondo No. 113/06 de la Comisión Interamericana en el sentido que brindaba una "exposición parcial e incompleta de los hechos", que los hechos "no corresponden a la verdad histórica de lo ocurrido", y que "tanto el fondo como las recomendaciones" estaban sustentados sobre "bases erróneas, falsas e incompletas" son alegatos propios de los méritos del caso ante esta Corte. (...) [L]o afirmado por el Estado en este apartado, en el sentido de que del artículo 23 de la Convención no se desprende un derecho a la candidatura independiente, se trata de un planteo que no

corresponde propiamente a una excepción preliminar. Con base en lo anterior, la Corte desestima este alegato. (...)

67. [En relación a la última pregunta del Estado,] [l]a Corte considera que el Estado no ha demostrado en qué manera la conducta de la Comisión ha conllevado un error que haya afectado o vulnerado específicamente el derecho de defensa del Estado durante el procedimiento ante la Comisión. (...) Con base en lo anterior, la Corte desestima esta excepción preliminar.

II. Competencia

68. La Corte Interamericana es competente, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, para conocer el presente caso, en razón de que México es Estado Parte en la Convención Americana desde el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 16 de diciembre de 1998.

17. Reconocimiento de responsabilidad internacional

No se consigna

18. Análisis de fondo

I. Artículo 25 (Protección judicial) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana

78. El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos generales, la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales. Al interpretar el texto del artículo 25 de la Convención, la Corte ha sostenido que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales, sino que los recursos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso, en los términos de aquel precepto. La existencia de esta garantía "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención". Asimismo, conforme al artículo 25.2.b de la Convención, los Estados se comprometen a desarrollar las posibilidades del recurso judicial.

79. A su vez, el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. (...)

1.1. El juicio de amparo

91. La Corte observa que tanto la Comisión como los representantes destacaron la ausencia de un recurso sencillo, rápido y efectivo para que la presunta víctima reclamara la protección de sus derechos reconocidos por la Constitución, para sustentar la alegada violación del artículo 25 de la Convención. En este sentido, la Corte considera, al igual que la Comisión y el Estado, que el recurso de amparo interpuesto por la presunta víctima no era la vía adecuada en ese caso, dada su improcedencia en materia electoral.

92. Este Tribunal estima que no es en sí mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias, siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo. Ello es particularmente relevante en

relación con los derechos políticos, derechos humanos de tal importancia que la Convención Americana prohíbe su suspensión así como la de las garantías judiciales indispensables para su protección (...).

93. Por otra parte, la Corte estima pertinente referirse a lo afirmado por la Comisión Interamericana en el sentido de que, más allá de que el amparo no era la vía idónea, por la exclusión de la materia electoral de su ámbito de competencia, “la efectividad implica que el órgano judicial ha evaluado los méritos de la denuncia”. Al respecto, este Tribunal ha establecido que “el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial (...) no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana”. En otras palabras, es una garantía mínima de toda persona que interpone un recurso que la decisión que lo resuelva sea motivada y fundamentada, bajo pena de violar las garantías del debido proceso.

94. Para la Corte el requisito de que la decisión sea razonada, no es equivalente a que haya un análisis sobre el fondo del asunto, estudio que no es imprescindible para determinar la efectividad del recurso. La existencia y aplicación de causales de admisibilidad de un recurso resulta compatible con la Convención Americana y la efectividad del recurso implica que, potencialmente, cuando se cumplan dichos requisitos, el órgano judicial evalúe sus méritos.

2.2. El Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales de los Ciudadanos

99. En el presente caso la presunta víctima buscó ejercer su derecho a la protección judicial para obtener una determinación sobre el alcance y el contenido de un derecho humano, el derecho político a ser elegido, consagrado en el artículo 23.1.b. de la Convención Americana y en el artículo 35, fracción II de la Constitución mexicana, y eventualmente obtener una decisión judicial a favor de su pretensión.

100. Este Tribunal considera que el sentido de la protección otorgada por el artículo 25 de la Convención es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo. Sería irrazonable establecer dicha garantía judicial si se exigiera a los justiciables saber de antemano si su situación será estimada por el órgano judicial como amparada por un derecho específico.

101. En razón de lo anterior, independientemente de si la autoridad judicial declarare infundado el reclamo de la persona que interpone el recurso por no estar cubierto por la norma que invoca o no encontrare una violación del derecho que se alega vulnerado, el Estado está obligado a proveer recursos efectivos que permitan a las personas impugnar aquellos actos de autoridad que consideren violatorios de sus derechos humanos previstos en la Convención, la Constitución o las leyes. En efecto, el artículo 25 de la Convención Americana establece el derecho a la protección judicial de los derechos consagrados por la Convención, la Constitución o las leyes, el cual puede ser violado independientemente de que exista o no una violación al derecho reclamado o de que la situación que le servía de sustento se encontraba dentro del campo de aplicación del derecho invocado. Ello debido a que al igual que el artículo 8, “el artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia”.

102. La Convención establece que las personas bajo la jurisdicción del Estado deben tener acceso “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que las ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”.

a) Accesibilidad del recurso

106. A efectos de cumplir su obligación convencional de establecer en el ordenamiento jurídico interno un recurso efectivo en los términos de la Convención, los Estados deben promover recursos accesibles a toda persona para la protección de sus derechos. Si una determinada acción es el recurso destinado por la ley para obtener la restitución del derecho que se considera violado, toda persona que sea titular de dicho derecho debe tener la posibilidad real de interponerlo.

107. En el presente caso, la presunta víctima reclamó una violación a su derecho político de ser elegido, en virtud de que una ley de carácter electoral imponía como requisito para ser candidato el ser postulado por un partido político. (...)

110. La Corte destaca la importancia de que los Estados regulen los recursos judiciales de forma tal que las personas tengan certeza y seguridad jurídica de sus condiciones de acceso. (...) [L]a Corte entiende que los requisitos para la interposición del juicio de protección son siempre los establecidos en el artículo 79 de la Ley de Impugnación Electoral, y en ciertos casos además, los supuestos fácticos de procedencia establecidos en el artículo 80 de la misma ley. La Corte observa que en la misma jurisprudencia aportada por el Estado, el Tribunal Electoral aclara que "de la interpretación del vocablo 'cuando', contenido en el apartado 1 del artículo 80 de la Ley de Impugnación Electoral, se aprecia que está empleado como adverbio de tiempo y con el significado de 'en el tiempo', 'en el punto', 'en la ocasión en que', pues en todos los incisos que siguen a esta expresión se hace referencia, a que el juicio queda en condiciones de ser promovido, al momento o tiempo en que hayan ocurrido los hechos que se aprecian en cada hipótesis" (...).

114. La Ley de Impugnación Electoral impuso en el presente caso, como condición de procedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales, que el señor Castañeda Gutman hubiera sido propuesto por un partido político para reclamar una violación al derecho político de ser votado en relación con el registro de su candidatura. A ello se agrega que no existió en el presente caso otro recurso para que la presunta víctima, quien no había sido propuesta por un partido político, pudiera cuestionar la alegada violación a su derecho político a ser elegido (...).

b) Efectividad del recurso

118. Sobre este punto la Corte está llamada a determinar si el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano constituía o no un recurso efectivo. Un recurso judicial efectivo es aquel capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido, es decir, debe ser un recurso capaz de conducir a un análisis por parte de un tribunal competente a efectos de establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y, en su caso, proporcionar una reparación. (...)

130. Para ser capaz de restituir a la presunta víctima en el goce de sus derechos en ese caso, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano debía posibilitar a la autoridad competente evaluar si la regulación legal establecida en el Código Federal en materia electoral, y que alegadamente restringía de forma no razonable los derechos políticos de la presunta víctima, era compatible o no con el derecho político establecido en la Constitución, lo que en otras palabras significaba revisar la constitucionalidad del artículo 175 del COFIPE. Ello no era posible, según se señaló anteriormente, por lo que el Tribunal Electoral, conforme a la Constitución y los criterios obligatorios de la Suprema Corte de Justicia, no tenía competencia para analizar la compatibilidad de disposiciones legales en materia electoral con la Constitución.

131. Dado que el recurso de amparo no resulta procedente en materia electoral, la naturaleza extraordinaria de la acción de inconstitucionalidad y la inaccesibilidad e inefectividad del juicio de protección para impugnar la falta de conformidad de una ley con la Constitución, en la época de los hechos del presente caso no había en México recurso efectivo alguno que posibilitara a las personas cuestionar la regulación legal del derecho político a ser elegido previsto en la Constitución Política y en la Convención Americana. En razón de ello, la Corte concluye que el Estado no ofreció a la presunta víctima un recurso idóneo para reclamar la alegada violación de su derecho político a ser elegido, y por lo tanto violó el artículo 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Castañeda Gutman.

132. La Corte ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que todo Estado Parte de la Convención "ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención". También ha afirmado que los Estados "deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental". La obligación contenida en el artículo 2 de la Convención reconoce una norma consuetudinaria que prescribe que, cuando un Estado ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas.

133. En el presente caso la inexistencia de un recurso efectivo constituyó una violación de la Convención por el Estado Parte, y un incumplimiento de su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos establecidos en la Convención, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado.

II. Artículo 23 (Derechos políticos) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana

2.1. Derechos políticos en una sociedad democrática

140. Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. (...)

141. Los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. Este Tribunal ha expresado que “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”.

142. En el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana (...). En dicho instrumento se señala que: “[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

143. La Corte considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención.

2.2. Contenido de los derechos políticos

144. El artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores; y iii) a acceder a las funciones públicas de su país.

145. El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

146. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de

quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

147. Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos.

148. Por su parte, la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.

149. El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Más allá de estas características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos (...). La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa.

150. Finalmente, el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.

2.3. Interpretación del término 'exclusivamente' del artículo 23.2 y la obligación de garantizar los derechos políticos

153. El artículo 23 de la Convención Americana debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica, de modo que no es posible dejar de lado el párrafo 1 de dicho artículo e interpretar el párrafo 2 de manera aislada, ni tampoco es posible ignorar el resto de los preceptos de la Convención o los principios básicos que la inspiran para interpretar dicha norma.

154. Como ya se ha señalado, el artículo 23 de la Convención Americana se refiere a los derechos de los ciudadanos y reconoce derechos que se ejercen por cada individuo en particular. (...).

155. Por su parte, el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana establece que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades a tales derechos, exclusivamente en razón de la "edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal". La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único – a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales – evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos. Asimismo, es evidente que estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado, ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones. Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos.

156. Además de lo anteriormente mencionado, el artículo 23 convencional impone al Estado ciertas obligaciones específicas. Desde el momento en que el artículo 23.1 establece que el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos puede ejercerse directamente o por medio de representantes libremente elegidos, se impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas, que se derivan de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción (artículo 1.1 de la Convención) y de la obligación general de adoptar medidas en el derecho interno (artículo 2 de la Convención).

157. Esta obligación positiva consiste en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos. En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado.

158. El Estado, en consecuencia, no sólo tiene la obligación general establecida en el artículo 1 de la Convención de garantizar el goce de los derechos, sino que tiene directrices específicas para el cumplimiento de su obligación. El sistema electoral que los Estados establezcan de acuerdo a la Convención Americana debe hacer posible la celebración de elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Hay aquí, por lo tanto, un mandato específico al Estado en relación con la modalidad que debe escoger para cumplir con su obligación general de "garantizar" el goce de los derechos establecida en el artículo 1 de la Convención, cumplimiento que, como lo dice en forma general el artículo 1.1, no debe ser discriminatorio.

159. En el ámbito de los derechos políticos la obligación de garantizar resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el artículo 23 de la Convención. Sin esa acción del Estado los derechos a votar y a ser votado, simplemente, no podrían ser ejercidos. Los derechos políticos y también otros previstos en la Convención como el derecho a la protección judicial, son derechos que "no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención (...), si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, éste sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible".

160. Son éstas las bases que la Corte estima deben guiar la resolución de esta causa, que se refiere a la manera cómo México diseñó este sistema. (...)

161. Como se desprende de lo anterior, la Corte estima que no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana. Sin embargo, las medidas que los Estados adoptan con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales no están excluidas de la competencia de la Corte Interamericana cuando se alega una violación de los derechos humanos previstos en la Convención. Consecuentemente, la Corte debe examinar si uno de esos aspectos vinculados a la organización y reglamentación del proceso electoral y de los derechos políticos, la exclusividad de nominación de candidatos a cargos federales por parte de los partidos políticos, implica una restricción indebida a los derechos humanos consagrados en la Convención.

163. En el ámbito universal, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuya redacción es similar en una importante medida a la disposición de la Convención Americana, establece parámetros amplios en lo que se refiere a la regulación de los derechos políticos. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, al interpretar dicha norma ha dicho que "el Pacto no impone ningún sistema electoral concreto" sino que todo sistema electoral vigente en un Estado "debe ser compatible con los derechos amparados por el artículo 25 y garantizar y dar efecto a la libre expresión de la voluntad de los electores". (...)

164. (...) En el presente caso, ni la norma que se alega contraria a la Convención ni otras del COFIPE establecen como requisito legal el estar afiliado o ser miembro de un partido político para que se registre una candidatura y permite que los partidos políticos soliciten el registro de candidaturas de personas no afiliadas a ellos o candidaturas externas. (...)

166. El sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos.

2.4. La restricción de los derechos políticos en el presente caso

174. (...) Como lo ha establecido anteriormente el Tribunal, la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Sin embargo, la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. Conforme a lo establecido en el artículo 29.a *in fine* de dicho tratado ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella.

175. La Corte ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención y procederá a analizar, a la luz de los mismos, el requisito legal bajo examen en el presente caso.

a) Legalidad de la medida restrictiva

176. El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material.

177. En el presente caso, la presunta víctima no alegó que la medida restrictiva no estuviera prevista en una ley, sino que su argumentación se dirigió a demostrar que la ley que regula esta materia y su aplicación en su caso concreto estableció una restricción indebida y, por ello, contraria a los derechos políticos consagrados en la Convención Americana.

179. La Corte observa que el requisito por el cual corresponde a los partidos políticos solicitar el registro de los candidatos a cargos electivos a nivel federal se encuentra previsto en el artículo 175 del COFIPE, una ley en sentido formal y material.

b) Finalidad de la medida restrictiva

180. El segundo límite de toda restricción se relaciona con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (...).

181. A diferencia de otros derechos que establecen específicamente en su articulado las finalidades legítimas que podrían justificar las restricciones a un derecho, el artículo 23 de la Convención no establece explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas por las cuales la ley puede regular los derechos políticos. En efecto, dicho artículo se limita a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con los titulares de

ellos pero no determina de manera explícita las finalidades, ni las restricciones específicas que necesariamente habrá que imponer al diseñar un sistema electoral, tales como requisitos de residencia, distritos electorales y otros. Sin embargo, las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del artículo 23.1 de la Convención, a las que se ha hecho referencia anteriormente. (...)

183. La Corte considera que el artículo 175 del COFIPE bajo examen tiene por finalidad organizar el proceso electoral y el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público en condiciones de igualdad y de manera eficaz. Dicha finalidad resulta esencial para el ejercicio de los derechos de votar y a ser votado en elecciones periódicas auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, de acuerdo con el artículo 23 de la Convención Americana.

184. No obstante, el hecho de que una medida persiga un fin permitido por la Convención no implica que la misma sea necesaria y proporcional, lo que se examinará a continuación.

c) Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva

185. En el sistema interamericano existe un tercer requisito que debe cumplirse para considerar la restricción de un derecho compatible con la Convención Americana. La Corte Interamericana ha sostenido que para que una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe ser necesaria para una sociedad democrática. Este requisito, que la Convención Americana establece de manera explícita en ciertos derechos (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención, incluidos los derechos políticos.

- La existencia de una necesidad social imperiosa - interés público imperativo

193. La Corte considera que el Estado ha fundamentado que el registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos responde a necesidades sociales imperiosas basadas en diversas razones históricas, políticas, sociales. La necesidad de crear y fortalecer el sistema de partidos como respuesta a una realidad histórica y política; la necesidad de organizar de manera eficaz el proceso electoral en una sociedad de 75 millones de electores, en las que todos tendrían el mismo derecho a ser elegidos; la necesidad de un sistema de financiamiento predominantemente público, para asegurar el desarrollo de elecciones auténticas y libres, en igualdad de condiciones; y la necesidad de fiscalizar eficientemente los fondos utilizados en las elecciones. Todas ellas responden a un interés público imperativo. Por el contrario, los representantes no han acercado elementos suficientes que, más allá de lo manifestado en cuanto al descrédito respecto de los partidos políticos y la necesidad de las candidaturas independientes, desvirtúe los fundamentos opuestos por el Estado.

- La exclusividad en la nominación y el medio idóneo menos restrictivo para regular el derecho a ser votado

197. Como ha sido señalado, la Convención Americana, al igual que otros tratados internacionales de derechos humanos, no establece la obligación de implementar un sistema electoral determinado. Tampoco establece un mandato específico sobre la modalidad que los Estados partes deben establecer para regular el ejercicio del derecho a ser elegido en elecciones populares (...).

198. La Corte observa que en el derecho electoral comparado la regulación del derecho a ser votado respecto de la inscripción de las candidaturas puede implementarse de dos maneras; mediante el sistema de registro de candidatos de forma exclusiva por parte de los partidos políticos, o bien el sistema de registro de candidaturas por parte de los partidos políticos junto con la posibilidad de inscribir candidaturas independientes. En la región puede observarse que existe cierto equilibrio entre los Estados que establecen el sistema de registro exclusivo a cargo de partidos y aquellos que, además, permiten candidaturas independientes.

200. Ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención. (...)

201. Las candidaturas independientes pueden regularse de manera que faciliten y amplíen el acceso al derecho a ser votado, pero también puede ocurrir que para inscribir candidaturas independientes se establezcan requisitos mayores que los establecidos para nominar a un candidato por un partido político. El sólo hecho de permitir candidaturas independientes no significa que se trate del medio menos restrictivo para regular el derecho a ser votado. Lo esencial es que cualquiera de los dos sistemas que sea elegido haga accesible y garantice el derecho y la oportunidad a ser votado previsto en la Convención en condiciones de igualdad.

- Proporcionalidad respecto del interés que se justifica y adecuación al logro del objetivo legítimo.

203. En cuanto a si la medida se ajusta al logro del objetivo legítimo perseguido, en atención a lo anteriormente mencionado, la Corte estima que en el presente caso la exclusividad de nominación por partidos políticos a cargos electivos de nivel federal es una medida idónea para producir el resultado legítimo perseguido de organizar de manera eficaz los procesos electorales con el fin de realizar elecciones periódicas, auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores de acuerdo a lo establecido por la Convención Americana.

204. Finalmente, la Corte considera que ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales. A la Corte no se le escapa que en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos, por lo que resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en definitiva, sobre el fortalecimiento y la profundización de la democracia. La sociedad civil y el Estado tienen la responsabilidad, fundamental e inexcusable de llevar a cabo esta reflexión y realizar propuestas para revertir esta situación. En este sentido los Estados deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia, y las candidaturas independientes pueden ser uno de esos mecanismos, entre muchos otros.

205. Con base en los anteriores argumentos, la Corte no considera probado en el presente caso que el sistema de registro de candidaturas a cargo de partidos políticos constituya una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido previsto en el artículo 23.1.b de la Convención Americana y, por lo tanto, no ha constatado una violación al artículo 23 de dicho tratado.

III. Artículo 24 (Igualdad ante la ley) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana

211. La Corte ha sostenido que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Asimismo, esta Corte ha distinguido entre distinciones y discriminaciones, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables, proporcionales y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos.

212. La Corte estima que las elecciones locales y las federales no son comparables, de modo que no es posible concluir que las diferencias de organización entre unas y otras, sean discriminatorias y violen el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 24 de la Convención Americana.

19. Reparaciones

La Corte dispone que,

- La Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas constituye *per se* una forma de reparación.
- El Estado debe, en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido.
- El Estado debe publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 77 a 133 de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sin las notas al pie de página, y la parte resolutive de la misma, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación del fallo.
- El Estado debe pagar al señor Jorge Castañeda Gutman el monto fijado en el párrafo 244 de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, por reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación del fallo.
- La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. El Estado deberá, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para la cumplir con la misma.

20. Puntos resolutivos

La Corte decide,

- Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado en los términos de los párrafos 15 a 67 de la presente Sentencia.

La Corte declara que,

- El Estado violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.
- El Estado no violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho político a ser elegido reconocido en el artículo 23.1.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.
- El Estado no violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

21. Voto(s) separado(s)

Nombre	No se consigna
Tipo de voto	No se consigna

SECCIÓN C: ACTUACIONES POSTERIORES A LA SENTENCIA

22	Sentencia de interpretación	No se consigna
23	Supervisión de cumplimiento de sentencia	<p>- Fecha de última resolución: 1 de julio de 2009</p> <p>- La Corte declara,</p> <p>(i) Que de conformidad con lo dispuesto en los Considerados 11 y 15 de la presente Resolución, el Estado ha dado cumplimiento en forma total a los puntos resolutive de la Sentencia que establecen que el Estado debe:</p> <p>a) publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 77 a 133 de la presente Sentencia, sin las notas al pie de página, y la parte resolutive de la misma, en el plazo de seis meses contado a partir de su notificación (punto resolutive séptimo de la Sentencia).</p> <p>b) pagar al señor Jorge Castañeda Gutman el monto fijado en el párrafo 244 de la Sentencia, por reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de seis meses contado a partir de su notificación (punto resolutive octavo de la Sentencia).</p> <p>-</p> <p>(ii) Que de conformidad con lo dispuesto en el Considerando 19 de la presente Resolución, el Tribunal mantendrá abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento del punto resolutive sexto de la Sentencia, el cual establece que el Estado debe, en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido, en los términos de los párrafos 227 a 231 de la Sentencia (punto resolutive sexto de la Sentencia).</p> <p>- La Corte resuelve</p> <p>(i) Declarar cumplidas las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 6 de agosto de 2008, establecidas en sus puntos resolutive séptimo y octavo, de conformidad con los Considerandos 11 y 15 y el punto declarativo primero de la presente Resolución.</p> <p>(ii) Solicitar al Estado de México, de conformidad con lo ordenado en el punto resolutive noveno de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 6 de agosto de 2008, que presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 4 de septiembre de 2009, un informe en el cual indique las medidas adoptadas para cumplir la reparación ordenada por este Tribunal en el punto resolutive sexto de dicho fallo, que se encuentra pendiente de cumplimiento.</p> <p>(iii) Solicitar a los representantes de la víctima y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presenten las observaciones</p>

		<p>que estimen pertinentes al informe del Estado mencionado en el punto resolutive anterior, en el plazo de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe estatal.</p> <p>(iv) Continuar supervisando el punto resolutive sexto de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 6 de agosto de 2008, que se encuentra pendiente de cumplimiento.</p> <p>(v) Solicitar a la Secretaría que notifique la presente Resolución al Estado de México, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de la víctima.</p>
--	--	---



EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. ESTUDIO DE LOS ESTÁNDARES FIJADOS POR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

III. DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO Y GARANTÍA DE DERECHOS SOCIALES

95. Un segundo aspecto a considerar en materia de acceso a la justicia y tutela efectiva de derechos económicos, sociales y culturales es el debido proceso en la esfera administrativa, en la que se dirimen la mayoría de las adjudicaciones de prestaciones sociales. Ni el área de las políticas sociales, ni las prestaciones estatales en materia social, han estado guiadas en su organización y funcionamiento por una lógica de derechos. Por el contrario, las prestaciones se han organizado y brindado mayormente bajo la lógica inversa de beneficios asistenciales, por lo que este campo de actuación de las administraciones públicas ha quedado tradicionalmente reservado a la discrecionalidad política, más allá de que haya algunos controles institucionales.

96. Las funciones sociales del Estado se han ampliado a áreas tales como salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social, consumo o promoción de la participación de grupos sociales desaventajados. Sin embargo, ello no se ha traducido necesariamente, desde el punto de vista técnico, en la configuración concreta de derechos. En muchos casos, el Estado asumió esas funciones a partir de intervenciones discrecionales o de formas de organización de su actividad, como la provisión de servicios públicos, o la elaboración de programas o planes sociales focalizados. El efecto social y económico de tales funciones no se asigna particularmente a sujetos titulares de derechos, sean éstos individuales o colectivos. Sin embargo, no hay imposibilidad teórica o práctica alguna de configurar derechos exigibles también en estos campos, de modo de sumar a los mecanismos de control institucional, administrativos o políticos, el control que puedan ejercer sobre los prestadores o funcionarios, las personas que ejercen derechos vinculados a esas prestaciones sociales. No hay motivos que impidan reconocer la posibilidad de demandar en el plano de las políticas sociales derechos civiles, tales como el derecho de igualdad y no discriminación, el derecho de acceso a la información, ni derechos sociales que fijen marcos y mínimos a esas políticas. Es indudable que una perspectiva de derechos en la formulación de los planes debe conducir a contemplar, en su ingeniería institucional, los estándares básicos del debido proceso legal.

97. En este orden de ideas, el SIDH ha fijado posición sobre la aplicación de las garantías del debido proceso legal en ámbitos administrativos. Así, ha establecido la obligación de los Estados de contar con reglas claras para el comportamiento de sus agentes, a fin de evitar márgenes inadecuados de discrecionalidad en la esfera administrativa, que puedan fomentar prácticas arbitrarias o discriminatorias. Al mismo tiempo, el SIDH ha avanzado en la identificación de ciertos estándares del debido proceso legal que deben regir los procedimientos administrativos, tales como el plazo razonable, el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas, a contar con un abogado, a una decisión fundada, a la publicidad del actuar de la administración, entre otros.

A. El debido proceso en la esfera administrativa

98. En el marco del sistema interamericano, es clara la vigencia de las reglas del debido proceso legal en los procedimientos administrativos vinculados a derechos sociales. En efecto, la norma rectora de la garantía destaca expresamente su aplicabilidad a cualquier proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole^[42].

99. La Corte IDH ha tenido oportunidad de remarcar la plena aplicabilidad de la garantía en sede administrativa. Se ha expresado en tal sentido en el análisis de casos y situaciones que involucran derechos de los trabajadores, de los migrantes, de los pueblos indígenas. A la vez, recientemente se ha abocado al desarrollo de estándares en materia de la vinculación entre el debido proceso administrativo y el derecho de acceder a la información pública, en un caso vinculado al resguardo del medio ambiente.

100. En el Caso Baena Ricardo y otros^[43], los peticionarios eran 270 empleados públicos que habían sido destituidos de sus cargos, acusándoseles de complicidad con una asonada militar, por haber participado en una manifestación por reclamos laborales^[44], que coincidió con un intento de levantamiento de fuerzas militares. En un principio, los despidos tuvieron lugar mediante comunicación escrita, expedida en la mayoría de los casos por el Director General o Ejecutivo de la entidad, por orden del Presidente de la República, basada en la participación en las medidas de fuerza supuestamente ilegales. Luego, con la sanción de una norma especial al efecto --la llamada "Ley 25", que fue aplicada retroactivamente^[45]-- los directores de las instituciones autónomas y semi-autónomas, empresas estatales, municipales y demás dependencias públicas del Estado, fueron autorizados para que, previa identificación, declararan insubsistentes los nombramientos de los servidores públicos que participaron "en la organización, llamado o ejecución de acciones que atentaran contra la democracia y el orden constitucional". Así, con fundamento en la participación en las referidas medidas de fuerza, se declaró la insubsistencia de los nombramientos de los trabajadores restantes. Las destituciones se realizaron en palmaria vulneración de las normas que regulaban los procedimientos que debían observarse con miras al despido de un trabajador de estas entidades^[46].

101. De acuerdo con la "Ley 25", contra el despido sólo cabía el recurso de reconsideración ante la misma autoridad que dictó el acto y el recurso de apelación ante la autoridad superior, agotándose con ello la vía administrativa. Posteriormente, el trabajador podía recurrir, en la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

102. Los trabajadores plantearon distintos recursos ante diversas instancias^[47], incluso demandas contencioso-administrativas ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la cual declaró que los despidos eran legales con base en la "Ley 25".

103. La vulneración de los derechos de los trabajadores llevó a la Corte IDH a esbozar estándares relativos a la vigencia del debido proceso legal en la esfera administrativa, en la que tuvieron lugar los despidos. En su sentencia de 2 de febrero de 2001, la Corte IDH destacó en relación con los alcances del artículo 8 de la CADH:

Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. *Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (...)* La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y

obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". *Esto revela el amplio alcance del debido proceso*; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes...^[48]. (el destacado es propio)

104. La Corte destacó respecto al debido proceso administrativo:

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas...^[49].

105. Concluyendo, entonces, en relación con los hechos del caso y los derechos en juego:

...Los directores generales y las juntas directivas de las empresas estatales no son jueces o tribunales en un sentido estricto; sin embargo, en el presente caso las decisiones adoptadas por ellos afectaron derechos de los trabajadores, por lo que resultaba indispensable que dichas autoridades cumplieran con lo estipulado en el artículo 8 de la Convención (...) No escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana (...) la Corte concluye que el Estado violó los artículos 8.1, 8.2 de la Convención Americana, en perjuicio de los 270 trabajadores...^[50].

106. De esta manera, un caso en el que se debaten derechos sociales por excelencia, como son los derechos de los trabajadores, resultó así, un claro ejemplo de la aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en sede administrativa.

107. Unos días después, la Corte IDH dictó su sentencia en el Caso Ivcher Bronstein^[51]. El señor Bronstein, ciudadano peruano por naturalización, era accionista mayoritario, director y presidente del directorio de un canal de la televisión peruana. En dicho canal se realizaron denuncias de violaciones de derechos humanos por parte de miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército, así como de presuntos actos de corrupción de integrantes del Servicio de inteligencia del Estado.

108. El 23 de mayo de 1997 el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas de Perú emitió un comunicado por el que denunciaba al señor Bronstein por llevar adelante una campaña difamatoria tendiente a desprestigiar a las Fuerzas Armadas^[52]. Ese mismo día, el Poder Ejecutivo del Perú expidió un decreto que reglamentó la Ley de Nacionalidad y estableció la posibilidad de cancelar la nacionalidad a los peruanos naturalizados^[53]. El 10 de julio de 1997 la Dirección General de Migraciones y Naturalización expidió un informe según el cual no se había encontrado en los archivos de esa Dirección el expediente que dio origen al título de nacionalidad del señor Ivcher, y no había sido demostrado que éste hubiera renunciado a su nacionalidad israelí^[54]. El 11 de julio de 1997 se emitió una "Resolución Directoral" firmada por el Director General de Migraciones y Naturalización, que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad peruana expedido a favor del señor Ivcher Bronstein. La Dirección General de Migraciones y Naturalización no se comunicó con el señor Bronstein, antes de la emisión de la "resolución directoral" que dejó sin efecto legal su título de nacionalidad, con el fin de que presentase sus puntos de vista o las pruebas con que contara. Ante esta situación, el señor Bronstein presentó sendos recursos ante diversas y sucesivas instancias administrativas y judiciales^[55]; todos con resultado infructuoso.

109. Tras analizar el caso, la Corte IDH concluyó que el Estado peruano privó arbitrariamente al señor Bronstein de su título de nacionalidad por naturalización^[56] y con ello vulneró su derecho a la nacionalidad, así como a la garantía del debido proceso legal. En este sentido, la Corte entendió que el proceso administrativo por el que el Estado privó de su título de nacionalidad al señor Bronstein vulneró los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 8.2 de la CADH^[57].

110. Si bien se retomará este caso más adelante, es oportuno citar aquí las palabras de la Corte IDH en relación con la aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en sede administrativa:

Pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos...^[58] (el destacado es propio)

111. Más recientemente, la Corte ha tenido oportunidad de volver a expresarse en este sentido. El Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa^[59] requirió que la Corte IDH destacara, una vez más^[60], la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva para la reivindicación de tierras ancestrales indígenas. En dicho caso se alegó que el Estado paraguayo no había garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Sawhoyamaxa y sus miembros, ya que desde 1991 se encontraba en trámite su solicitud de reivindicación territorial, sin que se hubiera resuelto satisfactoriamente. Esto significó la imposibilidad de la comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de sus tierras e implicó mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua su supervivencia e integridad. La Corte debió aquí analizar el desarrollo de una serie de procedimientos en sede administrativa tendientes al reconocimiento de derechos de la comunidad. La Corte IDH, declaró la vulneración del artículo 8 de la CADH en el caso^[61] y remarcó:

*En el presente caso la Corte ha sido llamada a pronunciarse sobre las alegadas violaciones a los derechos consagrados en los citados artículos en cuatro procedimientos sustanciados en sede interna, a saber: i) procedimiento de reconocimiento de líderes; ii) procedimiento de obtención de personalidad jurídica; iii) medidas de no innovar, y iv) procedimiento de reivindicación de tierras (...). En consecuencia, en el presente capítulo la Corte analizará si dichos procedimientos se desarrollaron con respeto a las garantías judiciales y dentro de un plazo razonable, así como si constituyeron un recurso efectivo para asegurar los derechos de los recurrentes. Para ello, la Corte recuerda que *el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas...*^[62] (el destacado es propio)*

112. En otra sentencia reciente, la Corte reafirmó la postura reseñada. Se trata del Caso Claude Reyes y otros vs. Chile^[63] en que la Corte debió decidir sobre los alcances del derecho de acceder a la información pública.

113. Claude Reyes, en su carácter de Director Ejecutivo de una organización no gubernamental especializada en el análisis de inversiones relacionadas con el uso de los recursos naturales, sometió una solicitud de información al Comité de inversiones extranjeras de Chile^[64]. El objeto era obtener información sobre un proyecto de explotación forestal con potencial impacto sobre el medio ambiente. El referido Comité se negó a entregarle parte de la información solicitada sin siquiera fundamentar dicha denegatoria por escrito. En sede judicial, las víctimas interpusieron sendos recursos a fin de que se le ordenara al Comité que respondiera al pedido de información y pusiera ésta a su disposición en un plazo razonable. En todas las instancias, el resultado de los recursos fue negativo.

114. Aún cuando se volverá en detalle sobre esta reciente sentencia de la Corte al momento de analizar los componentes del debido proceso legal en sede administrativa, identificados por el SIDH, cabe mencionar aquí que el tribunal puntualizó:

El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos...^[65].(el destacado es propio)

115. Los estándares fijados y reafirmados una y otra vez en los distintos casos reseñados hasta aquí, dan cuenta del amplio margen de aplicabilidad que la Corte IDH ha considerado que corresponde asignar a la garantía del debido proceso legal, lo que destaca su plena vigencia frente al actuar de la Administración.

116. En este orden de ideas, es importante destacar que la CIDH también se ha ocupado de señalar en forma permanente la necesidad de garantizar el debido proceso legal en todo procedimiento en el que se diriman derechos y obligaciones, con expresa mención al procedimiento administrativo. De hecho, la CIDH se pronunció sobre el tema con anterioridad a que la Corte tuviera su primera oportunidad con el Caso Baena Ricardo y otros.

117. En abril de 1999, en su informe de fondo en el Caso Loren Riebe y otros^[66], la CIDH analizó los alcances del derecho al debido proceso legal y destacó la necesidad de su respeto y garantía en sede administrativa.

118. Los sacerdotes Loren Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz eran representantes de la diócesis católica de San Cristóbal de las Casas en el estado de Chiapas, México. El 22 de junio de 1995 los tres religiosos fueron conducidos por la fuerza^[67] al aeropuerto de Tuxtla Gutiérrez y fueron luego trasladados en un avión del Gobierno hasta el aeropuerto de la Ciudad de México, donde fueron sometidos a un interrogatorio político por parte de autoridades mexicanas de inmigración. Las autoridades mexicanas comunicaron a los sacerdotes que no tenían derecho a ser asistidos por un abogado, ni a conocer los cargos en su contra, las respectivas pruebas, los nombres de quienes los acusaban o a ser defendidos en manera alguna. Finalmente, se les anunció que serían expulsados por "realizar actividades no permitidas por su status migratorio"^[68]. A continuación, los sacerdotes fueron escoltados por agentes de migraciones e instalados en un vuelo con destino a los Estados Unidos. Recién a su arribo a ese país, recibieron un comunicado de la Secretaría de Gobernación de México, en el cual les hacían saber las causas de la deportación y las imputaciones hechas por las autoridades migratorias de México.

119. En su decisión sobre este caso, la CIDH reconoció la necesidad de fijar estándares en materia de procedimientos administrativos. Al efecto, decidió recurrir a los desarrollos que en la materia, ya habían sido proporcionados por la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos^[69], por tribunales constitucionales y por la doctrina especializada. Así, la CIDH resaltó:

Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha establecido en términos generales que los derechos al debido proceso y a la defensa en juicio son aplicables a los procedimientos e investigaciones administrativas (...) Respecto a la amplitud de las garantías del debido proceso que deben observarse en el procedimiento administrativo, la Comisión ha notado coincidencia en la jurisprudencia de varios países. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido en tal sentido que "toda actuación administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestren su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen (...) No menos

interesante es la perspectiva del jurista Agustín Gordillo sobre el particular: El principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar, no solamente es un principio de Justicia, es también un principio de eficacia, porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto lo ayuda a una mejor administración, además de una más justa decisión... [70].

120. De esta manera, tras someter el caso al tamiz de antecedentes como los recién reseñados, la CIDH concluyó que:

El Estado debía determinar derechos fundamentales de los sacerdotes procesados, y que las consecuencias de una decisión adversa --como la que resultó en definitiva-- ameritaban *una interpretación razonable y lo más amplia posible del derecho al debido proceso*. Por ello, y teniendo en cuenta las normas de interpretación de la Convención Americana, la CIDH considera que tal derecho debió incluir la opción de ser asistidos por un abogado si así lo hubieran deseado los procesados, o por un representante de su confianza durante el procedimiento administrativo ejecutado en horas de la noche del 22 de junio de 1995 y de la madrugada del día siguiente en el aeropuerto de la Ciudad de México (...) La Comisión establece que el Estado mexicano negó a los sacerdotes Loren Riebe Star, Jorge Barón Guttlein, y Rodolfo Izal Elorz la garantía de una audiencia para la determinación de sus derechos. *Dicha garantía debió incluir el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formularan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas. Por lo tanto, la CIDH concluye que el Estado violó el derecho a las garantías del debido proceso en perjuicio de las personas mencionadas, en contravención del artículo 8 de la Convención Americana...* [71]. (el destacado es propio)

121. En sus alegatos ante la Corte IDH en el citado Caso Baena Ricardo y otros, la CIDH volvió a fijar posición en la materia:

En cuanto al artículo 8 de la Convención, la Comisión alegó que: a) *el debido proceso* no puede entenderse circunscrito a las actuaciones judiciales; *debe ser garantizado en todo trámite o actuación del Estado que pueda afectar los derechos e intereses de los particulares* (...) la administración debe actuar conforme a la legalidad y a los principios generales de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, permitiendo a los destinatarios de los actos administrativos ejercer su derecho de defensa... [72]. (el destacado es propio)

122. Por su parte, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias también se ocupó de establecer estándares sobre los alcances del debido proceso legal.

Así, en abril de 2001, en su Segundo Informe de Progreso, se pronunció sobre la vinculación entre los derechos de los trabajadores migrantes y el debido proceso legal en sede administrativa en los siguientes términos:

En todo trámite o procedimiento de índole no penal a que pueda verse sometido un trabajador migratorio, debe regir también un cierto *quantum* de debido proceso (...) en todos los casos en los que está en juego el goce efectivo de un derecho o un interés legítimo, las decisiones de la autoridad pública deben adoptarse sólo después de que el interesado sea debidamente escuchado por las autoridades (...) Este principio de debido proceso, con este grado de flexibilidad, se aplica no sólo a las decisiones jurisdiccionales sino también a las que adoptan las autoridades administrativas en la esfera de su competencia... [73].

123. Los estándares hasta aquí reseñados permiten dar cuenta de la postura que el SIDH ha adoptado en materia de la aplicabilidad del debido proceso legal a la esfera administrativa. Como se ha evidenciado, tanto la CIDH como la Corte IDH se han pronunciado a favor de la plena vigencia de la garantía en dicho ámbito. Es de destacar que los casos e

informes citados en este primer punto constituyen apenas un pequeño muestrario del escenario que se irá construyendo al precisar los diversos alcances que el SIDH le ha conferido al debido proceso administrativo.

B. Límites a la discrecionalidad Estatal

124. Los derechos sociales son, sin duda, los derechos más expuestos a la arbitrariedad de los órganos administrativos, pues suele ser mayor el margen de discrecionalidad del Estado para la fijación de muchas de las prestaciones que constituyen su objeto. Ante esta situación, a través de diversas decisiones, el SIDH se ha pronunciado a favor de la necesidad de limitar y condicionar la llamada discrecionalidad estatal.

125. En el referido caso Baena Ricardo y otros la Corte IDH fue enfática:

...En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados...^[74]. (el destacado es propio)

126. En este mismo sentido se expresó la Corte en un caso de relevancia para el SIDH en materia del derecho a la seguridad social, el Caso Cinco Pensionistas^[75]. En dicho caso estaba en juego la reducción del monto de los haberes jubilatorios de cinco pensionistas, que habían trabajado en la Administración pública de Perú, y la falta de acatamiento de las decisiones judiciales que ordenaron su pago conforme a su régimen originario de cálculo.

127. Las víctimas habían prestado servicios en la Administración pública por más de 20 años. Concretamente, se desempeñaron como funcionarios de la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú (conocida como "SBS"). Conforme a la normativa vigente al tiempo de su jubilación, el Estado les reconoció el derecho a una pensión de cesantía nivelable, progresivamente, de conformidad con la remuneración de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, que ocuparan el mismo puesto o función análoga al que desempeñaban los pensionistas al momento en que cesaron de trabajar^[76]. Ahora bien, una vez que estos pensionistas ya gozaban de su jubilación conforme a este régimen de cálculo, la SBS redujo los montos de sus pensiones a la quinta o sexta parte de su valor nominal, según de quien se tratara y luego, desconoció las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional del Perú "que ordenaron a órganos del Estado peruano pagar a los pensionistas una pensión por un monto calculado de la manera establecida en la legislación vigente para el momento en que éstos comenzaron a disfrutar de un determinado régimen pensionario"^[77].

128. En este marco, la Corte se refirió nuevamente a los límites que cabe atribuirle al actuar de la Administración y a su relación con el debido proceso legal. En su sentencia de 28 de febrero de 2003, destacó el Tribunal:

En vez de actuar arbitrariamente, si el Estado quería dar otra interpretación al Decreto-Ley N° 20530 y sus normas conexas, aplicables a los cinco pensionistas, debió: a) realizar un procedimiento administrativo con pleno respeto a las garantías adecuadas, y b) respetar, en todo caso, por sobre las decisiones de la administración, las determinaciones que adoptaron los tribunales de justicia...^[78].

129. A su vez, el Caso Yean y Bosico^[79] resultó un claro exponente de la necesidad de establecer límites y reglas por las que la Administración debe regirse. Tanto la CIDH en su demanda, como la Corte en su sentencia, determinaron que la restricción de los márgenes de discrecionalidad de las autoridades estatales se impuso en el caso en virtud de las prácticas discriminatorias a las que la Administración dominicana sometía a los hijos de haitianos nacidos en aquel país, al momento de intentar la inscripción tardía de su nacimiento.

130. En particular, el Estado dominicano, a través de las autoridades del Registro Civil, negó a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico la emisión de sus partidas de nacimiento, a pesar de que ellas habían nacido en el territorio de este Estado y de que la Constitución de la República Dominicana establece el principio del *ius soli* para determinar quiénes son ciudadanos dominicanos. Al habérselas mantenido como apátridas durante varios años, las niñas debieron enfrentar una situación de continua ilegalidad y vulnerabilidad social y vieron vulnerado su derecho a la nacionalidad. A la vez, en el caso de la niña Violeta Bosico, esta situación redundó en la afectación de un derecho social esencial, del derecho a la educación. Lo anterior debido a que se vio imposibilitada de asistir a la escuela por un año, debido a la falta de documentos de identidad^[80].

131. La ausencia de un mecanismo o procedimiento para apelar una decisión del Registro Civil ante la justicia, así como las acciones discriminatorias de los oficiales del Registro Civil que no permitieron a las niñas obtener sus actas de nacimiento, llevaron a la CIDH y a la Corte IDH a remarcar que el proceso administrativo debe necesariamente desenvolverse sobre la base de normas claras y objetivas tendientes a ceñir toda esfera de discrecionalidad y evitar, así, la vulneración de la prohibición de discriminación. En este sentido, el Tribunal expresó:

La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos (...) La Corte considera que al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, *el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico*. Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, *lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos (...)* De acuerdo con la obligación derivada del artículo 2 de la Convención Americana, la Corte considera que *los requisitos para obtener la nacionalidad deben ser establecidos con anterioridad, de forma objetiva y clara por la autoridad competente*. En el mismo sentido, *la ley no debe otorgar una discrecionalidad amplia al funcionario del Estado que los aplica, porque de ser así se crearía un espacio para la aparición de actos discriminatorios...*^[81] (el destacado es propio)

132. De esta manera, el SIDH reconoció en este caso una importante relación entre los alcances del debido proceso legal administrativo y el resguardo de una norma fundamental del sistema: la prohibición de discriminación. En este sentido, en el capítulo correspondiente a las reparaciones, la sentencia de la Corte IDH destaca:

Este Tribunal considera que el Estado, al fijar los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento, *deberá tomar en cuenta la situación especialmente vulnerable de los niños dominicanos de ascendencia haitiana*. Los requisitos exigidos no deben constituir un obstáculo para obtener la nacionalidad dominicana y deben ser solamente los indispensables para establecer que el nacimiento ocurrió en la República Dominicana (...) *Asimismo, los requisitos deben estar claramente determinados, ser uniformes y no dejar su aplicación sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios del Estado, garantizándose así la seguridad jurídica de las personas que recurran a este procedimiento, y para una efectiva garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención (...)* La Corte también considera necesario que el Estado implemente, en un plazo razonable, *un programa para la formación y capacitación en derechos humanos, con especial énfasis al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, de los funcionarios estatales encargados de la inscripción de nacimiento, en el cual se les instruya sobre la*

especial situación de los menores de edad y se impulse la cultura de tolerancia y no discriminación... [82]. (el destacado es propio)

133. Así como en su sentencia en el Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, la Corte IDH también tuvo oportunidad de expresarse sobre la necesidad de fijar límites en el actuar de la Administración en materia de sectores especialmente vulnerables, en la OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* [83] y en la OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* [84]. En la primera de estas opiniones consultivas, la Corte IDH expresó:

*...Finalmente, conviene señalar que hay niños expuestos a graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos, resolver los problemas que les aquejan o encauzar adecuadamente su propia vida, sea porque carecen absolutamente de un medio familiar favorable, que apoye su desarrollo, sea porque presentan insuficiencias educativas, alteraciones de la salud o desviaciones de comportamiento que requieren la intervención oportuna (...) y esmerada de instituciones debidamente dotadas y personal competente para resolver estos problemas o mitigar sus consecuencias (...) Obviamente, estos niños *no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al "dominio" de la autoridad, de manera tal que ésta asuma, fuera de procedimiento legal y sin garantías que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquél. En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad...* [85]. (el destacado es propio)*

134. Por su parte, en la OC-18/03 el tribunal indicó:

...Los Estados (...) no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos (...) Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana... [86].

135. Por último, vale la pena destacar en este punto un reciente caso en el que la CIDH se refirió, en particular, a los límites de la llamada discrecionalidad estatal.

136. En el Caso Eduardo Perales Martínez [87], el peticionario presentó una denuncia a la CIDH contra la República de Chile por la presunta violación de los derechos a las garantías judiciales (artículo 8), libertad de pensamiento y expresión (artículo 13) y recurso judicial (artículo 25), juntamente con la violación de la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1), previstos en la CADH. Dichas violaciones habrían sido ocasionadas a raíz de la desvinculación del peticionario del cuerpo de Carabineros de Chile en 1998, según éste, por haber contado un chiste crítico de dicha Institución [88]. El señor Perales Martínez denunció ante la CIDH que el Director de Carabineros, sin permitirle un proceso regular que lo declarara culpable, solicitó al Presidente de la República que dispusiera su destitución. Mediante el Decreto Supremo No. 304 de 3 de junio de 1998 expedido por el Ministerio de Defensa, se ordenó el retiro inmediato del funcionario, poniendo término a su carrera profesional de 13 años en la institución [89]. En relación con el tema aquí desarrollado, la CIDH remarcó en su informe de admisibilidad sobre el caso:

...Argumenta el peticionario que el Capitán Perales no tuvo las garantías propias del debido proceso. *Se alega que el Capitán no tuvo acceso a procedimiento alguno, a ser oído, a un juez natural, ni a una decisión imparcial.* Además se alega que la sanción le fue aplicada por un subordinado del General Director de Carabineros de Chile, quien ejerció una facultad que la ley no le confiere. *El peticionario también alega la violación al derecho al debido proceso administrativo (...)* La Comisión encuentra que los hechos del caso presentan importantes cuestiones sobre los límites de las decisiones discrecionales en un Estado de Derecho y su relación con la Convención Americana. En particular, la Comisión analizará en la etapa de fondo respectiva, *si los parámetros establecidos por la Convención admiten que una decisión puramente discrecional, tomada por el Presidente de la República, a proposición del general Director de Carabineros, a dar de baja un oficial de Policía, puede validamente destituirlo cuándo afecta derechos individuales reconocidos bajo la Convención Americana y la Constitución chilena. ¿Tiene derecho un oficial de policía a un debido proceso en un procedimiento administrativo de carácter disciplinario -establecido por ley-, y el derecho a defenderse en contra de los cargos presentados? Y en caso de una respuesta afirmativa, ¿cuáles son las garantías requeridas para un debido proceso? Además, qué propósito tiene brindar garantías de debido proceso al acusado, si la última decisión sobre su remoción puede ser tomada por el Presidente, y ser puramente discrecional?* Si bien, la Comisión admite que los Estados tienen la competencia de ejercer determinadas facultades discrecionales en el ejercicio de algunas de sus decisiones políticas de gobierno –por ejemplo, la designación y remoción de altos funcionarios de política como los Ministros de Despacho-, *lo que determinará la Comisión en el presente caso es si, de acuerdo con la Convención Americana, pueden invocarse dichas facultades discrecionales para afectar situaciones que involucran el ejercicio de derechos individuales (...)* En este sentido, *la Comisión encuentra que la cuestión que se debate podría caracterizar violaciones a los artículos 8, 13 y 25 de la Convención Americana...* [90]. (El destacado es propio)

137. Las sentencias, opiniones consultivas e informes aquí reseñados, evidencian la evolución del SIDH en materia de fijación de estándares relativos al establecimiento de normas y pautas para la actuación de las autoridades estatales y la consagración de un debido proceso legal en la esfera administrativa.

C. Elementos que componen el debido proceso en sede administrativa

138. Una vez clarificada la posición del SIDH en relación con la aplicabilidad del debido proceso legal en sede administrativa, es dable precisar el contenido que la CIDH y la Corte IDH han considerado que corresponde otorgarle a la garantía. Es decir, corresponde ahora especificar los distintos elementos que dichos órganos han ido identificando como sus componentes esenciales.

1. La garantía de una audiencia de determinación de derechos. El derecho a la representación legal

139. En su informe de fondo en el ya citado Caso Loren Riebe y otros [91], la CIDH consideró que el Estado negó a las víctimas la garantía de una audiencia para la determinación de sus derechos.

140. De acuerdo con la Comisión Interamericana, dicha garantía debió incluir: a) el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; b) el derecho a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formularan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y c) el derecho a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas.

141. Al entender que dichos derechos no fueron garantizados en el caso, la CIDH concluyó que el Estado mexicano violó el derecho a la garantía del debido proceso legal de los sacerdotes, en contravención del artículo 8 de la CADH ^[92].

142. En cuanto hace específicamente a la vulneración al derecho a ser asistido jurídicamente durante el procedimiento administrativo, la CIDH remarcó en su informe:

La Comisión ha establecido ya que el Estado mexicano debió haber garantizado a los peticionarios el derecho de representación durante el procedimiento administrativo. Dicha conclusión se sustenta no solo en la garantía de audiencia en el contexto del presente caso, sino también desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva (...) La ausencia de un abogado de confianza de los sacerdotes resulta relevante al analizar la protección judicial, pues tal profesional podía haber asesorado a sus representados respecto al derecho que les asistía de interponer una acción de amparo inmediatamente, a fin de evitar la consumación de las violaciones aquí expuestas (...) Respecto a la presencia del abogado en la audiencia (...) el motivo es la asesoría que el mismo habría podido brindar a sus clientes, ante la inminencia de una decisión que iba a afectar sus derechos fundamentales. Por ejemplo, un abogado de confianza podría haber explicado a los sacerdotes acerca de la "sencillez y rapidez" de las reglas sobre el amparo que describió el Estado en su respuesta al Informe N° 41/98, lo cual les hubiera permitido interponerlo antes de que terminara de consumarse el cuadro violatorio descrito en este informe... ^[93]. (el destacado es propio)

143. De esta manera, la CIDH concluyó que en el caso también se había configurado la vulneración del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la CADH ^[94].

144. La decisión de la CIDH en el caso demuestra la entidad de los derechos específicamente violados y su carácter de elementos integrantes del debido proceso legal en sede administrativa.

2. La notificación previa sobre la existencia del proceso

145. Al presentar sus alegatos de fondo en el referido Caso Ivcher Bronstein ^[95], la CIDH continuó identificando los elementos componentes de la garantía en sede administrativa. Esto pues, determinó que la privación del título de nacionalidad del señor Bronstein había tenido lugar en forma arbitraria y que en el caso se había configurado la violación al artículo 8 de la CADH con los siguientes argumentos:

En cuanto al artículo 8 de la Convención, la Comisión alegó que (...)...c) la privación del título de nacionalidad del señor Ivcher se efectuó en forma arbitraria. Para la emisión de la resolución que dejó sin efecto dicho título no se citó en ninguna oportunidad al señor Ivcher, éste no recibió comunicación previa y detallada del asunto sujeto al conocimiento de la autoridad, con información de los cargos correspondientes, no se le hizo conocer que el expediente de nacionalización se había perdido, ni se le requirió que presentara copias con el fin de reconstruirlo; tampoco se le permitió presentar testigos que acreditaran su posición; en suma, no se le permitió ejercer su derecho de defensa... ^[96]. (el destacado es propio)

146. De esta manera, la CIDH destacó la importancia que posee la notificación previa sobre la existencia misma del proceso para el resguardo del debido proceso legal, y lo identificó como un componente esencial de la garantía.

147. Igualmente, cabe referirse al Caso Elías Gattass Sahih ^[97], en que se alega la violación del derecho a las garantías judiciales del debido proceso en el trámite administrativo en el marco del cual se le revocó la visa de inmigrante al peticionario. En dicho caso, la Comisión declaró la admisibilidad al entender que "la petición se refiere a una serie de aspectos relacionados con los derechos a las garantías judiciales del debido proceso de los ciudadanos

extranjeros en los procesos de revocación de su estatus migratorio”^[98]. Así, entendió que los hechos alegados en el caso podrían constituir una violación al artículo 8 de la CADH^[99]. En cuanto aquí resulta relevante, debe destacarse que entre los elementos que la CIDH tuvo en cuenta para llegar a tal conclusión estuvo, precisamente, el hecho de que el señor Gattass Sahih no fue notificado de la existencia del trámite administrativo en su contra^[100].

3. El derecho a contar con una decisión fundada

148. Otro elemento al que el SIDH ha conferido un papel relevante al analizar los alcances del debido proceso administrativo, es el derecho a contar con una decisión fundada.

149. En el citado caso Claude Reyes y otros^[101], la Corte IDH fue enfática en cuanto a la necesidad de que la Administración desarrolle los fundamentos de sus decisiones y los ponga a disposición de los administrados. En el caso, la autoridad estatal se negó a resolver en forma satisfactoria una solicitud de información sin siquiera plasmar dicha denegatoria en una decisión escrita y debidamente fundada. Esta situación determinó que la Corte entendiera que tal actuar de la Administración resultó arbitrario y determinó la violación de la CADH. Concretamente, el tribunal estableció:

En el presente caso la autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada protegida en el artículo 8.1 de la Convención. (...) Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la autoridad administrativa violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado...^[102]

150. Por su parte, la CIDH también entendió en casos que involucran el deber de las autoridades estatales de fundar y difundir sus decisiones.

151. En este sentido, lo hizo recientemente en un caso en el que incluso consideró la necesidad de aplicar el principio *iura novit curia* a fin de declarar su admisibilidad en virtud del artículo 8 de la CADH. En el caso, las presuntas víctimas son miembros de las fuerzas de seguridad chilena que alegan haber sido despedidos del cuerpo de carabineros, por alegarse su participación en una manifestación por la distribución de un beneficio de carácter económico adicional, que consideraron desigual. En su petición, expresan que no tuvieron acceso a las piezas del proceso, que tampoco tuvieron ninguna actuación en él y que, como consecuencia, se vieron ante la imposibilidad de producir e impugnar pruebas por lo que no pudieron hacer uso en la forma debida del derecho a defensa en sede administrativa. Afirman además que su exclusión de la fuerza fue realizada sin fundamento, sin debido proceso y sin constar el motivo de la baja de calificación por escrito. Como se adelantara, frente a este panorama, la CIDH destacó:

*En consecuencia y aunque no han sido invocados por los peticionarios, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Comisión Interamericana considera que los hechos descritos podrían constituir violaciones de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, protegidos por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Asimismo, la Comisión considera que podrían constituirse violaciones a las obligaciones que tiene el Estado en virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana...^[103]*

152. En el Caso Roger Herminio Salas Gamboa, el peticionario alegó la vulneración del artículo 8 de la Convención Americana por la negativa del Consejo Nacional de la Magistratura de motivar e informar a los magistrados sometidos a evaluación, los resultados de las mismas. En el particular, las violaciones denunciadas se relacionan con presuntas irregularidades cometidas

por el Consejo Nacional de la Magistratura en el procedimiento de no ratificación de la presunta víctima, en su cargo como Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República. El señor Salas Gamboa alegó que las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura son arbitrarias pues no se motivan, ni se informa a los evaluados sobre las razones que se tuvieron en cuenta en la decisión adoptada. En este marco, la CIDH decidió declarar la admisibilidad del caso, estableciendo que los hechos denunciados podrían constituir una violación al artículo 8 de la CADH ^[104].

4. La publicidad de la actuación administrativa

153. El SIDH también se ha expedido sobre la necesidad de garantizar la publicidad del actuar de la administración. En este orden de ideas, en el *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos* ^[105], la CIDH se manifestó a favor de la publicidad en sede administrativa:

...Otro aspecto adicional del derecho al acceso a la información es "la presunción de que todas las reuniones de los órganos gubernamentales son abiertas al público". Esta presunción es aplicable a toda reunión en que se ejerzan poderes de toma de decisión, incluyendo las actuaciones administrativas, las audiencias de tribunales y los procedimientos legislativos. Toda limitación a la apertura de las reuniones debe estar sujeta a los mismos requisitos que la retención de información ^[106].

154. En el mismo sentido, la Corte IDH al resolver el caso "Claude Reyes y otros vs. Chile" ^[107], instó a la gestación de procedimientos tendientes a garantizar el acceso a información bajo el control del Estado. Específicamente, manifestó que estos procedimientos deben contemplar las debidas garantías conforme a la CADH. Así, expresó en su sentencia que de forma tal de acatar el mandato previsto en el artículo 2 de la Convención Americana era preciso que Chile adoptara las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales identificó la necesidad de garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados ^[108].

155. Se evidencia así, la importancia que el SIDH le ha asignado a la garantía de la publicidad en sede administrativa, correspondiendo su consideración, entonces, como uno de los elementos del debido proceso legal.

5. El derecho al plazo razonable del proceso administrativo

156. Otro elemento al que se le ha conferido un papel relevante en relación con la garantía del debido proceso legal en sede administrativa, es el derecho al plazo razonable del proceso administrativo. En este sentido, es de destacar que existen circunstancias propias del diseño y el funcionamiento de los mecanismos de determinación de derechos, que tienen efecto directo sobre los mismos. Así, resulta relevante la garantía de "tiempo razonable" aplicada a los procesos en los que se determinan obligaciones en materia de derechos económicos y sociales, pues resulta obvio que la duración excesiva de los procesos puede causar un daño irreparable para el ejercicio de estos derechos que, como se sabe, se rigen por la urgencia, forzando a la parte débil a transar o resignar la integridad de su crédito.

157. Tanto la CIDH como la Corte IDH han desarrollado las vinculaciones entre el debido proceso legal en sede administrativa y el derecho al plazo razonable de los procedimientos.

158. En su demanda en el caso "Comunidad indígena Yakyé Axa del Pueblo Enxet-Lengua contra la República de Paraguay" ^[109], la Comisión hizo referencia a tal particular relación. En dicha oportunidad, la CIDH alegó que el Estado paraguayo no había garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakyé Axa y sus miembros, ya que

desde 1993 se encontraba en trámite la solicitud de reivindicación territorial de la comunidad, sin que se hubiera resuelto satisfactoriamente. Esta situación significó la imposibilidad de la comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio e implicó mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.

Específicamente, en relación con la duración de los diversos procedimientos administrativos encausados por la Comunidad a fin de obtener la reivindicación de su territorio ancestral, la CIDH manifestó:

...3.1. Gestiones realizadas ante la autoridad administrativa.a .Solicitud de reconocimiento de líderes y personería jurídica de la Comunidad Indígena Yakya Axa (...) En este punto la Comisión observa que los trámites de reconocimiento de líderes y de personería jurídica de la Comunidad demoraron entre tres y cinco años en resolverse y de acuerdo a la legislación paraguaya sobre la materia debieron realizarse en sólo meses (...) En el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros, en el año 1993 los líderes de la Comunidad solicitaron, de acuerdo al procedimiento administrativo contemplado para tal efecto en el derecho interno paraguayo, la restitución de su territorio ancestral. Durante los años de trámite de la solicitud se han evacuado diferentes diligencias por los órganos administrativos encargados de dar trámite a dicha solicitud, esto es el INDI y el IBR, quienes deben, por ley, entregar soluciones definitivas a las solicitudes que se les planteen. Es más, el propio Poder Ejecutivo ha solicitado al Poder Legislativo la expropiación de una parte del territorio ancestral reivindicado por la Comunidad Indígena, siendo rechazada tal solicitud por el Congreso Nacional de Paraguay. Han transcurrido más de 10 años desde que se iniciaron por parte de la Comunidad los trámites requeridos, sin que hasta la fecha se les haya tutelado efectivamente el derecho de propiedad de la Comunidad y sus miembros(...) El recurso administrativo contemplado para solucionar la reivindicación de la Comunidad Indígena Yakye Axa, de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley sobre Estatuto de las Comunidades Indígenas, no ha sido efectivo para la solución definitiva de la reclamación de la Comunidad...

[110]. (el destacado es propio)

159. En esta línea, cuando la Corte fue llamada a resolver, remarcó con énfasis la violación al principio del plazo razonable que tuvo lugar en el caso, y, en consecuencia, al derecho a las garantías judiciales, interpretado en un sentido amplio. La Corte expresó:

...La Corte ha constatado que el 15 de agosto de 1993 los miembros de la Comunidad Yakye Axa solicitaron al INDI el reconocimiento de los señores Tomás Galeano y Esteban López como líderes de la Comunidad y su inscripción en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (...); no fue sino hasta el 18 de septiembre de 1996 que el Presidente del Consejo Directivo del INDI emitió una resolución mediante la cual aceptó dicha solicitud (...) El plazo de tres años, un mes y tres días para resolver una solicitud cuya complejidad era mínima, cuando el plazo legal es de treinta días, desconoce el principio del plazo razonable (...) La Corte ha constatado que el 21 de mayo de 1998 se iniciaron los trámites ante el INDI para el reconocimiento de la personería jurídica de la Comunidad Yakye Axa (...) El decreto mediante el cual se reconoció la personería jurídica de la Comunidad fue emitido el 10 de diciembre de 2001, es decir, tres años, seis meses y 19 días después (...) La Corte considera que la complejidad de este procedimiento era mínima y que el Estado no ha justificado la mencionada demora, en consecuencia, el Tribunal la considera desproporcionada (...) La Corte considera que una demora prolongada, como la que se ha dado en este caso, constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. La falta de razonabilidad, sin embargo, puede ser desvirtuada por el Estado, si éste expone y prueba que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el mismo (...) Sin embargo, el Tribunal advierte que las demoras en el proceso administrativo que se examina en la presente Sentencia no se han producido por la complejidad del caso, sino por las

actuaciones sistemáticamente demoradas de las autoridades estatales...^[111]. (el destacado es propio)

160. Es interesante advertir el estándar que la Corte IDH fija en el caso. El tribunal establece que una demora prolongada en un procedimiento administrativo, configura, en principio, una vulneración del artículo 8 de la CADH y que para desvirtuar tal conclusión, el Estado debe demostrar debidamente que la lentitud del proceso tuvo origen en la complejidad del caso o en la conducta de las partes en el mismo.

161. En paralelo, en el ya citado caso de la "Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay"^[112], la CIDH y la Corte también analizaron la vulneración al principio del plazo razonable. La Comisión destacó, en este sentido:

...En el presente caso en el año 1991 los líderes de la Comunidad Sawhoyamaxa solicitaron, de acuerdo al procedimiento administrativo contemplado para tal efecto en el derecho interno paraguayo, la restitución de una parte de su territorio ancestral. Desde el año 1991 se han realizado diferentes diligencias por parte de los órganos administrativos encargados de dar trámite a dicha solicitud, esto es el INDI y el IBR, quienes, como se expresó en líneas anteriores, están obligados por la propia ley paraguaya a entregar soluciones definitivas a las solicitudes que se les planteen. Sin embargo, han transcurrido más de 13 años desde que se iniciaron los trámites requeridos, sin que se haya tutelado efectivamente el derecho de la Comunidad Sawhoyamaxa a la propiedad de su territorio ancestral (...) A la luz de los artículos 25 y 8.1 de la Convención y de las disposiciones del Convenio N° 169, el Estado paraguayo tiene la obligación de proveer a la Comunidad Indígena de un recurso efectivo y eficiente para solucionar su reclamación territorial, el deber de garantizar que la Comunidad sea oída con las debidas garantías y el deber de determinar un plazo razonable para garantizar los derechos y obligaciones sometidos a su jurisdicción (...) La Comisión observa que el Estado paraguayo no ha garantizado un recurso efectivo y eficaz para responder a las reclamaciones de territorio ancestral de la Comunidad Sawhoyamaxa, impidiéndosele por tanto ser oída en un proceso con las debidas garantías, por lo que la Comisión considera que el Estado de Paraguay violó los artículos 25 y 8 de la Convención en perjuicio de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa y sus miembros...^[113]. (el destacado es propio)

162. A su turno, la Corte resolvió:

...La Comisión alegó que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Sawhoyamaxa y sus miembros, ya que desde 1991 se encontraría en tramitación su solicitud de reivindicación territorial, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. De acuerdo con lo manifestado por la Comisión en su demanda, esto ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de sus tierras y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua su supervivencia e integridad (...) La Corte ha constatado que el 7 de septiembre de 1993 se iniciaron los trámites ante el INDI para el reconocimiento de lo que en el Paraguay se conoce como "personería jurídica" de la Comunidad Sawhoyamaxa (...), y que el decreto mediante el cual se reconoció ésta fue emitido el 21 de julio de 1998, es decir, cuatro años, diez meses y catorce días después (...) Teniendo en cuenta lo anterior, y considerando que la complejidad de este procedimiento era mínima y que el Estado no ha justificado la mencionada demora, el Tribunal la considera desproporcionada y como una violación del derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, conforme al artículo 8.1 de la Convención Americana...^[114]. (el destacado es propio)

163. Por último, es dable mencionar que en el caso "Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México"^[115], la Comisión ya se había referido a la

virtualidad del principio del plazo razonable, aunque, esta vez, no para marcar la existencia de una demora injustificada sino para dar cuenta de la irrazonable brevedad del procedimiento administrativo al que fueron sometidos los tres sacerdotes. En dicha oportunidad, la CIDH manifestó:

...Resulta evidente que los tres sacerdotes no tuvieron la oportunidad para preparar su defensa, formular sus alegatos y promover las pruebas pertinentes, teniendo en cuenta lo irrazonablemente breve del plazo en que se ejecutó la decisión gubernamental, y la distancia que los separaba del lugar de su residencia permanente en el Estado de Chiapas, donde se encontraban los testigos o documentos que podrían haber ofrecido en su descargo(...) En virtud del análisis que antecede, la CIDH considera que las autoridades no cumplieron en tal procedimiento los requisitos exigidos por el texto expreso de la legislación mexicana, por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de dicho país y por la Convención Americana, para hacer efectivo el derecho de audiencia consagrado en el artículo 14 de la Constitución mexicana, compatible con el artículo 8 de la Convención Americana y con otros instrumentos internacionales de derechos humanos...
[116]

6. El derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas

164. Un último elemento de la garantía del debido proceso legal administrativo que ha tenido recepción y desarrollo en el marco del SIDH es el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas. En este sentido, debe destacarse que la ausencia de mecanismos judiciales adecuados para efectuar una revisión amplia de las decisiones administrativas también tiene efectos directos sobre la vigencia de los derechos sociales, desde que muchos de estos derechos dependen de la adopción de decisiones administrativas.

165. Los estándares fijados en relación con el ya comentado "Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana"^[117] resultan ilustrativos en esta materia. Tanto en su demanda ante la Corte, como al momento de alegar ante ésta, la CIDH se detuvo especialmente en la imposibilidad que enfrentaron las víctimas para recurrir las decisiones del Registro civil dominicano que les negó la inscripción tardía de su nacimiento. En su escrito inicial ante la Corte, la CIDH explicó:

...De acuerdo con la ley dominicana, existen dos vías procesales, la administrativa y la judicial, para la revisión de las resoluciones del Registro Civil sobre las declaraciones tardías. La vía administrativa se refiere a la revisión que realiza el Procurador Fiscal sobre las resoluciones del Registro civil, las cuales también pueden ser revisadas por la Junta Central Electoral. La segunda vía se refiere a la revisión que realiza el Juzgado de Primera Instancia. La Comisión considera que las dos vías son contradictorias e insuficientes, toda vez que no proveen la oportunidad de apelar una decisión negativa de las autoridades del Registro Civil de manera consistente con el artículo 8 de la Convención. Las madres de Dilcia y Violeta trataron de registrar los nacimientos de las niñas, pero sus solicitudes fueron rechazadas por oficiales del Registro Civil y a pesar de los esfuerzos de las demandantes, sus solicitudes nunca fueron revisadas por un tribunal competente (...) Del análisis de la documentación aportada en el trámite ante ella, la Comisión observó y concluyó que no existe en la legislación interna una disposición legal que permita a un particular apelar la decisión que el Procurador Fiscal adopte en virtud del artículo 41 (vigente) ante un Juzgado de Primera Instancia, ya que de acuerdo con la Ley 659 sobre Actos del Estado Civil es el Procurador Fiscal quien está a cargo de presentar las declaraciones tardías ante el Juzgado de Primera Instancia y en el presente caso ello no sucedió (...) El procedimiento establecido en el artículo 41 de la Ley 659 indica las etapas a seguir por parte de las autoridades en el supuesto de que se presenten los requisitos establecidos por la Junta Central Electoral; sin embargo, cabe señalar que ni este artículo, ni ningún otro, menciona cómo acceder a la instancia judicial de manera directa e independiente, en el caso que los demandantes deseen impugnar la decisión negativa del Procurador Fiscal. Por ello, la Comisión considera que la Ley 659 no

contempla un recurso para acceder a un tribunal que permita revisar y corregir los actos de los oficiales administrativos... [118].

166. Frente a esta situación, la CIDH expresó que la reglamentación existente en República Dominicana impidió el acceso de las niñas Violeta y Dilcia y de sus madres a un recurso judicial que permitiese cuestionar la negativa de las autoridades administrativas a otorgarles el registro tardío y de esta manera obtener la tutela judicial de sus derechos fundamentales. Destacó que del artículo 8.1 de la CADH – que consagra el derecho de acceso a la justicia – se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Así, toda norma o medida del orden interno que dificulte el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8.1. Por lo tanto, concluyó que la normativa que establece que solamente procede la remisión por parte del Fiscal al Tribunal de Primera Instancia de la negativa de inscripción tardía, constituye un obstáculo no justificado para que las niñas Dilcia y Violeta y sus madres accedan a los tribunales de justicia, en violación del artículo 8.1 de la Convención Americana [119].

167. En su informe de fondo en el caso "Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México" [120], la CIDH también hizo hincapié en el derecho a la revisión judicial de las decisiones de las autoridades estatales. En el particular, la CIDH destacó que los tres sacerdotes tendrían que haber tenido acceso a un órgano jurisdiccional a fin de que: a) determinara la legalidad de la detención; b) analizara la validez de las pruebas de cargo; c) diera lugar a la presentación de pruebas de descargo y les permitiera la impugnación judicial de la decisión de expulsión [121]. En este sentido, la CIDH concluyó:

...Las normas referidas más arriba, que garantizan el derecho al debido proceso, son aplicables a procedimientos administrativos tanto como a los judiciales. Dicha interpretación surge del propio texto del artículo 8.1, que se refiere a "...la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier carácter..." [122].

168. En el caso ya citado caso "Roger Herminio Salas Gamboa Vs. Perú", el peticionario también alegó la vulneración de los artículos 8 y 25 de la CADH por la imposibilidad de recurrir ante una instancia judicial las decisiones del Consejo de la Magistratura de Perú. Como se mencionara, el señor Salas Gamboa no fue ratificado en su cargo como Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República en virtud de la evaluación – que respecto de su desempeño en el cargo – realizara el mencionado Consejo. El peticionario no tuvo posibilidad de acceder al texto de dicha evaluación y tampoco pudo recurrir tal decisión ante un órgano jurisdiccional, pues no está prevista tal posibilidad en la legislación peruana. Frente a este panorama, la CIDH consideró que tales hechos podrían constituir violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

169. Aún cuando, en el siguiente apartado de este trabajo [123], volveremos sobre el derecho a la revisión judicial de las decisiones administrativas, es dable concluir – a la luz de los precedentes reseñados – el carácter de elemento integrante del debido proceso legal administrativo, que tal derecho ha logrado ostentar en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

D. Conclusiones

170. En el examen de casos que involucran, entre otros, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los pueblos indígenas, de los migrantes y el ambiente, tanto la CIDH como la Corte IDH han gestado un claro estándar relativo a la plena aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en los procedimientos administrativos.

171. Ambos órganos han establecido que el debido proceso legal debe ser respetado en todo procedimiento tendiente a la determinación de derechos de las personas. En palabras de la Corte IDH, el artículo 8.1 de la Convención Americana es igualmente aplicable a toda situación en la que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que diriman obligaciones y derechos.

172. En este orden de ideas, el SIDH ha subrayado la necesidad de regular y restringir la discrecionalidad estatal. Así, la Corte y la CIDH han establecido que la labor de la Administración posee límites concretos y que entre ellos se encuentra el respeto de los derechos humanos. En este punto, en casos que involucran a sectores especialmente vulnerables, la Corte IDH ha identificado la necesidad de trazar vínculos entre los alcances del debido proceso legal administrativo y la efectiva vigencia de la prohibición de discriminación.

173. El SIDH ha comenzado a identificar los elementos que componen la garantía en sede administrativa. En este sentido, la Comisión ha considerado que entre los elementos componentes del debido proceso legal administrativo se encuentra la garantía de una audiencia para la determinación de los derechos en juego. De acuerdo con la CIDH, dicha garantía incluye: a) el derecho a ser asistido jurídicamente; b) el derecho a ejercer el derecho de defensa y c) el derecho a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas. La Comisión también ha considerado a la notificación previa sobre la existencia misma del proceso como un componente básico de la garantía.

174. El *derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto* y la necesidad de garantizar *la publicidad de la actuación administrativa*, también han sido puntualizados tanto por la CIDH como por la Corte como elementos que integran el debido proceso legal.

175. A su vez, el derecho al plazo razonable del proceso administrativo ha sido enfáticamente resaltado por ambos órganos del SIDH, entre los componentes de la garantía. La Corte IDH ha fijado aquí un estándar claro. Así, ha establecido que un retraso prolongado en un procedimiento administrativo configura, en principio, una vulneración del artículo 8 de la Convención Americana y que a fin de desvirtuar tal desenlace, el Estado debe probar que la demora del proceso se originó en la complejidad del caso o en la conducta de las partes en el mismo.

176. Por último, otro elemento de la garantía del debido proceso legal en sede administrativa que ha tenido desarrollo en el SIDH, es el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas. En este punto, la CIDH ha determinado que toda norma o medida que obstaculice el acceso a los tribunales, y que no esté debidamente justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8.1 de la Convención Americana.

[índice | anterior | próximo]

[42] El artículo 8.1 de la CADH establece:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

[43] Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

[44] Los trabajadores habían participado de una marcha y de un paro de 24 horas, ambos convocados por la Coordinadora de Sindicatos de Empresas Estatales del país en reclamo de una serie de reivindicaciones laborales. De conformidad con el pliego que la Coordinadora de Sindicatos de Empresas Estatales le presentara al Estado, y ante cuyo rechazo se dispusieron las medidas de fuerza, las peticiones consistían en: "...la no privatización de las empresas estatales; la derogación de las leyes que reformaban el Código de Trabajo; el cese de los despidos y el reintegro inmediato de los dirigentes del sector estatal; el pago de las bonificaciones y del décimotercer mes; el respeto a las leyes laborales, reglamentos internos, y los acuerdos pactados con las organizaciones del sector estatal; el respeto a las organizaciones laborales y sus dirigentes; la derogación de los decretos de guerra y los decretos antiobreros; el cumplimiento de los manuales de cargos y funciones, clasificaciones, escalas salariales y evaluaciones; la ratificación e implementación del Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); el respeto de la autonomía de las entidades estatales; la aprobación de una "Carrera Administrativa, científica y democrática"; la no modificación de la Ley Orgánica de la Caja del

Seguro Social y demás leyes sociales que pretendían disminuir los beneficios que ellas contemplaban; respuesta satisfactoria a la situación del sector de los trabajadores de la construcción..." Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafo 88. a.

[45] El 14 de diciembre de 1990 la Asamblea Legislativa aprobó la Ley 25. La indicada Ley 25 se publicó en la Gaceta Oficial de Panamá No. 21.687 el 17 de diciembre de 1990. En el artículo 6 de dicha ley se señaló que ésta era de orden público y tendría efecto retroactivo a partir del 4 de diciembre de 1990. Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafo 88. n.

[46] Dos de las entidades estatales estaban regidas por una norma particular y por sus respectivos reglamentos internos, bajo una jurisdicción especial del trabajo, mientras que el resto de las entidades estatales, que no contaba con normas especiales, se regían por el Código Administrativo, la ley orgánica y el reglamento interno de la institución en que trabajaban. En relación con los distintos procedimientos previstos originalmente para el despido de un trabajador de estas instituciones, ver Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafo 88. m.

[47] Ver al respecto, Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafo 88. w, x, y, z.

[48] Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafos 124 y 125.

[49] Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafo 127. La misma cita puede también encontrarse en el texto de la ya citada OC No. 18/03. Cfr., "Opinión Consultiva OC-18/03", cit., párrafo 129.

A la vez, debe destacarse que al momento de expresarse en relación con la vigencia del debido proceso en sede administrativa, la Corte IDH procede a citar los siguientes precedentes del sistema europeo de derechos humanos: "...*Eur. Court. H.R., Campbell and Fell judgment of 28 June 1984*, Series A No. 80, párrafo 68; *Eur. Court. H.R., Deweer, judgment of 27 February 1980*, Series A no. 35, párrafo 49; y *Eur. Court. H.R., Engel and others judgment of 8 June 1976*, Series A No. 22, párrafo 82..." Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafo 130.

En este punto, es dable destacar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es abundante en materia de la vinculación entre el debido proceso legal administrativo y la garantía de derechos económicos, sociales y culturales. Se expresó en tal sentido, por ejemplo, en el caso *Feldbrugge*.

En este caso, la actora, de nacionalidad holandesa, había pedido su baja de la Oficina Regional de Empleo a raíz de una enfermedad que la incapacitaba para trabajar, pero con posterioridad un órgano administrativo le suspendió las prestaciones por enfermedad que venía recibiendo al entender, luego de una revisión médica, que se encontraba apta para la actividad laboral. La actora recurrió esa decisión en sucesivas instancias administrativas, con resultados negativos. Sin embargo, alegó que por fallas de procedimiento imputables a los organismos públicos, entre ellas las limitaciones a su facultad de participar en el proceso y el carácter restrictivo de los recursos disponibles, no había gozado del acceso a un procedimiento que cumpliera con la totalidad de las garantías del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que consagra el derecho al debido proceso legal. La resolución del caso exigió que el TEDH desentrañara, la naturaleza del derecho al seguro médico en la legislación holandesa. Algunas razones conducían a considerarlo un derecho público, como la obligatoriedad de la afiliación al seguro, la regulación legal de la prestación y el hecho de que fuera el Estado quien asumía la responsabilidad de asegurar. Otras razones conducían a considerarlo un derecho de índole privada, como su naturaleza personal y económica, su vinculación con un contrato individual de trabajo, el hecho de que la prestación tuviera la función de sustituir su salario de actividad, la utilización de técnicas de aseguramiento similares a las del derecho común, así como la participación de trabajadores en el régimen del seguro. Pese a que el derecho en cuestión era considerado un derecho de carácter público para el derecho holandés, en función del principio de autonomía interpretativa tal circunstancia no se estimó relevante. Finalmente se entendió que se trataba de un derecho comprendido en el artículo 6.1 y que el Estado había violado la norma. Sobre este particular, el TEDH afirmó que "el procedimiento referido ante la Presidencia de la Comisión de Apelaciones, en aplicación de la ley holandesa, evidentemente no permitía una adecuada participación de las partes, y mucho menos en la fase final del proceso. Para comenzar, el Presidente ni prestó audiencia al demandante, ni le solicitó que remitiera alegaciones por escrito. En segundo lugar, tampoco dio la oportunidad a la demandante o su representante para conocer y criticar los dos informes, fundamento de la decisión, emitidos por los asesores médicos" concluyendo que "se ha producido un quebrantamiento del artículo 6.1". Cfr. TEDH, caso *Feldbrugge* del 29 de mayo de 1986, (Pub.TEDH, Serie A, Nro. 99). Versión en castellano en [Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987](#), cit., páginas 499-518.

En el año 1993 el TEDH avanzó aún más en el tema al admitir en los casos *Salesi vs. Italia* y *Schuler-Zraggen v. Suiza* la aplicación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a cuestiones vinculadas con beneficios de la seguridad social instituidos con carácter de derecho público. De tal modo se fijó el principio de que, independientemente de que el seguro, la asistencia social o la prestación remita a características de derecho privado (principalmente, que pueda vincularse con un contrato de empleo) o se encuentre garantizado sólo por el derecho público, le son aplicables todos los estándares que configuran la garantía general del debido proceso cuando se trata de un derecho individual y económico originado en una norma legal. En *Salesi*, el TEDH aplicó el artículo 6.1 en relación a una prestación mensual por discapacidad que el reclamante recibía como asistencia social por carecer de medios básicos de subsistencia. El beneficio no derivaba de un contrato de trabajo, ni requería ningún pago o contribución. Había sido instituido por una norma que implementaba el artículo 38 de la Constitución italiana según la cual todos los ciudadanos que no estén en condiciones de trabajar y necesiten el sustento básico para vivir deben ser provistos de los medios para su subsistencia por la asistencia social. Por lo demás el servicio lo prestaba exclusivamente el Estado italiano. En este caso el TEDH señala que su interpretación del artículo 6.1 era aplicable en materia de seguros sociales -*social insurance*- aun cuando el beneficio del actor fuera más próximo a una prestación de asistencia social y no un seguro social. Ver, TEDH, caso *Salesi vs. Italia* del 26 de febrero de 1993, (Pub.TEDH, Series A, Nro. 257-E).

Por su parte, en *Schuler-Zraggen*, el TEDH avanza más en la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales bajo la protección de la cláusula de debido proceso, al entender que el artículo 6.1 es aplicable a los seguros sociales, incluyendo la asistencia social. En este caso la garantía del debido proceso se combina con la violación del artículo 14 del Convenio -prohibición de discriminación en el goce de los derechos consagrados en éste-, pues a la reclamante se le había denegado una pensión por invalidez bajo el curioso razonamiento de que por ser mujer casada y con un hijo de dos años, eran escasas las posibilidades de que, aun estando sana, volviera a trabajar, en lugar de ocuparse de sus tareas hogareñas como esposa y madre. Allí, afirmó el TEDH: "El artículo 6.1. se aplica al campo de la seguridad social, incluyendo aun la asistencia social". Ver, TEDH, caso *Schuler-Zraggen v. Suiza* del 24 de junio de 1993, (Pub.TEDH, Serie A, Nro. 263). Conforme se verá más adelante, la relación entre la garantía del debido proceso legal y la prohibición de discriminación, también fue abordada en el marco del SIDH. Particularmente, en el Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Ver al respecto, Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

[50] Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafos 130, 134 y 143.

[51] Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C

No. 74.

[52] Cfr. Comunicado oficial No. 002-97-CCFFAA, emitido el 23 de mayo de 1997 por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Cfr. "Caso Ivcher Bronstein", cit., párrafo 76. k.

[53] Cfr. Decreto Supremo No. 004-97-IN, de 23 de mayo de 1997. Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, cit., párrafo 76. l.

[54] Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, cit., párrafo 76. p, q.

[55] Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, cit., párrafo 76. t.

[56] Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, cit., párrafo 95.

[57] Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, cit., párrafo 110.

[58] Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, cit., párrafos 104 y 105.

[59] Corte I.D.H., *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

[60] Tal como lo hiciera en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79 y en el *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

[61] Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, cit., párrafo 111.

[62] Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, cit., párrafos 81 y 82.

[63] Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

[64] Dicho Comité es el único organismo autorizado, en representación del Estado de Chile, para aceptar el ingreso de capitales del exterior acogidos al Estatuto de la Inversión Extranjera en Chile. Cfr. *Caso Claude Reyes y otros*, cit., párrafo 57.3.

[65] Cfr. *Caso Claude Reyes y otros*, cit., párrafo 118.

[66] CIDH, Informe N° 49/99, Caso 11.610 *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*, México, 13 de abril de 1999.

[67] En relación con los distintos vejámenes a los que fueron sometidos los sacerdotes en el trayecto al aeropuerto de Tuxtla Gutiérrez, Cfr. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*, cit., párrafos 6, 7 y 8.

[68] Cfr. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*, cit., párrafo 10.

[69] La CIDH citó los siguientes precedentes del Sistema Europeo de Derechos Humanos: "...Comisión Europea de Derechos Humanos, *Caso Huber v. Austria*, Anuario 1975 de la Convención Europea de Derechos Humanos, Martinus Nijhoff, La Haya 1976, párrafos 69 a 71. En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que los principios del debido proceso son aplicables, *mutatis mutandis*, a sanciones disciplinarias de carácter administrativo. Corte Europea, *Caso Albert y Le Compte*, Sentencia del 10 de febrero de 1983, Serie A Vol. 58, Consejo de Europa, Carl Heymanns Verlag KG, párrafo 39..." Cfr. "*Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*", cit., párrafo 66.

[70] Cfr. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*, cit., párrafos 66, 67 y 69 y sus respectivas notas a pie.

[71] Cfr. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*, cit., párrafos 70, 71.

[72] Cfr., *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafo 116.

[73] Cfr. CIDH, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio* (oea/ser.l/v/i111 doc. 20 rev.), 16 abril 2001; párrafo 95. A la vez, en cuanto particularmente hace al proceso de determinación de estatus del trabajador migratorio, el informe indica: "...la política migratoria está sólo condicionada al respeto general de los derechos humanos y, dentro de éstos, a las garantías del debido proceso (...) la determinación de estatus del trabajador migratorio tiene consecuencias para su posibilidad de sobrevivir, de trabajar en condiciones dignas, y de alimentar y educar a su familia. Se afectan también su derecho a la vida familiar y a la protección especial de sus hijos menores (...) el valor en juego en estos trámites es similar al de la libertad, o por lo menos más cercano a ella que lo que puede verse afectado por el resultado de otros procedimientos administrativos o aun judiciales. En consecuencia, el proceso que es debido debe satisfacer un piso mínimo bastante completo de garantías." (el destacado es propio), Cfr. *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, cit., párrafo 98.

La CIDH ha retomado las consideraciones de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, en su *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. Cfr. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, cit., párrafos 400 y 401.

[74] Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafo 126. Es interesante hacer referencia aquí al Caso N° 11.430. En la petición se denunció que después que fuera ascendido a General Brigadier del Ejército mexicano, el Sr. José Francisco Gallardo Rodríguez, comenzó a padecer amenazas, hostigamientos e intimidaciones por parte de altos mandos de la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA). Asimismo, se señaló que la SEDENA, a través de funcionarios del Ejército mexicano, emprendió una campaña de difamación y descrédito en su contra y que mediante la fabricación de delitos y responsabilidades, nunca probados, se lo sometió a procesos judiciales y encarcelamientos injustos. En su informe de fondo, la CIDH hizo referencia a la llamada "teoría de la desviación de poder" al analizar la actuación del Ministerio Público mexicano en relación con el Sr. Gallardo. En este sentido, la CIDH expresó: "...La desviación de poder es un abuso de mandato, un abuso de derecho. Puede un acto administrativo haber sido realizado por el funcionario competente con todas las apariencias de regularidad y, sin embargo, este acto discrecional realizado, que el funcionario cualificado tenía el derecho estricto de realizar, puede estar afectado de ilegalidad si su autor ha usado de sus poderes para un fin distinto de aquel en vista del cual le han sido conferidos, o, para retener la fórmula de la jurisprudencia, para un fin distinto que el interés general o el bien del servicio (...) En este sentido, la Comisión debe señalar que si bien pareciere que en todos los procedimientos a través de los cuales se ha detenido al indiciado se han abierto las averiguaciones previas mencionadas y se han ejercido las acciones penales correspondientes se han realizado conforme a derecho, el Ministerio Público mexicano, ordinario o militar, órgano administrativo encargado junto a la Policía Judicial de la persecución de los delitos, de conformidad con el artículo 21 de la Constitución Política mexicana, de iniciar las averiguaciones previas, ya sean de oficio o por querrela de parte, y de ejercer las respectivas acciones penales, ha utilizado dicha potestad pública para fines distintos a los establecidos en el ordenamiento jurídico mexicano, configurándose así una desviación de poder, mediante actos sucesivos y encadenados, tendientes a confluir en la privación de la libertad personal al General José Francisco Gallardo..." (el destacado es propio) Cfr. CIDH, Informe N° 43/96, Caso 11.430, México, 15 de octubre de 1996, párrafo 114.

[75] Corte I.D.H., *Caso Cinco Pensionistas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

[76] *Cfr. Caso Cinco Pensionistas, cit.*, párrafo 88.d.

[77] *Cfr. Caso Cinco Pensionistas, cit.*, párrafo 2.

[78] *Cfr. Caso Cinco Pensionistas, cit.*, párrafo 117. Es preciso aclarar que en este caso la Corte IDH consideró que no correspondía emitir un pronunciamiento sobre la violación del artículo 8 de la CADH, al entender que en el expediente no había suficientes elementos probatorios sobre este asunto. La violación del artículo 8 de la CADH no fue alegada por la CIDH en su demanda ante la Corte; fueron los representantes de las víctimas quienes la incluyeron en el catálogo de vulneraciones a derechos que alegaron en su presentación. Sobre este punto, ver párrafos 149 y 150.

[79] Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

[80] Ver al respecto, el acápite "Hechos probados" de la sentencia de la Corte, Ver al respecto, *Caso de las Niñas Yean y Bosico, cit.*, Capítulo VIII.

[81] *Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bosico, cit.*, párrafos 165, 166, 190, 191. Debe señalarse que la Corte IDH no declaró la vulneración del artículo 8 de la CADH en el caso porque consideró que los hechos que involucraban el análisis de esta garantía tuvieron lugar con anterioridad a que la República Dominicana reconociera la competencia contenciosa del tribunal. Ver al respecto, *Caso de las Niñas Yean y Bosico, cit.*, párrafos 198 a 201.

[82] *Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bosico, cit.*, párrafos 240 y 242.

[83] Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

[84] Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

[85] *Cfr. OC-17/02, cit.*, párrafos 112 y 113.

En concreto, sobre los alcances del debido proceso administrativo en materia de niños, la Corte IDH ha manifestado: "...Participación del niño (...) En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. *En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso (...)* Debido proceso administrativo (...) Las medidas de protección que se adopten en sede administrativa, deben ajustarse estrictamente a la ley, y apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y razonable (...); en el caso de que resulte necesario una separación, que ésta sea por el menor tiempo posible (...); que quienes intervengan en los procesos decisorios sean personas con la competencia personal y profesional necesaria para identificar las medidas aconsejables en función del niño (...); que las medidas adoptadas tengan el objetivo de reeducar y resocializar al menor, cuando ello sea pertinente; y que sólo excepcionalmente se haga uso de medidas privativas de libertad. *Todo ello permite el desarrollo adecuado del debido proceso, reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad...*" (el destacado es propio), *Cfr. OC-17/02, cit.*, párrafos 102 y 103.

[86] *Cfr. OC-18/03, cit.*, párrafo 119.

[87] CIDH, Informe N° 57/05, Petición 12.143, admisibilidad, *Eduardo Perales Martínez*, Chile, 12 de octubre de 2005.

[88] *Cfr. Eduardo Perales Martínez, cit.*, párrafo 1.

[89] *Cfr. Eduardo Perales Martínez, cit.*, párrafo 13.

[90] *Cfr. Eduardo Perales Martínez, cit.*, párrafos 17, 36.

[91] *Cfr. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, cit.*

[92] Concretamente, la CIDH expresó: "...La Comisión establece que el Estado mexicano negó a los sacerdotes Loren Riebe Star, Jorge Barón Guttlein, y Rodolfo Izal Elorz la garantía de una audiencia para la determinación de sus derechos. Dicha garantía debió incluir el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formularan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas. Por lo tanto, la CIDH concluye que el Estado violó el derecho a las garantías del debido proceso en perjuicio de las personas mencionadas, en contravención del artículo 8 de la Convención Americana..." *Cfr. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, cit.*, párrafo 71.

Es de destacar que la CIDH utilizó en su análisis la interpretación que la jurisprudencia local mexicana realizaba del artículo 14 de la Constitución de dicho Estado. Así destacó en su informe: "...Los tribunales mexicanos se han pronunciado respecto a las formalidades esenciales del procedimiento administrativo, identificándolas como "las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo". La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación, y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas en que se finque la defensa; 3) la oportunidad de alegar; 4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado..." *Cfr. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, cit.*, párrafo 51.

[93] *Cfr. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, cit.*, párrafos 74, 75 y 123.

[94] *Cfr. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, cit.*
párrafo 82.

Es dable mencionar que la *Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, en el marco de su *Segundo Informe de progreso*, se ocupó de puntualizar los elementos componentes del debido proceso administrativo, específicamente, en materia de decisiones migratorias. Así detalló: "...A. **Adjudicador responsable e imparcial:** Las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados. El funcionario que toma estas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores

jerárquicos, y ante organismos de control horizontal, por la legalidad de las mismas. Su nombramiento y su ubicación en la estructura administrativa del Estado deben estar rodeados de garantías de imparcialidad y "blindados" contra posibles presiones e influencias. Nótese que no postulamos que estas decisiones deban ser tomadas exclusivamente por jueces. A nuestro juicio, es compatible con el derecho internacional de los derechos humanos que estas decisiones se confíen a funcionarios administrativos. En ese caso, sin embargo, tales funcionarios deben reunir las características de imparcialidad y responsabilidad mencionadas. B. **Derecho a ser oído**: En estos procedimientos, el trabajador migratorio debe tener y gozar efectivamente del derecho a ser escuchado para alegar lo que estime correspondiente y así defender su derecho a no ser deportado. Este derecho a una audiencia debe extenderse a su capacidad para conocer y contradecir la prueba que se ofrezca en su contra, y para ofrecer y producir pruebas pertinentes, así como la oportunidad razonable para hacerlo. C. **Información, traducción e interpretación**: Debe garantizarse que el inmigrante, cualquiera sea su status, entienda el procedimiento al que está sujeto, incluidos los derechos procesales que le asisten. A tal fin, de ser necesario, deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda. D. **Representación legal**: Debe garantizarse a la persona presuntamente deportable la posibilidad de ser representado por abogados de su elección, o bien de personas idóneas en la materia. Tal vez no sea exigible que el Estado provea defensa profesional gratuita, como en materia penal; pero al menos debiera ofrecerse representación gratuita a los indigentes. Asimismo, la información mencionada en el punto anterior debe incluir, para todos los interesados, alguna forma de asesoría especializada sobre los derechos que asisten al inmigrante. E. **Revisión Judicial**: Como se ha dicho, es lícito que estas decisiones se adopten en la esfera administrativa. Pero en todos los casos debe haber posibilidad de revisión judicial de las decisiones, ya sea por vía de recursos en lo contencioso-administrativo o por vía de amparo o habeas corpus. No postulamos que cada decisión administrativa de deportación deba ser examinada *de novo* por la justicia, pero sí que los jueces deben reservarse un mínimo de control de legalidad y de razonabilidad de las decisiones del poder administrador, para satisfacer el deber de garantía del artículo 1.1 y el derecho a un recurso rápido y eficaz previsto en el artículo 25 de la Convención Americana. F. **Acceso a Autoridades Consulares**: Como se ha indicado, nos parece fundamental que se tomen todas las acciones tendientes a garantizar el acceso consular oportuno, sobre todo de quienes se encuentran detenidos. Dicho acceso debiera hacerse de acuerdo a las cláusulas específicas establecidas por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. G. **Condiciones de Detención Apropriadadas**. Debe garantizarse que las personas detenidas reciban un trato humano y que las condiciones de su detención no pongan en riesgo su salud o su vida. Las condiciones de detención deben satisfacer los estándares mínimos fijados por normas internacionales como la Convención Contra la Tortura y Tratamiento o Castigo Cruel, Inhumano o Degradante, y los Acuerdos de Naciones Unidas Sobre Condiciones Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros, entre otros instrumentos..."(el destacado es propio) Cfr. *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio* (OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev.), 16 abril 2001; párrafo 99.

[95] Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, cit.

[96] Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, cit., párrafo 98.

[97] CIDH, Informe N° 9/05, Petición 1/03, Admisibilidad, Elías Gattass Sahih, Ecuador, 23 de febrero de 2005.

[98] Cfr. Elías Gattass Sahih, cit., párrafo 41.

[99] Cfr. Elías Gattass Sahih, cit., párrafo 41. Es de destacar que la CIDH entendió que los hechos del caso también podrían configurar violaciones a los derechos 7, 22 y 25 de la CADH, en conjunción con la obligación genérica del Estado de respetar y garantizar los precitados derechos, establecida en el artículo 1.1 del mencionado instrumento y en relación con la normativa de su artículo 2.

[100] Cfr. Elías Gattass Sahih, cit, párrafo 6. La inexistencia de notificación previa sobre la existencia del procedimiento administrativo también resulta un factor de relevancia en el caso "Benito Tide Méndez, Antonio Sensión, Andrea Alezi, Janty Fils-Aime, William Medina Ferreras, Rafaelito Pérez Charles, Berson Gelim y otros v. República Dominicana", ver al respecto CIDH, Informe N° 68/05, Petición 12.271, Admisibilidad, 13 de octubre de 2005.

[101] Cfr. *Caso Claude Reyes y otros*, cit.

[102] Cfr. *Caso Claude Reyes y otros*, cit., párrafos 122 y 123.

[103] Cfr. CIDH, Informe N° 21/04, Petición 12.190, Admisibilidad, José Luis Tapia González y otros, Chile, 24 de febrero de 2004, párrafo 36.

[104] Como veremos más adelante, el Sr. Salas Gamboa también alegó la vulneración de los artículos 8 y 25 de la CADH por la imposibilidad que existe de obtener la revisión judicial de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura. La CIDH declaró también la admisibilidad del caso por una presunta violación al artículo 25 de la Convención.

[105] Cfr. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, cit.

[106] Cfr. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, cit., párrafo 287.

[107] Cfr. *Caso Claude Reyes y otros*, cit.

[108] Cfr., *Caso Claude Reyes y otros*, cit., párrafo 163. Vale aquí mencionar que el TEDH también se ha expresado en relación con la obligación del Estado de garantizar el acceso a la información pública, en casos que involucran el resguardo del medio ambiente. Al respecto ver TEDH, *Oneryildiz vs. Turquía*, sentencia del 30 de noviembre de 2004.

[109] Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

[110] CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el Caso de la "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", párrafos 75, 158 y 207.

[111] Cfr. Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafos 66, 71, 86, 88.

[112] Corte I.D.H., *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

[113] Cfr. Demanda de la CIDH ante la Corte IDH en el caso "Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay", párrafos 130 y 183.

[114] Cfr. Corte I.D.H., "Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya". Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrafos 2, 88, 89.

[115] Cfr. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*, cit.

[116] Cfr. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*, cit, párrafo 60.

[117] Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

[118] Cfr. Demanda de la CIDH en el "Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana", párrafos 132 a 139.

[119] Ver al respecto, Demanda de la CIDH en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, párrafo 139. Ver nota 40.

[120] Cfr. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, cit.*

[121] Cfr. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, cit.*, párrafo 44.

[122] Cfr. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, cit.*, párrafo 46.

[123] Una sección del siguiente apartado retomará el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas, a fin de analizar los alcances que dicha revisión en sede judicial ha de garantizar, de acuerdo con los estándares fijados por la CIDH y la Corte IDH.



RESOLUCIÓN 1/08

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad,

CONSIDERANDO el valor de la dignidad humana y de los derechos y libertades fundamentales, reconocidos por el sistema interamericano y por los demás sistemas de protección internacional de los derechos humanos;

RECONOCIENDO el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral;

DESTACANDO la importancia que tiene el debido proceso legal y sus principios y garantías fundamentales en la efectiva protección de los derechos de las personas privadas de libertad, dada su particular situación de vulnerabilidad;

TENIENDO PRESENTE que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad;

RECORDANDO que los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos se han comprometido a respetar y garantizar los derechos de todas las personas privadas de libertad sometidas a su jurisdicción;

TENIENDO DEBIDAMENTE EN CUENTA los principios y las disposiciones contenidos en los siguientes instrumentos internacionales: Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y su Protocolo Opcional; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y sus Protocolos Adicionales de 1977; Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder;

Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión; Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio); y en otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en las Américas;

REAFIRMANDO las decisiones y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos;

OBSERVANDO CON PREOCUPACIÓN la crítica situación de violencia, hacinamiento y la falta de condiciones dignas de vida en distintos lugares de privación de libertad en las Américas; así como la particular situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad mental privadas de libertad en hospitales psiquiátricos y en instituciones penitenciarias; y la situación Ode grave riesgo en que se encuentran los niños y niñas, las mujeres, y los adultos mayores reclusas en otras instituciones públicas y privadas, los migrantes, solicitantes de asilo o de refugio, apátridas y personas indocumentadas, y las personas privadas de libertad en el marco de los conflictos armados;

CON EL OBJETIVO de aportar al proceso de preparación de una Declaración Interamericana sobre los derechos, deberes y la atención de las personas sometidas a cualquier forma de detención y reclusión por el Consejo Permanente, en seguimiento a la Resolución AG/RES 2283 (XXXVII-0/07);

ADOPTA los siguientes PRINCIPIOS Y BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS AMÉRICAS (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26)

Dado y firmado en la sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ciudad de Washington D.C., a los 13 días del mes de marzo de 2008. (Firmado): Paolo Carozza, Presidente; Luz Patricia Mejía¹, Primera Vicepresidenta; Felipe González, Segundo Vicepresidente; Comisionados: Florentín Meléndez, Clare K. Roberts y Víctor Abramovich.²

¹ La Comisionada Luz Patricia Mejía manifestó su acuerdo con el voto de los demás Comisionados. No obstante, la Comisionada Mejía agregó que, en conformidad con su voto concurrente, este documento debería llamarse "Declaración de Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas", en virtud de la importancia que tiene su contenido.

² El Comisionado Paulo Sérgio Pinheiro no estuvo presente en la discusión final y con posterioridad envió una comunicación expresando que está de acuerdo con la resolución y acompaña el voto de los demás Comisionados.

PRINCIPIOS Y BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS AMÉRICAS

Disposición general

A los efectos del presente documento, se entiende por “privación de libertad”:

“Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control *de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”.

Dada la amplitud del anterior concepto, los siguientes principios y buenas prácticas se podrán invocar y aplicar, según cada caso, dependiendo de si se trata de personas privadas de libertad por motivos relacionados con la comisión de delitos o infracciones a la ley, o por razones humanitarias y de protección.

PRINCIPIOS GENERALES

Principio I

Trato humano

Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad.

Se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona.

No se podrá invocar circunstancias, tales como, estados de guerra, estados de excepción, situaciones de emergencia, inestabilidad política interna, u otra emergencia nacional o internacional, para evadir el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de trato humano a todas las personas privadas de libertad.

Principio II

Igualdad y no-discriminación

Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia. Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad.

Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad.

No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial; así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de minorías. Estas medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos, y estarán siempre sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial.

Las personas privadas de libertad en el marco de los conflictos armados deberán ser objeto de protección y atención conforme al régimen jurídico especial establecido por las normas del derecho internacional humanitario, complementado por las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

Las medidas y sanciones que se impongan a las personas privadas de libertad se aplicarán con imparcialidad, basándose en criterios objetivos.

Principio III

Libertad personal

1. Principio básico

Toda persona tendrá derecho a la libertad personal y a ser protegida contra todo tipo de privación de libertad ilegal o arbitraria. La ley prohibirá, en toda circunstancia, la incomunicación coactiva de personas privadas de libertad y la privación de libertad secreta, por constituir formas de tratamiento cruel e inhumano. Las personas privadas de libertad sólo serán recluidas en lugares de privación de libertad oficialmente reconocidos.

Por regla general, la privación de libertad de una persona deberá aplicarse durante el tiempo mínimo necesario.

La privación de libertad de niños y niñas deberá aplicarse como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales.

Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente.

2. Excepcionalidad de la privación preventiva de la libertad

Se deberá asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción la privación preventiva de la libertad, conforme se establece en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En el marco de un proceso penal, deberán existir elementos de prueba suficientes que vinculen al imputado con el hecho investigado, a fin de justificar una orden de privación de libertad preventiva. Ello configura una exigencia o condición *sine qua non* a la hora de imponer cualquier medida cautelar; no obstante, transcurrido cierto lapso, ello ya no es suficiente.

La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos.

3. Medidas especiales para las personas con discapacidades mentales

Los sistemas de salud de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas en favor de las personas con discapacidades mentales, a fin de garantizar la gradual desinstitucionalización de dichas personas y la organización de servicios alternativos, que permitan alcanzar objetivos compatibles con un sistema de salud y una atención psiquiátrica integral, continua, preventiva, participativa y comunitaria, y evitar así, la privación innecesaria de la libertad en los establecimientos hospitalarios o de otra índole. La privación de libertad de una persona en un hospital psiquiátrico u otra institución similar deberá emplearse como último recurso, y únicamente cuando exista una seria posibilidad de daño inmediato o inminente para la persona o terceros. La mera discapacidad no deberá en ningún caso justificar la privación de libertad.

4. Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia.

Al aplicarse las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, los Estados Miembros deberán promover la participación de la sociedad y de la familia, a fin de complementar la intervención del Estado, y deberán proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia.

Principio IV

Principio de legalidad

Nadie podrá ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones establecidas con anterioridad por el derecho interno, toda vez que sean compatibles con las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Las órdenes de privación de libertad deberán ser emitidas por autoridad competente a través de resolución debidamente motivada.

Las órdenes y resoluciones judiciales o administrativas susceptibles de afectar, limitar o restringir derechos y garantías de las personas privadas de libertad, deberán ser compatibles con el derecho interno e internacional. Las autoridades administrativas no podrán alterar los derechos y garantías previstas en el derecho internacional, ni limitarlos o restringirlos más allá de lo permitido en él.

Principio V

Debido proceso legal

Toda persona privada de libertad tendrá derecho, en todo momento y circunstancia, a la protección de y al acceso regular a jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales, establecidos con anterioridad por la ley.

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a ser informadas prontamente de las razones de su detención y de los cargos formulados contra ellas, así como a ser informadas sobre sus derechos y garantías, en un idioma o lenguaje que comprendan; a disponer de un traductor e intérprete durante el proceso; y a comunicarse con su familia. Tendrán derecho a ser oídas y juzgadas con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez, autoridad u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, o a ser puestas en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso; a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; y a no ser juzgadas dos veces por los mismos hechos, si son absueltas o sobreseídas mediante una sentencia firme dictada en el marco de un debido proceso legal y conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

Para determinar el plazo razonable en el que se desarrolla un proceso judicial se deberá tomar en cuenta: la complejidad del caso; la actividad procesal del interesado; y la conducta de las autoridades judiciales.

Toda persona privada de libertad tendrá derecho a la defensa y a la asistencia letrada, nombrada por sí misma, por su familia, o proporcionada por el Estado; a comunicarse con su defensor en forma confidencial, sin interferencia o censura, y sin dilaciones o límites injustificados de tiempo, desde el momento de su captura o detención, y necesariamente antes de su primera declaración ante la autoridad competente.

Toda persona privada de libertad, por sí o por medio de terceros, tendrá derecho a interponer un recurso sencillo, rápido y eficaz, ante autoridades competentes, independientes e imparciales, contra actos u omisiones que violen o amenacen violar sus derechos humanos. En particular, tendrán derecho a presentar quejas o denuncias por actos de tortura, violencia carcelaria, castigos corporales, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como por las condiciones de reclusión o internamiento, por la falta de atención médica o psicológica, y de alimentación adecuadas.

Las personas privadas de libertad no deberán ser obligadas a declarar contra sí mismas, ni a confesarse culpables. Las declaraciones obtenidas mediante tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, no deberán ser admitidas como medios de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberlas cometido, y únicamente como prueba de que tales declaraciones fueron obtenidas por dichos medios.

En caso de condena se les impondrán las penas o sanciones aplicables en el momento de la comisión del delito o de la infracción a la ley, salvo si con posterioridad las leyes disponen de una pena o sanción menos grave, en cuyo caso se aplicará la ley más favorable a la persona.

Las condenas a la pena de muerte se ajustarán a los principios, restricciones y prohibiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos. En todo caso, se les reconocerá el derecho a solicitar la conmutación de la pena.

Las personas privadas de libertad en un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos del que no fueren nacionales, deberán ser informadas, sin demora y en cualquier caso antes de rendir su primera declaración ante la autoridad competente, de su derecho a la asistencia consular o diplomática, y a solicitar que se les notifique de manera inmediata su privación de libertad. Tendrán derecho, además, a comunicarse libre y privadamente con su representación diplomática o consular.

Principio VI

Control judicial y ejecución de la pena

El control de legalidad de los actos de la administración pública que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos en favor de las personas privadas de libertad, así como el control judicial de las condiciones de privación de libertad y la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas, deberá ser periódico y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales.

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán garantizar los medios necesarios para el establecimiento y la eficacia de las instancias judiciales de control y de ejecución de las penas, y dispondrán de los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento.

Principio VII

Petición y respuesta

Las personas privadas de libertad tendrán el derecho de petición individual o colectiva, y a obtener respuesta ante las autoridades judiciales, administrativas y de otra índole. Este derecho podrá ser ejercido por terceras personas u organizaciones, de conformidad con la ley.

Este derecho comprende, entre otros, el derecho de presentar peticiones, denuncias o quejas ante las autoridades competentes, y recibir una pronta respuesta dentro de un plazo razonable. También comprende el derecho de solicitar y recibir oportunamente información sobre su situación procesal y sobre el cómputo de la pena, en su caso.

Las personas privadas de libertad también tendrán derecho a presentar denuncias, peticiones o quejas ante las instituciones nacionales de derechos humanos; ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y ante las demás instancias internacionales competentes, conforme a los requisitos establecidos en el derecho interno y el derecho internacional.

**PRINCIPIOS RELATIVOS
A LAS CONDICIONES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD**

Principio VIII

Derechos y restricciones

Las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad.

Principio IX

Ingreso, registro, examen médico y traslados

1. Ingreso

Las autoridades responsables de los establecimientos de privación de libertad no permitirán el ingreso de ninguna persona para efectos de reclusión o internamiento, salvo si está autorizada por una orden de remisión o de privación de libertad, emitida por autoridad judicial, administrativa, médica u otra autoridad competente, conforme a los requisitos establecidos por la ley.

A su ingreso las personas privadas de libertad serán informadas de manera clara y en un idioma o lenguaje que comprendan, ya sea por escrito, de forma verbal o por otro medio, de los derechos, deberes y prohibiciones que tienen en el lugar de privación de libertad.

2. Registro

Los datos de las personas ingresadas a los lugares de privación de libertad deberán ser consignados en un registro oficial, el cual será accesible a la persona privada de libertad, a su representante y a las autoridades competentes. El registro contendrá, por lo menos, los siguientes datos:

- a. Información sobre la identidad personal, que deberá contener, al menos, lo siguiente: nombre, edad, sexo, nacionalidad, dirección y nombre de los padres, familiares, representantes legales o defensores, en su caso, u otro dato relevante de la persona privada de libertad;
- b. Información relativa a la integridad personal y al estado de salud de la persona privada de libertad;
- c. Razones o motivos de la privación de libertad;
- d. Autoridad que ordena o autoriza la privación de libertad;
- e. Autoridad que efectúa el traslado de la persona al establecimiento;
- f. Autoridad que controla legalmente la privación de libertad;
- g. Día y hora de ingreso y de egreso;
- h. Día y hora de los traslados, y lugares de destino;
- i. Identidad de la autoridad que ordena los traslados y de la encargada de los mismos;
- j. Inventario de los bienes personales; y
- k. Firma de la persona privada de libertad y, en caso de negativa o imposibilidad, la explicación del motivo.

3. Examen médico

Toda persona privada de libertad tendrá derecho a que se le practique un examen médico o psicológico, imparcial y confidencial, practicado por personal de salud idóneo inmediatamente después de su ingreso al establecimiento de reclusión o de internamiento, con el fin de constatar su estado de salud físico o mental, y la existencia de cualquier herida, daño corporal o mental; asegurar la identificación y tratamiento de cualquier problema significativo de salud; o para verificar quejas sobre posibles malos tratos o torturas o determinar la necesidad de atención y tratamiento.

La información médica o psicológica será incorporada en el registro oficial respectivo, y cuando sea necesario, en razón de la gravedad del resultado, será trasladada de manera inmediata a la autoridad competente.

4. Traslados

Los traslados de las personas privadas de libertad deberán ser autorizados y supervisados por autoridades competentes, quienes respetarán, en toda circunstancia, la dignidad y los derechos fundamentales, y tomarán en cuenta la necesidad de las personas de estar privadas de libertad en lugares próximos o cercanos a su familia, a su comunidad, al defensor o representante legal, y al tribunal de justicia u otro órgano del Estado que conozca su caso.

Los traslados no se deberán practicar con la intención de castigar, reprimir o discriminar a las personas privadas de libertad, a sus familiares o representantes; ni se podrán realizar en condiciones que les ocasionen sufrimientos físicos o mentales, en forma humillante o que propicien la exhibición pública.

Principio X

Salud

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas.

En toda circunstancia, la prestación del servicio de salud deberá respetar los principios siguientes: confidencialidad de la información médica; autonomía de los pacientes respecto de su propia salud; y consentimiento informado en la relación médico-paciente.

El Estado deberá garantizar que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en los lugares de privación de libertad.

Las mujeres y las niñas privadas de libertad tendrán derecho de acceso a una atención médica especializada, que corresponda a sus características físicas y biológicas, y que responda adecuadamente a sus necesidades en materia de salud reproductiva. En particular, deberán contar

con atención médica ginecológica y pediátrica, antes, durante y después del parto, el cual no deberá realizarse dentro de los lugares de privación de libertad, sino en hospitales o establecimientos destinados para ello. En el caso de que ello no fuere posible, no se registrará oficialmente que el nacimiento ocurrió al interior de un lugar de privación de libertad.

En los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz.

Cuando se permita a las madres o padres privados de libertad conservar a sus hijos menores de edad al interior de los centros de privación de libertad, se deberán tomar las medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal calificado, y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez.

Principio XI

Alimentación y agua potable

1. Alimentación

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir una alimentación que responda, en cantidad, calidad y condiciones de higiene, a una nutrición adecuada y suficiente, y tome en consideración las cuestiones culturales y religiosas de dichas personas, así como las necesidades o dietas especiales determinadas por criterios médicos. Dicha alimentación será brindada en horarios regulares, y su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley.

2. Agua potable

Toda persona privada de libertad tendrá acceso en todo momento a agua potable suficiente y adecuada para su consumo. Su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley.

Principio XII

Albergue, condiciones de higiene y vestido

1. Albergue

Las personas privadas de libertad deberán disponer de espacio suficiente, exposición diaria a la luz natural, ventilación y calefacción apropiadas, según las condiciones climáticas del lugar de privación de libertad. Se les proporcionará una cama individual, ropa de cama apropiada, y las demás condiciones indispensables para el descanso nocturno. Las instalaciones deberán tomar en cuenta las necesidades especiales de las personas enfermas, las portadoras de discapacidad, los niños y niñas, las mujeres embarazadas o madres lactantes, y los adultos mayores, entre otras.

2. Condiciones de higiene

Las personas privadas de libertad tendrán acceso a instalaciones sanitarias higiénicas y suficientes, que aseguren su privacidad y dignidad. Asimismo, tendrán acceso a productos básicos de higiene personal, y a agua para su aseo personal, conforme a las condiciones climáticas.

Se proveerá regularmente a las mujeres y niñas privadas de libertad los artículos indispensables para las necesidades sanitarias propias de su sexo.

3. Vestido

El vestido que deben utilizar las personas privadas de libertad será suficiente y adecuado a las condiciones climáticas, y tendrá en cuenta la identidad cultural y religiosa de las personas privadas de libertad. En ningún caso las prendas de vestir podrán ser degradantes ni humillantes.

Principio XIII

Educación y actividades culturales

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la educación, la cual será accesible para todas las personas, sin discriminación alguna, y tomará en cuenta la diversidad cultural y sus necesidades especiales.

La enseñanza primaria o básica será gratuita para las personas privadas de libertad, en particular, para los niños y niñas, y para los adultos que no hubieren recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos promoverán en los lugares de privación de libertad, de manera progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la enseñanza secundaria, técnica, profesional y superior, igualmente accesible para todos, según sus capacidades y aptitudes.

Los Estados Miembros deberán garantizar que los servicios de educación proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación e integración con el sistema de educación pública; y fomentarán la cooperación de la sociedad a través de la participación de las asociaciones civiles, organizaciones no gubernamentales e instituciones privadas de educación.

Los lugares de privación de libertad dispondrán de bibliotecas, con suficientes libros, periódicos y revistas educativas, con equipos y tecnología apropiada, según los recursos disponibles.

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a participar en actividades culturales, deportivas, sociales, y a tener oportunidades de esparcimiento sano y constructivo. Los Estados Miembros alentarán la participación de la familia, de la comunidad y de las organizaciones no gubernamentales, en dichas actividades, a fin de promover la reforma, la readaptación social y la rehabilitación de las personas privadas de libertad.

Principio XIV

Trabajo

Toda persona privada de libertad tendrá derecho a trabajar, a tener oportunidades efectivas de trabajo, y a recibir una remuneración adecuada y equitativa por ello, de acuerdo con sus capacidades físicas y mentales, a fin de promover la reforma, rehabilitación y readaptación social de los condenados, estimular e incentivar la cultura del trabajo, y combatir el ocio en los lugares de privación de libertad. En ningún caso el trabajo tendrá carácter aflictivo.

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán aplicar a los niños y niñas privados de libertad todas las normas nacionales e internacionales de protección vigentes en materia de trabajo infantil, a fin de evitar, particularmente, la explotación laboral y garantizar el interés superior de la niñez.

Los Estados Miembros promoverán en los lugares de privación de libertad, de manera progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la orientación vocacional y el desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional; y garantizarán el establecimiento de talleres laborales permanentes, suficientes y adecuados, para lo cual fomentarán la participación y cooperación de la sociedad y de la empresa privada.

Principio XV

Libertad de conciencia y religión

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la libertad de conciencia y religión, que incluye el derecho de profesar, manifestar, practicar, conservar y cambiar su religión, según sus creencias; el derecho de participar en actividades religiosas y espirituales, y ejercer sus prácticas tradicionales; así como el derecho de recibir visitas de sus representantes religiosos o espirituales.

En los lugares de privación de libertad se reconocerá la diversidad y la pluralidad religiosa y espiritual, y se respetarán los límites estrictamente necesarios para respetar los derechos de los demás o para proteger la salud o la moral públicas, y para preservar el orden público, la seguridad y la disciplina interna, así como los demás límites permitidos en las leyes y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Principio XVI

Libertad de expresión, asociación y reunión

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la libertad de expresión en su propio idioma, asociación y reunión pacíficas, tomando en cuenta los límites estrictamente necesarios en una sociedad democrática, para respetar los derechos de los demás o para proteger la salud o la moral públicas, y para preservar el orden público, la seguridad y la disciplina interna en los lugares de privación de libertad, así como los demás límites permitidos en las leyes y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Principio XVII

Medidas contra el hacinamiento

La autoridad competente definirá la cantidad de plazas disponibles de cada lugar de privación de libertad conforme a los estándares vigentes en materia habitacional. Dicha información, así como la tasa de ocupación real de cada establecimiento o centro deberá ser pública, accesible y regularmente actualizada. La ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán impugnar los datos acerca del número de plazas de un establecimiento, o su tasa de ocupación, individual o colectivamente. En los procedimientos de impugnación deberá permitirse el trabajo de expertos independientes.

La ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. La ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido. Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva.

Verificado el alojamiento de personas por encima del número de plazas establecido en un establecimiento, los Estados deberán investigar las razones que motivaron tal situación y deslindar las correspondientes responsabilidades individuales de los funcionarios que autorizaron tales medidas. Además, deberán adoptar medidas para la no repetición de tal situación. En ambos casos, la ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales podrán participar en los correspondientes procedimientos

Principio XVIII

Contacto con el mundo exterior

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir y enviar correspondencia, sujeto a aquellas limitaciones compatibles con el derecho internacional; y a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales, y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas.

Tendrán derecho a estar informadas sobre los acontecimientos del mundo exterior por los medios de comunicación social, y por cualquier otra forma de comunicación con el exterior, de conformidad con la ley.

Principio XIX

Separación de categorías

Las personas privadas de libertad pertenecientes a diversas categorías deberán ser alojadas en diferentes lugares de privación de libertad o en distintas secciones dentro de dichos establecimientos, según su sexo, edad, la razón de su privación de libertad, la necesidad de protección de la vida e integridad de las personas privadas de libertad o del personal, las necesidades especiales de atención, u otras circunstancias relacionadas con cuestiones de seguridad interna.

En particular, se dispondrá la separación de mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales. En los casos de privación de libertad de los solicitantes de asilo o refugio, y en otros casos similares, los niños y niñas no deberán ser separados de sus padres. Los solicitantes de asilo o refugio y las personas privadas de libertad a causa de infracción de las disposiciones sobre migración no deberán estar privados de libertad en establecimientos destinados a personas condenadas o acusadas por infracciones penales.

En ningún caso la separación de las personas privadas de libertad por categorías será utilizada para justificar la discriminación, la imposición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o condiciones de privación de libertad más rigurosas o menos adecuadas a un determinado grupo de personas. Los mismos criterios deberán ser observados durante el traslado de las personas privadas de libertad.

**PRINCIPIOS RELATIVOS
A LOS SISTEMAS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD**

Principio XX

Personal de los lugares de privación de libertad

El personal que tenga bajo su responsabilidad la dirección, custodia, tratamiento, traslado, disciplina y vigilancia de personas privadas de libertad, deberá ajustarse, en todo momento y circunstancia, al respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad y de sus familiares.

El personal deberá ser seleccionado cuidadosamente, teniendo en cuenta su integridad ética y moral, sensibilidad a la diversidad cultural y a las cuestiones de género, capacidad profesional, adecuación personal a la función, y sentido de responsabilidad.

Se garantizará que el personal esté integrado por empleados y funcionarios idóneos, de uno y otro sexo, preferentemente con condición de servidores públicos y de carácter civil. Como regla general, se prohibirá que miembros de la Policía o de las Fuerzas Armadas ejerzan funciones de custodia directa en los establecimientos de las personas privadas de libertad, con la excepción de las instalaciones policiales o militares.

Los lugares de privación de libertad para mujeres, o las secciones de mujeres en los establecimientos mixtos, estarán bajo la dirección de personal femenino. La vigilancia y custodia de las mujeres privadas de libertad será ejercida exclusivamente por personal del sexo femenino, sin perjuicio de que funcionarios con otras capacidades o de otras disciplinas, tales como médicos, profesionales de enseñanza o personal administrativo, puedan ser del sexo masculino.

Se dispondrá en los lugares de privación de libertad de personal calificado y suficiente para garantizar la seguridad, vigilancia, custodia, y para atender las necesidades médicas, psicológicas, educativas, laborales y de otra índole.

Se asignará al personal de los lugares de privación de libertad los recursos y el equipo necesarios para que puedan desempeñar su trabajo en las condiciones adecuadas, incluyendo una remuneración justa y apropiada, y condiciones dignas de alojamiento y servicios básicos apropiados.

El personal de los lugares de privación de libertad recibirá instrucción inicial y capacitación periódica especializada, con énfasis en el carácter social de la función. La formación de personal deberá incluir, por lo menos, capacitación sobre derechos humanos; sobre derechos, deberes y prohibiciones en el ejercicio de sus funciones; y sobre los principios y reglas nacionales e internacionales relativos al uso de la fuerza, armas de fuego, así como sobre contención física. Para tales fines, los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos promoverán la creación y el funcionamiento de programas de entrenamiento y de enseñanza especializada, contando con la participación y cooperación de instituciones de la sociedad y de la empresa privada.

Principio XXI

Registros corporales, inspección de instalaciones y otras medidas

Los registros corporales, la inspección de instalaciones y las medidas de organización de los lugares de privación de libertad, cuando sean procedentes de conformidad con la ley, deberán obedecer a los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Los registros corporales a las personas privadas de libertad y a los visitantes de los lugares de privación de libertad se practicarán en condiciones sanitarias adecuadas, por personal calificado del mismo sexo, y deberán ser compatibles con la dignidad humana y con el respeto a los derechos fundamentales. Para ello, los Estados Miembros utilizarán medios alternativos que tomen en consideración procedimientos y equipo tecnológico u otros métodos apropiados.

Los registros intrusivos vaginales y anales serán prohibidos por la ley.

Las inspecciones o registros practicados al interior de las unidades e instalaciones de los lugares de privación de libertad, deberán realizarse por autoridad competente, conforme a un debido procedimiento y con respeto a los derechos de las personas privadas de libertad.

Principio XXII

Régimen disciplinario

1. Sanciones disciplinarias

Las sanciones disciplinarias que se adopten en los lugares de privación de libertad, así como los procedimientos disciplinarios, deberán estar sujetas a control judicial y estar previamente establecidas en las leyes, y no podrán contravenir las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

2. Debido proceso legal

La determinación de las sanciones o medidas disciplinarias y el control de su ejecución estarán a cargo de autoridades competentes, quienes actuarán en toda circunstancia conforme a los principios del debido proceso legal, respetando los derechos humanos y las garantías básicas de las personas privadas de libertad, reconocidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

3. Medidas de aislamiento

Se prohibirá, por disposición de la ley, las medidas o sanciones de aislamiento en celdas de castigo.

Estarán estrictamente prohibidas las medidas de aislamiento de las mujeres embarazadas; de las madres que conviven con sus hijos al interior de los establecimientos de privación de libertad; y de los niños y niñas privados de libertad.

El aislamiento sólo se permitirá como una medida estrictamente limitada en el tiempo y como un último recurso, cuando se demuestre que sea necesaria para salvaguardar intereses legítimos relativos a la seguridad interna de los establecimientos, y para proteger derechos fundamentales, como la vida e integridad de las mismas personas privadas de libertad o del personal de dichas instituciones.

En todo caso, las órdenes de aislamiento serán autorizadas por autoridad competente y estarán sujetas al control judicial, ya que su prolongación y aplicación inadecuada e innecesaria constituiría actos de tortura, o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En caso de aislamiento involuntario de personas con discapacidad mental se garantizará, además, que la medida sea autorizada por un médico competente; practicada de acuerdo con procedimientos oficialmente establecidos; consignada en el registro médico individual del paciente; y notificada inmediatamente a sus familiares o representantes legales. Las personas con discapacidad

mental sometidas a dicha medida estarán bajo cuidado y supervisión permanente de personal médico calificado.

4. Prohibición de sanciones colectivas

Se prohibirá por disposición de la ley la aplicación de sanciones colectivas.

5. Competencia disciplinaria

No se permitirá que las personas privadas de libertad tengan bajo su responsabilidad la ejecución de medidas disciplinarias, o la realización de actividades de custodia y vigilancia, sin perjuicio de que puedan participar en actividades educativas, religiosas, deportivas u otras similares, con participación de la comunidad, de organizaciones no gubernamentales y de otras instituciones privadas.

Principio XXIII

Medidas para combatir la violencia y las situaciones de emergencia

1. Medidas de prevención

De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, se adoptarán medidas apropiadas y eficaces para prevenir todo tipo de violencia entre las personas privadas de libertad, y entre éstas y el personal de los establecimientos.

Para tales fines, se podrán adoptar, entre otras, las siguientes medidas:

- a. Separar adecuadamente las diferentes categorías de personas, conforme a los criterios establecidos en el presente documento;
- b. Asegurar la capacitación y formación continua y apropiada del personal;
- c. Incrementar el personal destinado a la seguridad y vigilancia interior, y establecer patrones de vigilancia continua al interior de los establecimientos;
- d. Evitar de manera efectiva el ingreso de armas, drogas, alcohol y de otras sustancias u objetos prohibidos por la ley, a través de registros e inspecciones periódicas, y la utilización de medios tecnológicos u otros métodos apropiados, incluyendo la requisa al propio personal;
- e. Establecer mecanismos de alerta temprana para prevenir las crisis o emergencias;
- f. Promover la mediación y la resolución pacífica de conflictos internos;
- g. Evitar y combatir todo tipo de abusos de autoridad y actos de corrupción; y
- h. Erradicar la impunidad, investigando y sancionando todo tipo de hechos de violencia y de corrupción, conforme a la ley.

2. Criterios para el uso de la fuerza y de armas

El personal de los lugares de privación de libertad no empleará la fuerza y otros medios coercitivos, salvo excepcionalmente, de manera proporcionada, en casos de gravedad, urgencia y necesidad, como último recurso después de haber agotado previamente las demás vías disponibles, y por el tiempo y en la medida indispensables para garantizar la seguridad, el orden interno, la protección de los derechos fundamentales de la población privada de libertad, del personal o de las visitas.

Se prohibirá al personal el uso de armas de fuego u otro tipo de armas letales al interior de los lugares de privación de libertad, salvo cuando sea estrictamente inevitable para proteger la vida de las personas.

En toda circunstancia, el uso de la fuerza y de armas de fuego o de cualquier otro medio o método utilizado en casos de violencia o situaciones de emergencia, será objeto de supervisión de autoridad competente.

3. Investigación y sanción

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos realizarán investigaciones serias, exhaustivas, imparciales y ágiles sobre todo tipo de actos de violencia o situaciones de emergencia ocurridas al interior de los lugares de privación de libertad, con el fin de esclarecer sus causas, individualizar a los responsables e imponer las sanciones legales correspondientes.

Se tomarán medidas apropiadas y se harán todos los esfuerzos posibles para evitar la repetición de tales hechos al interior de los establecimientos de privación de libertad.

Principio XXIV

Inspecciones institucionales

De conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional se podrán practicar visitas e inspecciones periódicas en los lugares de privación de libertad, por parte de instituciones y organizaciones nacionales e internacionales, a fin de verificar, en todo momento y circunstancia, las condiciones de privación de libertad y el respeto de los derechos humanos.

Al practicarse las inspecciones se permitirá y garantizará, entre otros, el acceso a todas las instalaciones de los lugares de privación de libertad; el acceso a la información y documentación relacionada con el establecimiento y las personas privadas de libertad; y la posibilidad de entrevistar en privado y de manera confidencial a las personas privadas de libertad y al personal.

En toda circunstancia se respetará el mandato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de sus Relatorías, en particular la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, a fin de que puedan verificar el respeto de la dignidad y de los derechos y garantías fundamentales de las personas privadas de libertad, en los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Estas disposiciones no afectarán a las obligaciones de los Estados Partes en virtud de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos adicionales de 8 de junio de 1977 o la posibilidad abierta a cualquier Estado Parte de autorizar al Comité Internacional de la Cruz Roja a visitar los lugares de detención en situaciones no cubiertas por el derecho internacional humanitario.

Principio XXV

Interpretación

Con el fin de respetar y garantizar plenamente los derechos y las libertades fundamentales reconocidas por el sistema interamericano, los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán interpretar extensivamente las normas de derechos humanos, de tal forma que se aplique en toda circunstancia las cláusulas más favorables a las personas privadas de libertad.

Lo establecido en el presente documento no se interpretará como limitación, suspensión o restricción de los derechos y garantías de las personas privadas de libertad, reconocidos en el derecho interno e internacional, so pretexto de que este documento no los contempla o los contempla en menos grado.

EXTRACTO

Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs.
Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007
(Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y
costas)

duración era de por sí ilegal, haciéndose innecesario en este punto analizar el plazo máximo consagrado en la legislación interna, a efectos de aplicar el artículo 7.2 de la Convención. En lo referente al artículo 7.5 convencional, el señor Lapo tampoco fue llevado "sin demora" ante un juez, para que justamente controle la ilegalidad de su detención, lo que acarrea la violación del señalado precepto.

*

* *

88. Por todo lo anterior, el Tribunal declara que el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 7.2, 7.4 y 7.5 de la Convención en perjuicio del señor Chaparro, y el derecho consagrado en el artículo 7.2 y 7.5 del mismo instrumento internacional en perjuicio del señor Lapo. Consecuentemente, se violó el derecho a la libertad personal de las dos víctimas contemplado en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el deber de respeto establecido en el artículo 1.1 de la misma.

**C) ARBITRARIEDAD DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE
 LOS SEÑORES CHAPARRO Y LAPO**

89. El artículo 7.3 de la Convención establece que "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

90. La Corte ha establecido en otras oportunidades que

nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad⁴⁴.

91. La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que, si bien cualquier detención debe llevarse a cabo de conformidad con los procedimientos establecidos en la ley nacional, es necesario además que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expuestos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención⁴⁵.

92. El Comité de Derechos Humanos ha precisado que

no se debe equiparar el concepto de "arbitrariedad" con el de "contrario a ley", sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las "garantías procesales"[. E]llo significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no solo lícita sino además razonable en toda circunstancia⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47.

⁴⁵ Cfr. *ECHR, Case of Kemmache v. France*, Judgment of 24 November 1994, para. 37. El Tribunal Europeo señaló lo siguiente:

The Court reiterates that the words "in accordance with a procedure prescribed by law" essentially refer back to domestic law; they state the need for compliance with the relevant procedure under that law. However, the domestic law must itself be in conformity with the Convention, including the general principles expressed or implied therein. The notion underlying the term in question is one of fair and proper procedure, namely that any measure depriving a person of his liberty should issue from and be executed by an appropriate authority and should not be arbitrary (see the *Winterwerp v. the Netherlands* judgment of 24 October 1979, Series A no. 33, pp. 19-20, para. 45).

⁴⁶ Cfr. Comité de Derechos Humanos, *Caso Albert Womah Mukong c. Camerún*, (458/1991), 21 de julio de 1994, Doc. ONU CCPR/C/51/D/458/1991, párr. 9.8.

93. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia⁴⁷; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional⁴⁸, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales⁴⁹, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención⁵⁰.

94. Con base en lo anterior la Corte procederá a analizar: a) si el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 7.3 de la Convención en la detención del señor Lapo, y b) si la orden de prisión preventiva en contra de los señores Chaparro y Lapo y el mantenimiento de la misma fueron arbitrarias.

a) *detención del señor Lapo*

95. La Comisión señaló que la detención del señor Lapo fue arbitraria puesto que se realizó en aplicación del principio de "grave presunción de responsabilidad" contenido, según su parecer, en el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, "ya que el Estado no ha alegado o presentado elementos que demuestren que fue aprehendido en delito fragante". Para la Comisión esa norma legal sería contraria a la Constitución ecuatoriana y a la Convención Americana. El Estado no presentó argumentos concretos en este punto.

96. La Corte advierte, en primer lugar, que la Comisión no demostró que la disposición legal que menciona haya sido aplicada al caso concreto y, en segundo lugar, que la detención del señor Lapo ya fue calificada como ilegal desde su inicio, justamente porque no estuvo precedida de orden escrita de juez ni de flagrancia. Toda detención ilegal comporta un grado de arbitrariedad, pero esa arbitrariedad está subsumida en el análisis de la ilegalidad que la Corte hace conforme al artículo 7.2 de la Convención. La arbitrariedad de la que habla el artículo 7.3 convencional

⁴⁷ Cfr. *Caso Servellón García y otros, supra* nota 17, párr. 90, y *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 111.

⁴⁸ Cfr. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 197, y *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 106.

⁴⁹ Cfr. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 228.

⁵⁰ Cfr. *Caso García Asto y Ramírez Rojas, supra* nota 48, párr. 128.

tiene un contenido jurídico propio, tal y como se indicó en los párrafos anteriores (*supra* párrs. 93).

97. Por ello, la Corte declara que el Estado no violó el artículo 7.3 de la Convención en lo que respecta a la detención del señor Lapo.

b) prisión preventiva de los señores Chaparro y Lapo

98. Los representantes agregaron que “el procedimiento mental” que llevó a la Jueza a dictar el auto cabeza de proceso que ordenó la prisión preventiva de las dos víctimas fue “invisible para los operarios jurídicos, para los abogados, para las propias víctimas. No consta [...] el mecanismo mental, por el cual se [...] pueda atribuir la comisión de un delito o simplemente la existencia de un delito, salvo la mera existencia de un Informe Policial”. El Estado y la Comisión no presentaron argumentos concretos sobre este punto.

99. De la prueba aportada, la Corte encuentra que el 17 de noviembre de 1997, dos días después de la detención de las víctimas, la Jueza a cargo del procedimiento seguido en su contra recibió información de la Policía Antinarcóticos⁵¹ sobre la aprehensión en el aeropuerto de la ciudad de Guayaquil el 14 de noviembre de 1997 de 44 cajas térmicas pertenecientes a la compañía “Mariscos Oreana Maror” que contenían pescado, pero que en el interior de todas las estructuras se encontraban 448 tubos de PVC con una sustancia que a la postre resultó ser clorhidrato de cocaína y heroína.

100. Posteriormente, el 8 de diciembre de 1997, 23 días después de la detención de las víctimas, la Jueza dictó un “auto cabeza de proceso” en el que expuso:

la[s] estructuras de poliestileno expandible conocida[s] como c[a]jas térmicas o hieleras se observa que estas tienen un perfecto acabado[,] no existe por consiguiente ninguna incisión que permite sospechar que los paquetes de droga hayan sido in[s]ertados cuando las cajas térmicas estaban terminadas[,] pues el trabajo evidencia que los paquetes o tubos que contienen la droga fueron colocados en el momento mismo de la fabricación de aquellas hieleras[...]

Hasta el momento los investigadores han determinado que la empresa de fachada MAROR adquiriría las hieleras o cajas t[é]rmicas [...] en la fábrica AISLANTES PLUMAVIT DEL ECUADOR C. Ltda. de propiedad y [g]erenciada por el hoy detenido JUAN CARLOS CHAPARRO [Á]LVAREZ, quien ha surtido de los dos tamaños de hielera que fueron aprendidas [...]

Como lo relatado constituye infracción punible y pesquizable de oficio, dicto el presente autocabeza de proceso, e instruyo sumario de ley en contra de: [...] JUAN CARLOS CHAPARRO [Á]LVAREZ, FREDDY HERN[Á]N LAPO [Í]ÑIGUEZ [...]

Por encontrarse reunidos los requisitos del art. 177 del Código de Procedimiento Penal[,] dicto Auto de Prisión Preventiva en contra de: [...] JUAN CARLOS CHAPARRO [Á]LVAREZ, FREDDY HERN[Á]N LAPO [Í]ÑIGUEZ [...] ⁵².

101. La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga⁵³.

⁵¹ Cfr. oficio No. 3370-CP2-JPA-G-97 de 16 de noviembre de 1997 emitido por el Jefe Provincial Antinarcóticos del Guayas (expediente judicial, cuerpo 1, folios 1306 a 1308).

⁵² Cfr. auto cabeza de proceso emitido el 8 de diciembre de 1997 por la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas (expediente judicial, cuerpo 20, folios 3391 a 3393).

⁵³ *Caso Servellón García y otros, supra* nota 17, párr. 90.

102. En el mismo sentido, la Corte Europea ha señalado que “la razonabilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención constituye un elemento especial de la garantía ofrecida por el artículo 5.1 del Convenio Europeo contra las privaciones de libertad arbitrarias”, añadiendo que “[la existencia] de sospechas razonables presupone la [...] de hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción”⁵⁴.

103. Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (*supra* párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia⁵⁵.

104. El artículo 170 del Código Procesal Penal ecuatoriano vigente al momento de los hechos sólo permitía al juez ordenar medidas cautelares “[a] fin de garantizar la inmediación del acusado con el proceso”, mientras que el artículo 177 disponía que el juez, “cuando lo creyere necesario”, podía dictar auto de prisión preventiva siempre que aparezcan los siguientes datos procesales: a) indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y b) indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso. Además, el mismo artículo ordenaba que “[e]n el auto se precisará los indicios que fundamentan la orden de prisión”.

105. En el auto que ordenó la prisión preventiva de las víctimas (*supra* párr. 100) no consta una descripción, aunque sea somera, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el señor Lapo supuestamente cometió el ilícito, ni la indicación de la acción u omisión atribuida que precise los elementos que caractericen la imputación. En lo que respecta al señor Chaparro, la autoridad judicial no fundamentó las razones por las cuales creía que su prisión preventiva era indispensable para “garantizar la inmediación” del acusado o para permitir el desarrollo del procedimiento. Además, no se señaló el tipo penal supuestamente infringido por las dos víctimas. Por consiguiente, la prisión preventiva dictada contra los señores Chaparro y Lapo fue arbitraria.

106. Aún cuando lo anterior es suficiente para declarar la violación del artículo 7.3 de la Convención, la Corte considera importante referirse a lo alegado por la Comisión en el sentido de que durante el proceso penal seguido en contra de las víctimas en ningún momento se revisaron los fundamentos de la medida privativa de la libertad. El Estado no presentó argumentos concretos sobre este punto.

⁵⁴ Cfr. *ECHR, Case Fox, Campbell y Hartley v. United Kingdom*, Judgment of 30 August 1990, para. 32. Traducción de la Secretaría de la Corte. El texto original en inglés es el siguiente:

The "reasonableness" of the suspicion on which an arrest must be based forms an essential part of the safeguard against arbitrary arrest and detention which is laid down in Article 5 § 1 (c) (art. 5-1-c). The Court agrees with the Commission and the Government that having a "reasonable suspicion" presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence. What may be regarded as "reasonable" will however depend upon all the circumstances.

⁵⁵ Cfr. *Caso Servellón García y otros*, *supra* nota 17, párr. 90, y *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 47, párr. 111.

107. El Tribunal recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. Para determinar lo anterior, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. Al respecto, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias⁵⁶. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este entendido, la Corte reseña los argumentos ofrecidos por las víctimas para conseguir su libertad y la respuesta que obtuvieron de las autoridades competentes.

108. En la especie, las “presunciones de responsabilidad” que la Policía tenía contra el señor Chaparro se basaban, *inter alia*, en que:

la empresa MAROR que es propiedad de la organización internacional de narcotráfico se proveía en PLUMAVIT de las cajas hieleras para el embalaje del pescado [...].

[A]nalizado el sistema de camuflaje del clorhidrato de heroína y de cocaína aprehendido, es un hecho irrefutable que los tubos de PVC que contienen la droga [...] fueron colocados en los moldes de las máquinas inyectoras para que al procesar la elaboración de las hieleras, dicha droga se constituya en una parte estructural de la base de las hieleras, lo que significa que es en la fábrica de estas cajas térmicas [...] donde se realizaba el verdadero camuflaje de la droga.

[...]

En su afán de eludir responsabilidades, JUAN CARLOS CHAPARRO [Á]LVAREZ [...] trat[ó] de explicar que [las hieleras] no fueron fabricadas en su empresa [...] existiendo la posibilidad de que si no fueron fabricadas en esta empresa, sí fueron almacenadas en sus instalaciones [...] En este caso las responsabilidades están dadas en la persona de JUAN CARLOS CHAPARRO [Á]LVAREZ por su condición de Gerente Propietario de PLUMAVIT, representante legal y además porque como dueño estaba conciente y en conocimiento pleno de todo lo que pasaba en su empresa⁵⁷.

109. Por su parte, la Policía señaló que el señor Lapo

presenta una serie de explicaciones de índole técnica con las que trata de mantener sus versiones en el sentido de que las hieleras donde fue encontrada la droga no fueron fabricadas en PLUMAVIT. Pero como técnico está en capacidad de cambiar de moldes y satisfacer cualquier demanda del cliente, y en el caso de que no hubiesen sido fabricadas ahí las hieleras cuestionadas, sí estuvo presente [...] en las entregas nocturnas de estas cajas ya terminadas con la droga en el interior de su estructura [...] ⁵⁸.

110. En el proceso interno se realizaron cinco peritajes en torno a los cuales se desarrolló gran parte de los alegatos de defensa. El primero de ellos concluyó que el molde encontrado en la fábrica Plumavit “no corresponde al que se utilizó para

⁵⁶ Cfr. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 144, 153 y 164. Asimismo, la Corte Europea ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. Cfr. *ECHR, Case of Hadjianstassiou v. Greece*, Judgment of 16 December 1992, para. 23.

⁵⁷ Cfr. informe No. 512-JPA-G-97, *supra* nota 30 (folios 3018 a 3020).

⁵⁸ Cfr. informe No. 512-JPA-G-97, *supra* nota 30 (folio 3021).

fabricar la caja involucrada en el ilícito⁵⁹. Este peritaje fue solicitado por el Jefe Provincial de INTERPOL del Guayas⁶⁰ antes de que la Policía remitiera su informe a la Jueza de la causa y, según el señor Chaparro, a pedido expreso suyo. En efecto, en la audiencia pública de este caso (*supra* párr. 8) el señor Chaparro indicó que, una vez detenido, fue llevado al lugar en el que se encontraban las cajas aprehendidas en el ilícito (*supra* párr. 99). Al verlas, informó a los agentes policiales que esas hieleras no fueron elaboradas por su fábrica y para comprobarlo pidió que se hiciera un peritaje. La Policía no esperó el resultado de la pericia para enviar su informe a la Jueza (*supra* párr. 99) y ésta, a su vez, no esperó tal resultado para decidir sobre la sindicación de los señores Chaparro y Lapo ni para ordenar su prisión preventiva⁶¹. El resultado de la pericia fue finalmente enviado a la Jueza el 10 de diciembre de 1997, dos días después del auto cabeza de proceso (*supra* párr. 100).

111. El segundo peritaje señaló que las hieleras utilizadas en el ilícito no podían haber sido fabricadas por Plumavit⁶².

112. El tercer peritaje, al revisar las máquinas de la fábrica Plumavit, concluyó que las cajas “no fueron inyectadas en el mismo molde”⁶³.

113. El cuarto peritaje estableció que las hieleras “fueron fabricadas en diferentes moldes, con diferente técnica, de diferentes medidas y que notoriamente son diferentes a las producidas por [la fábrica Plumavit]”⁶⁴.

114. El quinto peritaje correspondía a una prueba técnicamente conocida como ION-SCANNER⁶⁵. La máquina utilizada en este peritaje sirve para “ver la presencia científica computarizada de partículas de droga”. En esta prueba los peritos tomaron muestras de los moldes que se encontraban en la fábrica y solicitaron a la Jueza el plazo de 5 días para presentar sus informes finales. En el expediente ante la Corte no aparece prueba alguna de que dichos informes hayan sido presentados. Sobre esta diligencia probatoria, el Jefe de la DEA (Drug Enforcement Administration) en Guayaquil dirigió a la Jueza un oficio en el que señaló:

Después de muchas pruebas con el equipo electroquímico, en el almacén y en el área de la oficina, el Químico David Morillo describió una reacción positiva de la presencia de cocaína en la Máquina Número 5 (Máquina Moldeadora de Plumafón) situada en el almacén del negocio. El equipo electroquímico indicó que la cocaína había estado en la máquina o cerca de la máquina moldeadora de plumafón⁶⁶.

⁵⁹ Cfr. oficio DEC-FIMCP-560-97 emitido el 8 de diciembre de 1997 por el decano de la Facultad de Ingeniería en Mecánica y Ciencias de la Producción de la Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL) (expediente de anexos a la demanda, anexo 12, folio 877).

⁶⁰ Cfr. oficio No. 3597-JPAG-97 emitido el 24 de noviembre de 1997 por el Jefe Provincial de INTERPOL del Guayas (expediente de anexos a la demanda, anexo 9, folios 858-859).

⁶¹ La Jueza estuvo consciente de que tal peritaje estaba pendiente, puesto que lo volvió a ordenar en el auto cabeza de proceso de 8 de diciembre de 1997. Cfr. auto cabeza de proceso de 8 de diciembre de 1997, *supra* nota 52 (folios 873 y 874).

⁶² Cfr. peritaje rendido por el ingeniero Riccardo Delfini Mechelli el 9 de enero de 1998 en el juicio penal No. 370-97 (expediente judicial, cuerpo 26, folios 4066 y 4067).

⁶³ Cfr. peritaje rendido por el ingeniero Daniel Burgos el 9 de enero de 1998 en el juicio penal No. 370-97 (expediente judicial, cuerpo 26, folios 4064 y 4065).

⁶⁴ Cfr. peritaje rendido por el ingeniero Rodrigo Cevallos Salvador el 9 de enero de 1998 en el juicio penal No. 370-97 (expediente judicial, cuerpo 26, folios 4069 a 4071).

⁶⁵ Cfr. acta de la realización del peritaje ION-SCAN en el juicio penal No. 370-97 emitida el 8 de enero de 1998 (expediente judicial, cuerpo 25, folio 4033).

⁶⁶ Cfr. escrito presentado el 13 de enero de 1998 por Víctor Cortez, Jefe de la DEA en Guayaquil a la Jueza Décimo Noveno de lo Penal del Guayas (expediente judicial, cuerpo 26, folio 4094).

115. A partir de la realización de los cinco peritajes, los señores Chaparro y Lapo reafirmaron sus descargos. En efecto, aún cuando se reconoció que existía una relación comercial entre “Mariscos Oreana Maror” y la fábrica Plumavit, en que la primera compraba hieleras a la segunda, se alegó que se trataba meramente de contratos de compraventa, sin que la fábrica Plumavit tenga conocimiento del destino que Maror daba a las hieleras. Además, se alegó que la mayoría de peritajes demostraban que las hieleras aprehendidas no habían sido fabricadas en Plumavit, aspecto directamente relacionado con el motivo de su detención. Finalmente, en relación con el ION-SCANNER, sostuvieron que sus abogados fueron notificados de la resolución que lo ordenaba el mismo día en que fue practicado, por lo que no pudieron estar presentes; y que para la realización de los primeros cuatro peritajes (*supra* párrs. 110 a 113) los expertos tuvieron que colocar las hieleras aprehendidas con la droga en las máquinas de Plumavit, para comprobar si calzaban o no, por lo que era lógico suponer que partículas de droga de esas cajas contaminaron las máquinas, y que fueron esas las partículas que el ION-SCANNER detectó. Con base en ello, solicitaron en diversas ocasiones que la prisión preventiva fuese revocada⁶⁷.

116. Los múltiples escritos de las víctimas, por lo general, no fueron respondidos por la Jueza, y en la única ocasión en que sí lo hizo, se limitó a señalar: “[n]iégrese las peticiones de revocatoria del auto de prisión preventiva que pesa en su contra”⁶⁸. En cuanto al ION-SCANNER, únicamente resolvió: “[n]iégrese por improcedente la impugnación [...] por cuanto la providencia que señalaba dicho acto procesal fue notificada oportunamente a las partes”⁶⁹, sin hacer mención a la alegada contaminación de las máquinas.

117. La Corte resalta que 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.

118. Por otro lado, la Corte destaca que la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. En efecto, la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido

⁶⁷ Cfr. escrito presentado por el abogado del señor Chaparro el 11 de diciembre de 1997 solicitando la revocación de la orden de prisión en virtud los resultados del peritaje de la ESPOL (expediente judicial, cuerpo 22, folios 3590 a 3593); escrito presentado por el abogado del señor Chaparro el 13 de enero de 1998 impugnando el resultado del peritaje de ION-SCAN y solicitando la revocación de la prisión preventiva (expediente judicial, cuerpo 26, folios 4095 a 4105); escrito presentado por el abogado del señor Chaparro el 25 de febrero de 1998 impugnando el resultado del peritaje de ION-SCAN y solicitando la revocación de la prisión preventiva (expediente judicial, cuerpo 30, folios 4619 a 4629); escrito presentado por el abogado del señor Lapo el 22 de enero de 1998 impugnando el resultado del peritaje de ION-SCAN, solicitando la declaración de los agentes investigadores y la revocación de la prisión preventiva (expediente judicial, cuerpo 27, folios 4231 a 4234), y escrito presentado por el abogado del señor Lapo el 27 de febrero de 1998 indicando que la Jueza de la causa “no [les] dio oportunidad de ejercer el derecho de defensa” al haberse notificado demasiado tarde la providencia que ordenaba la práctica de ION-SCAN (expediente judicial, cuerpo 31, folio 4726).

⁶⁸ Cfr. auto de 12 de enero de 1998 emitido por la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas (expediente judicial, cuerpo 26, folio 4072).

⁶⁹ Cfr. auto de 26 de enero de 1998 emitido por la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas (expediente judicial, cuerpo 27, folio 4247).

debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente, más aún en ámbitos en los que se comprometen derechos tan importantes como la libertad del procesado. Ello no ocurrió en el presente caso. La falta de motivación en las decisiones de la Jueza impidió que la defensa conociera las razones por las cuales las víctimas permanecían privadas de su libertad y dificultó su tarea de presentar nueva evidencia o argumentos con el fin de lograr la liberación o impugnar de mejor manera una prueba de cargo determinante.

119. Por lo anterior, la Corte concluye que el Estado violó el derecho de las víctimas consagrado en el artículo 7.3 de la Convención Americana, por la falta de una debida motivación en la adopción y mantenimiento de la prisión preventiva de los señores Chaparro y Lapo. Con ello, el Estado violó su derecho a la libertad personal contemplado en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el deber de respeto establecido en el artículo 1.1 de la misma.

D) RECURSOS DISPONIBLES PARA CONTROVERTIR LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE LOS SEÑORES CHAPARRO Y LAPO

120. La Comisión sostuvo que el Estado violó el artículo 7.6 de la Convención puesto que los recursos interpuestos por los señores Chaparro y Lapo fueron ineficaces, “ya que en ningún momento se revisaron los fundamentos de la medida privativa de libertad”. Adicionalmente, consideró que se violaría el artículo 2 de la Convención porque la autoridad encargada de conocer el recurso de hábeas corpus constitucional es un alcalde, “es decir una autoridad administrativa”.

121. Respecto a la eficacia, el Estado afirmó que la resolución de los recursos presentados fue “debidamente motivada y apegada a derecho”. En lo referente a la autoridad que conoce el recurso de hábeas corpus, reconoció que “lo óptimo resulta atribuir [l]a competencia a un juez, a una persona formada en Derecho”. No obstante, indicó que lo anterior “no significa que en el presente caso, la norma constitucional invocada y la actuación del Alcalde, hayan desconocido algún derecho impugnado por esta vía”. Asimismo, como se indicó anteriormente (*supra* párr. 25), el Estado se allanó a las pretensiones de las partes referentes al incumplimiento del artículo 2 de la Convención.

122. La Corte advierte que en el Ecuador existían al momento de los hechos dos tipos de recursos que permitían revisar la legalidad de una privación de libertad. El primero de ellos era el hábeas corpus constitucional, consagrado en el artículo 28 de la Constitución, el cual disponía en lo pertinente que:

Toda persona que creyere estar ilegalmente privada de su libertad podrá acogerse al Hábeas Corpus. Este derecho lo ejercerá por sí o por interpuesta persona, sin necesidad de mandato escrito, ante el Alcalde bajo cuya jurisdicción se encontrare o ante quien hiciere sus veces. La autoridad municipal ordenará inmediatamente que el recurrente sea conducido a su presencia y se exhiba la orden de privación de su libertad. Su mandato será obedecido sin observación ni excusa por los encargados del centro de rehabilitación social o lugar de detención.

Instruido de los antecedentes, el Alcalde dispondrá la inmediata libertad del reclamante, si el detenido no fuere presentado o si no se exhibiere la orden, o si ésta no cumpliera los requisitos legales, o si se hubieren cometido vicios de procedimiento o, en fin, si hubiere justificado el fundamento del recurso.

123. La Ley de Control Constitucional preveía en su artículo 31 el recurso de apelación a las decisiones denegatorias del hábeas corpus constitucional, a saber:

EXTRACTO

Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela,
Sentencia de 17 de noviembre de 2009, (fondo,
reparaciones y costas)

109. Venezuela ratificó la Convención Americana en 1977 y los hechos del presente caso ocurrieron en 1993. El Estado tuvo 16 años para adaptar su ordenamiento interno a la Convención, lo que no hizo. Consecuentemente, la Corte rechaza el argumento del Estado (*supra* párr. 105).

VI

ARTÍCULO 7 (LIBERTAD PERSONAL)⁵⁷, EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS) Y 2 (DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

1. *detención arbitraria (artículo 7.3)*

110. La Comisión indicó que al señor Barreto Leiva le fue impuesta una detención preventiva “sobre la base exclusiva de indicios de culpabilidad [...], sin motivación alguna sobre los fines procesales que perseguía la aplicación de dicha figura”, todo lo cual constituyó, en el criterio de aquélla, una violación de los derechos consagrados en los artículos 7.1 y 7.3 de la Convención Americana. El representante se adhirió a lo expuesto por la Comisión y el Estado no contravirtió estos alegatos.

111. La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga⁵⁸. Sin embargo, “aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”⁵⁹.

112. El artículo 182 del CEC vigente en Venezuela en la época de los hechos establecía, en lo pertinente, que:

Siempre que resulte plenamente comprobado que se ha cometido un hecho punible que merezca pena corporal, sin estar evidentemente prescrita la acción penal correspondiente, y aparezcan fundados indicios de la culpabilidad de alguna persona, el Tribunal Instructor decretará la detención del indiciado, por auto razonado, que contendrá:

⁵⁷ El artículo 7 de la Convención estipula, en lo pertinente, que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

[...]

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

[...]

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

⁵⁸ *Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 101 y *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 90.

⁵⁹ *Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, supra* nota 58, párr. 103; *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, supra* nota 58, párr. 90, y *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, supra* nota 22, párr. 111.

1. El nombre y apellido del indiciado y cualesquiera otros datos que sirvan para su identificación.
2. Una relación sucinta de los fundamentos de hecho y de derecho del auto de detención y la calificación provisional del delito.

113. El 18 de mayo de 1994 la CSJ, con base en el artículo 182 del CEC citado en el párrafo anterior, decretó la “detención judicial” del señor Barreto Leiva, “por la comisión del delito de complicidad en malversación genérica”. La CSJ señaló:

queda indiciariamente establecida la asistencia prestada por los ciudadanos [...] y Oscar Barreto Leiva para el traslado ilegal en dólares, de que fue objeto una parte de los doscientos cincuenta millones de bolívares (Bs. 250.000.000,00), ordenado por el Ministerio de Relaciones Interiores a favor del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia, y que se hizo efectiva en dos remesas de fechas 17-3-89 y 21-3-89, por quinientos mil dólares (\$ 500.000,00) y dos millones de dólares (\$ 2.000.000,00), respectivamente (resaltados omitidos)⁶⁰.

114. De la lectura total de la orden de detención judicial, el Tribunal concluye que el Estado, a través de la CSJ, cumplió con el primer extremo necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de la medida cautelar, esto es, señalar los indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Corresponde verificar si el Estado cumplió con el segundo extremo, esto es, que la medida cautelar se base en el fin legítimo de asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento o que no eludirá la acción de la justicia (*supra* párr. 111).

115. Al respecto, la Corte nota que la orden de detención judicial en ninguna de sus 454 hojas hace mención a la necesidad de dictar la prisión preventiva del señor Barreto Leiva porque existen indicios suficientes, que persuadan a un observador objetivo, de que éste va a impedir el desarrollo del procedimiento o eludir la acción de la justicia. Lo anterior, sumado al hecho de que la legislación interna (*supra* párr. 112) únicamente requería de “fundados indicios de la culpabilidad”, sin hacer alusión al fin legítimo que la medida cautelar debe buscar, llevan al Tribunal a concluir que la prisión preventiva en el presente caso se aplicó como la regla y no como la excepción.

116. En consecuencia, el Tribunal declara que el Estado, al no haber brindado una motivación suficiente respecto a la consecución de un fin legítimo compatible con la Convención a la hora de decretar la prisión preventiva del señor Barreto Leiva, violó su derecho a no ser sometido a detención arbitraria, consagrado en el artículo 7.3 de la Convención. Del mismo modo, se afectó su derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, puesto que “cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona”⁶¹. Finalmente, el Tribunal declara que el Estado incumplió su obligación consagrada en el artículo 2 de la Convención, puesto que su ley interna no establecía garantías suficientes al derecho a la libertad personal, ya que permitía el encarcelamiento de comprobarse únicamente “indicios de culpabilidad”, sin establecer que, además, es necesario que la medida busque un fin legítimo.

⁶⁰ Auto emitido por la CSJ el 18 de mayo de 1994 (expediente de fondo, tomo III, folios 1423, 1424 y 1428 y 1429).

⁶¹ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*, *supra* nota 58, párr. 54.

2. plazo razonable de la prisión preventiva (artículo 7.5) y presunción de inocencia (artículo 8.2)

117. La Comisión manifestó que la prisión preventiva a la que estuvo sometido el señor Barreto Leiva superó en dieciséis días la pena finalmente impuesta. Afirmó que la aplicación de la detención preventiva desconoció el plazo razonable y la garantía de presunción de inocencia consagrados en los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención Americana, "pues dicha detención se convirtió en un medio punitivo y no cautelar". El Estado no presentó argumentos que contradijeran dichas afirmaciones.

118. De la prueba aportada se desprende que el señor Barreto Leiva fue condenado a un año y dos meses de prisión (*supra* párr. 22). Sin embargo, estuvo privado de su libertad de manera preventiva durante un año, dos meses y dieciséis días⁶². Consecuentemente, la detención preventiva de la víctima superó en dieciséis días la condena que finalmente le fue impuesta.

119. El Tribunal ha establecido que el artículo 7.5 de la Convención garantiza el derecho de toda persona en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Esta norma impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar. Desde luego, hay que distinguir entre esta disposición sobre duración de la medida cautelar privativa de la libertad, de la contenida en el artículo 8.1 que se refiere al plazo para la conclusión del proceso. Aun cuando se refieren a cuestiones diferentes, ambas normas se hallan informadas por un mismo designio: limitar en la mayor medida posible la afectación de los derechos de una persona.

120. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia al juicio, distintas de la privación de libertad. Este derecho del individuo trae consigo, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud los procesos penales en los que el imputado se encuentre privado de libertad⁶³.

121. Del principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención, deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva⁶⁴. Constituye, además, la medida más severa que se puede imponer al imputado. Por ello, se debe aplicar excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal⁶⁵.

122. La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad⁶⁶, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe

⁶² Decisión de la CSJ de 13 de junio de 1996 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo I, anexo 15, folio 1182).

⁶³ *Cfr. Caso Bayarri Vs. Argentina, supra* nota 21, párr. 70.

⁶⁴ *Cfr. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, supra* nota 20, párr. 77.

⁶⁵ *Cfr. Caso López Álvarez Vs. Honduras, supra* nota 22, párr. 67; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, supra* nota 22, párr. 196; *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, supra* nota 22, párr. 74, y *Caso Tibi Vs. Ecuador, supra* nota 22, párr. 106.

⁶⁶ *Cfr. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 228; Caso López*

recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida⁶⁷. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción⁶⁸.

123. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte declara que el Estado violó los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención Americana, en cuanto la prisión preventiva del señor Barreto Leiva excedió los límites de temporalidad, razonabilidad y proporcionalidad a los que debió estar sujeta. Todo lo cual constituyó, además, una violación del derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 7.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

VII REPARACIONES

124. Es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁶⁹. En sus decisiones al respecto, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana⁷⁰.

125. De acuerdo con las consideraciones expuestas sobre el fondo y las violaciones a la Convención declaradas en los capítulos anteriores, así como a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y alcances de la obligación de reparar⁷¹, la Corte procederá a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión y por el representante, y la postura del Estado, con el objeto de disponer las medidas tendentes a reparar los daños.

1. Parte lesionada

126. La Corte considera como “parte lesionada” al señor Barreto Leiva, en su carácter de víctima de las violaciones que fueron declaradas en su perjuicio, por lo que será acreedor de las medidas de reparación que, en su caso, fije el Tribunal.

Álvarez Vs. Honduras, supra nota 22, párr. 67, y *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*, supra nota 58, párr. 93.

⁶⁷ Cfr. *Caso Bayarri Vs. Argentina*, supra nota 21, párr. 74.

⁶⁸ Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*, supra nota 58, párr. 93.

⁶⁹ Cfr. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*, supra nota 6, párr. 404 y *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, supra nota 6, párr. 156.

⁷⁰ El artículo 63.1 de la Convención dispone que:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

⁷¹ Cfr. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*, supra nota 6, párr. 406, y *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, supra nota 6, párr. 157.

ANEXOS

Anexo II. Tesis Jurisprudenciales y Aisladas

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Novena Época

Núm. de Registro: 161368

Instancia: Pleno

Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXXIV, Agosto de 2011

Materia(s): Constitucional

Tesis: P. XII/2011

Página: 23

CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA.

Los derechos fundamentales, siendo en su definición más básica pretensiones jurídicas destinadas a establecer los límites que los representantes de los ciudadanos no pueden traspasar en el desarrollo de sus responsabilidades normativas, no son en sí mismos ilimitados. En efecto, su estructura normativa típica no es la propia de las reglas -normas jurídicas con condiciones de aplicación razonablemente detalladas y determinadas, que se aplican mediante razonamientos subsuntivos- sino la que caracteriza a los principios, que son imperativos jurídicos con condiciones de aplicación definidas de modo muy abierto, lo cual los destina naturalmente a entrar en interacción, en los casos concretos, con otras normas con contenidos jurídicos que apuntan en direcciones no idénticas. Es por eso que suele decirse que los derechos fundamentales operan en el razonamiento jurídico como mandatos de optimización, porque su protección y reconocimiento en los textos constitucionales presuponen naturalmente que sus exigencias normativas entrarán en conflicto con otras en los casos concretos, supuesto en el que será necesario desarrollar un ejercicio de ponderación para articular el resultado de su aplicación conjunta en esos casos. Así, en las democracias constitucionales actuales la resolución jurídica de los conflictos que involucran derechos fundamentales no parte cada vez de cero, sino que el sistema jurídico contiene un abanico más o menos consensuado de reglas o criterios que expresan lo que puede o no considerarse un equilibrio adecuado entre ellos en distintos contextos o escenarios aplicativos. Así, algunas de estas reglas están consagradas expresamente en los tratados de derechos humanos o en las Constituciones mismas, y otras se van explicitando a medida que la justicia constitucional va resolviendo casos, incluidos aquellos en los que se juzga la constitucionalidad de los límites a los derechos incluidos en las leyes. De ahí que el legislador es competente genéricamente para emitir normas que regulan y limitan derechos, pero no puede hacerlo como prefiera, sino bajo determinadas condiciones relacionadas tanto con fines como con medios, en tanto que su labor normativa -llegado el caso- debe ser cuidadosamente examinada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para garantizar que los límites que de ella derivan estén justificados por la necesidad de proteger a su vez derechos e intereses constitucionalmente amparados, y no haya sido adoptada sobre bases arbitrarias o insuficientemente sensibles a su impacto en las condiciones de goce del derecho involucrado.

Amparo en revisión 7/2009. Costco de México, S.A. de C.V. 15 de marzo de 2011. Once votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarías: Francisca María Pou Giménez, Fabiana Estrada

Tena y Paula María García Villegas Sánchez Cordero.

El Tribunal Pleno, el cuatro de julio en curso, aprobó, con el número XII/2011, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a cuatro de julio de dos mil once.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Décima Época Núm. de Registro: 2002000
Instancia: Primera Sala Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2 Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a./J. 107/2012 (10a.)
Página: 799

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.

De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Facultad de atracción 135/2011. Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. 19 de octubre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo 28/2010. Demos, Desarrollo de Medios, S.A. de C.V. 23 de noviembre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 2357/2010. Federico Armando Castillo González. 7 de diciembre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Mario Gerardo Avante Juárez.

Amparo directo en revisión 772/2012. Lidia Lizeth Rivera Moreno. 4 de julio de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia.

Amparo directo 8/2012. Arrendadora Ocean Mexicana, S.A. de C.V. y otros. 4 de julio de 2012. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Tesis de jurisprudencia 107/2012 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de tres de octubre de dos mil doce.

Nota:

Por ejecutoria del 9 de octubre de 2013, el Pleno declaró sin materia la contradicción de tesis 26/2013 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis, al existir las jurisprudencias P./J. 20/2014 (10a.) y P./J. 21/2014 (10a.) que resuelve el mismo problema jurídico.

Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 214/2017 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desechada por notoriamente improcedente, mediante acuerdo de 5 de junio de 2017.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Novena Época		Núm. de Registro: 160267
Instancia:	Primera Sala	Jurisprudencia
Fuente:	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta	
	Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1	Materia(s): Constitucional
Tesis:	1a./J. 2/2012 (9a.)	
Página:	533	

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.

Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Amparo en revisión 173/2008. Yaritza Lissete Reséndiz Estrada. 30 de abril de 2008. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.

Amparo en revisión 1215/2008. Jorge Armando Perales Trejo. 28 de enero de 2009. Unanimidad de cuatro votos. Ausente y Ponente: José Ramón Cossío Díaz; en su ausencia hizo suyo el asunto el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar.

Amparo en revisión 75/2009. Blanca Delia Rentería Torres y otra. 18 de marzo de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Francisca María Pou Giménez.

Amparo directo en revisión 1675/2009. Camionera del Golfo, S.A. de C.V. 18 de noviembre de 2009. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Francisca María Pou Giménez.

Amparo directo en revisión 1584/2011. 26 de octubre de 2011. Cinco votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras.

Tesis de jurisprudencia 2/2012 (9a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de ocho de febrero de dos mil doce.

Suprema Corte de Justicia de la Naci3n

D3cima 3poca		N3m. de Registro: 2006224
Instancia:	Pleno	Jurisprudencia
Fuente:	Gaceta del Semanario Judicial de la Federaci3n	
	Libro 5, Abril de 2014, Tomo I	Materia(s): Constitucional
Tesis:	P./J. 20/2014 (10a.)	
P3gina:	202	

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCI3N Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PAR3METRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCI3N HAYA UNA RESTRICCI3N EXPRESA AL EJERCICIO DE AQU3LLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer p3rrafo del art3culo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constituci3n y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretaci3n literal, sistem3tica y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en t3rminos jer3rquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer p3rrafo del citado art3culo 1o., cuando en la Constituci3n haya una restricci3n expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deber3 estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremac3a comporta el encumbramiento de la Constituci3n como norma fundamental del orden jur3dico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jur3dicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que s3 ha evolucionado a ra3z de las reformas constitucionales en comento es la configuraci3n del conjunto de normas jur3dicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremac3a en el orden jur3dico mexicano. Esta transformaci3n se explica por la ampliaci3n del cat3logo de derechos humanos previsto dentro de la Constituci3n Pol3tica de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremac3a constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el par3metro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jur3dico mexicano.

Contradicci3n de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del D3cimo Primer Circuito y el S3ptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayor3a de diez votos de los Ministros: Alfredo Guti3rrez Ortiz Mena, quien se reserv3 su derecho a formular un voto concurrente; Margarita Beatriz Luna Ramos, quien se manifest3 a favor de las consideraciones relacionadas con la prevalencia de la Constituci3n y se apart3 del resto; Jos3 Fernando Franco Gonz3lez Salas, quien indic3 que formular3a un voto concurrente; Arturo Zald3var Lelo de Larrea, quien manifest3 que har3a un voto aclaratorio y concurrente para explicar el consenso al que se lleg3 y el sentido de su voto a pesar de que en los l3mites tuvo un criterio distinto; Jorge Mario

Pardo Rebolledo, quien se reserv3 el derecho de formular el voto concurrente; Luis Mar3a Aguilar Morales, con reservas respecto de las consideraciones y, en su caso, realizar3a un voto concurrente; Sergio A. Valls Hern3ndez, reserv3ndose el derecho de hacer un voto concurrente; Olga S3nchez Cordero de Garc3a Villegas, reserv3ndose su derecho a voto concurrente en relaci3n con los l3mites; Alberto P3rez Day3n, quien se manifest3 a favor del reconocimiento de la prevalencia constitucional y Juan N. Silva Meza, quien se reserv3 su derecho de formular voto concurrente para aclarar su posici3n de entendimiento constitucional del texto propuesto y, a reserva de ver el engrose, aclarar3a u opinar3a sobre las supresiones que se pretenden hacer, sin variar su posici3n en el sentido; vot3 en contra: Jos3 Ram3n Coss3o D3az. Ponente: Arturo Zald3var Lelo de Larrea. Secretario: Arturo B3rcena Zubieta.

Tesis y/o criterios contendientes:

Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS EST3N OBLIGADOS A EJERCERLO." y "TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACI3N CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCI3N."; aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del D3cimo Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federaci3n y su Gaceta, Novena 3poca, Tomo XXXI, mayo de 2010, p3ginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente: "DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR M3XICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANT3AS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQU3LLOS." y "JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS."; aprobadas por el S3ptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federaci3n y su Gaceta, Novena 3poca, Tomos XXVIII, agosto de 2008, p3gina 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, p3gina 1052.

El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprob3, con el n3mero 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. M3xico, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.

Esta tesis se public3 el viernes 25 de abril de 2014 a las 09:32 horas en el Semanario Judicial de la Federaci3n y, por ende, se considera de aplicaci3n obligatoria a partir del lunes 28 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto s3ptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Suprema Corte de Justicia de la Naci3n

D3cima 3poca N3m. de Registro: 2008935
Instancia: Primera Sala Jurisprudencia
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federaci3n
Libro 17, Abril de 2015, Tomo I Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.)
P3gina: 240

DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCI3N POL3TICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCI3N M3S AMPLIA.

Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Naci3n, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.),* las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constituci3n Pol3tica de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre s3 en t3rminos jer3rquicos, ya que se integran al cat3logo de derechos que funciona como un par3metro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano est3 reconocido tanto en la Constituci3n Federal, como en los tratados internacionales, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protecci3n m3s amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constituci3n una restricci3n expresa al ejercicio de un derecho humano, se deber3 estar a lo que indica la norma constitucional.

Amparo directo en revisi3n 4533/2013. 18 de junio de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zald3var Lelo de Larrea, Jos3 Ram3n Coss3o D3az, quien reserv3 su derecho para formular voto concurrente, Alfredo Guti3rrez Ortiz Mena, Olga S3nchez Cordero de Garc3a Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zald3var Lelo de Larrea. Secretaria: Ana Mar3a Ibarra Olgu3n.

Amparo directo en revisi3n 4/2014. 13 de agosto de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zald3var Lelo de Larrea, Jos3 Ram3n Coss3o D3az, Alfredo Guti3rrez Ortiz Mena, Olga S3nchez Cordero de Garc3a Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Guti3rrez Ortiz Mena. Secretario: Arturo Meza Ch3vez.

Amparo directo en revisi3n 1337/2014. 22 de octubre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zald3var Lelo de Larrea, Jos3 Ram3n Coss3o D3az, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga S3nchez Cordero de Garc3a Villegas y Alfredo Guti3rrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zald3var Lelo de Larrea. Secretaria: Ana Mar3a Ibarra Olgu3n.

Amparo directo en revisi3n 2680/2014. 12 de noviembre de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zald3var Lelo de Larrea, Jos3 Ram3n Coss3o D3az, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga S3nchez Cordero de Garc3a Villegas y Alfredo Guti3rrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zald3var

Lelo de Larrea. Secretaria: Ana Mar3a Ibarra Olgu3n.

Amparo directo en revisi3n 3113/2014. 28 de enero de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zald3var Lelo de Larrea, Jos3 Ram3n Coss3o D3az, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga S3nchez Cordero de Garc3a Villegas y Alfredo Guti3rrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zald3var Lelo de Larrea. Secretario: Julio C3sar Ram3rez Carre3n.

Tesis de jurisprudencia 29/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesi3n privada de quince de abril de dos mil quince.

*Nota: La tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) invocada, fue publicada en el Semanario Judicial de la Federaci3n del viernes 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federaci3n, D3cima 3poca, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p3gina 202, de t3tulo y subt3tulo: "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCI3N Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PAR3METRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCI3N HAYA UNA RESTRICCI3N EXPRESA AL EJERCICIO DE AQU3LLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL."

Esta tesis se public3 el viernes 24 de abril de 2015 a las 09:30 horas en el Semanario Judicial de la Federaci3n y, por ende, se considera de aplicaci3n obligatoria a partir del lunes 27 de abril de 2015, para los efectos previstos en el punto s3ptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Suprema Corte de Justicia de la Naci3n

D3cima 3poca N3m. de Registro: 2012529
Instancia: Segunda Sala Tesis Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federaci3n
Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I Materia(s): Constitucional
Tesis: 2a. XCII/2016 (10a.)
P3gina: 842

DERECHOS ECON3MICOS, SOCIALES Y CULTURALES. SU N3CLEO O CONTENIDO ESENCIAL.

En algunas circunstancias, la protecci3n a los derechos fundamentales constituye un gran reto para el Estado y sus autoridades, m3xime respecto de los derechos econ3micos, sociales y culturales, cuyo contenido suele ser indeterminado y circunstancial que no permite determinar los alcances de su protecci3n. Es por ello que, en muchas ocasiones, la actividad jurisdiccional tiene la funci3n de determinar el contenido, alcances, as3 como los l3mites de estos derechos fundamentales, constituyendo una funci3n esencial para el desarrollo y el progreso de un verdadero Estado democr3tico. En ese sentido, para determinar los elementos m3nimos necesarios para exigir un derecho fundamental, es necesario identificar el denominado "n3cleo o contenido esencial de los derechos fundamentales"; esto es, aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jur3dicamente protegidos que le dan vida resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De lo que se concluye que las autoridades desconocen la protecci3n a un derecho fundamental cuando por alguna circunstancia su contenido esencial queda sometido a limitaciones que impiden su ejercicio, lo dificultan m3s all3 de lo razonable, o bien, lo despojan de una necesaria protecci3n.

Amparo en revisi3n 1219/2015. 18 de mayo de 2016. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, Jos3 Fernando Franco Gonz3lez Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto P3rez Day3n; se apart3 de algunas consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos y reserv3 criterio en relaci3n con el tema del derecho a la alimentaci3n Alberto P3rez Day3n. Ponente: Eduardo Medina Mora I. Secretario: Marco Tulio Mart3nez Cos3o.

Esta tesis se public3 el viernes 09 de septiembre de 2016 a las 10:18 horas en el Semanario Judicial de la Federaci3n.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Décima Época Núm. de Registro: 2001430
Instancia: Primera Sala Tesis Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1 Materia(s): Penal, Constitucional
Tesis: 1a. CXXXVII/2012 (10a.)
Página: 492

PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN.

Conforme al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso. Ahora bien, una interpretación basada en el principio *pro personae*, con fundamento en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, permite definir la forma en que debe ponderarse si ha transcurrido un plazo razonable en la duración de la prisión preventiva, en atención a los factores siguientes: 1. Probabilidad de que el acusado cometió un delito merecedor de pena carcelaria, en donde el juzgador podría estimar que la medida cautelar provisional decretada ya no es imperiosa, lo que no prejuzga lo resuelto en el auto de formal prisión; 2. Peligro de fuga o evasión de la acción de la justicia, donde deben tenerse en cuenta la gravedad del delito y la eventual severidad de la pena, elementos que por sí solos son insuficientes para concluir que no ha transcurrido un plazo razonable de duración de la prisión preventiva; 3. Riesgo de comisión de nuevos delitos, en donde el peligro debe ser real; 4. Necesidad de investigar y posibilidad de colusión, circunstancias que deben evaluarse en asuntos donde el acusado puede impedir el curso normal del proceso judicial, dicha necesidad debe fundarse en un peligro efectivo; 5. Viabilidad de presión sobre los testigos, caso en que debe examinarse si existe un riesgo legítimo para éstos u otras personas; 6. Preservación del orden público, en donde por circunstancias excepcionales, la gravedad especial de un hecho delictivo y la reacción del público ante el mismo, pueden justificar la aplicación de la medida cautelar por cierto periodo; 7. Debida diligencia en la sustanciación del procedimiento, donde debe justipreciarse si las autoridades la han empleado; 8. Motivos expuestos por las autoridades judiciales para justificar la continuación de la medida, donde la información se analiza caso por caso para determinar la relevancia y suficiencia de las justificativas para la prisión preventiva; 9. Lاپso constitucional de duración del juicio, donde debe constatarse si han transcurrido 4 meses en caso de delitos cuya pena máxima no excede de 2 años de prisión o 1 año si la pena excede de ese tiempo; 10. Ejercicio efectivo del derecho de defensa, el cual no debe ser un pretexto para que la autoridad alargue el proceso de manera injustificada; y 11. Eventualidad apoyada en datos de riesgo para el ofendido o la sociedad, donde el riesgo debe justipreciarse con elementos de convicción aportados por la Representación Social. Así, los jueces, fundándose en una prudente apreciación, deben evaluar en forma proporcional y razonada en cada caso dichos factores, a efecto de determinar si ha transcurrido un plazo razonable de permanencia del procesado sujeto a prisión preventiva.

Amparo en revisión 27/2012. 28 de marzo de 2012. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Horacio Nicolás Ruiz Palma.

Suprema Corte de Justicia de la Naci3n

D3cima 3poca N3m. de Registro: 2014015
Instancia: Primera Sala Tesis Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federaci3n
Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I Materia(s): Constitucional, Penal, Penal
Tesis: 1a. XL/2017 (10a.)
P3gina: 450

PRISI3N PREVENTIVA. FACTORES A CONSIDERAR PARA EL AN3LISIS DE LA RAZONABILIDAD PARA LA PROLONGACI3N DEL PLAZO PREVISTO EN LA FRACCI3N VIII, DEL APARTADO A, DEL ART3CULO 20 CONSTITUCIONAL.

En el juicio de amparo en revisi3n 27/2012, que dio lugar a la tesis 1a. CXXXVII/2012 (10a.) de rubro: "PRISI3N PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACI3N.", esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Naci3n abord3 la tem3tica del plazo razonable para justificar la prolongaci3n de la prisi3n preventiva. Sin embargo, con motivo de lo resuelto por el Tribunal Pleno en la contradicci3n de tesis 293/2011, toda vez que existe una interrelaci3n material entre las normas constitucionales y las de los tratados internacionales ratificados por M3xico que reconocen derechos humanos y dado que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para esta Suprema Corte, siempre y cuando sea m3s favorable para la persona, criterio que se refleja en la tesis P./J. 21/2014 (10a.), de rubro: "JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA M3S FAVORABLE A LA PERSONA.", resulta necesario hacer algunas acotaciones y diferenciaciones al criterio resultante de tal amparo en revisi3n a la luz de los nuevos lineamientos interamericanos. Por lo tanto, cuando en el transcurso de un proceso penal una persona solicite su libertad al estimar que se ha actualizado un plazo irrazonable para ser juzgada y, por ende, no se justifica la prolongaci3n de su prisi3n preventiva, con fundamento en los art3culos 7.5 de la Convenci3n Americana sobre Derechos Humanos y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Pol3ticos, el juzgador competente deber3 de tomar en cuenta y valorar lo siguiente: a) el art3culo 20, Apartado A, fracci3n VIII, de la Constituci3n Pol3tica de los Estados Unidos Mexicanos, con el texto vigente antes de su modificaci3n el 18 de junio de 2008, no establece un plazo perentorio para la prisi3n preventiva, sino que se3ala un rango de tiempo m3ximo del proceso penal cuyo cumplimiento depender3 de las circunstancias del caso y del respeto y protecci3n del derecho de defensa del inculpado; y b) consecuentemente, para determinar si se ha transgredido un plazo razonable para que una persona sea juzgada y, con ello, sea viable o no prolongar la prisi3n preventiva, el juzgador tendr3 que analizar la: i) complejidad del caso; ii) la actividad procesal del interesado; y, iii) la conducta de la autoridad judicial y de otras que incidan en el proceso. Aunado a lo anterior, para no pasar por alto la preocupaci3n que refleja el Poder Constituyente al establecer en la fracci3n I del apartado A, del citado art3culo 20 constitucional, ciertos requisitos para que se pueda interrumpir la prisi3n preventiva durante el proceso del orden penal, el juzgador tiene la facultad para analizar excepcional y sucesivamente los elementos reci3n citados de complejidad y actividad procesal; si es necesaria la prolongaci3n de la prisi3n preventiva con el fin de que el inculpado no eluda la acci3n de la justicia y se desarrolle de manera eficiente la investigaci3n y, en su caso, si se

encuentra acreditada o hay indicios suficientes sobre la existencia de causas externas que trasciendan en el proceso, tales como el peligro o la viabilidad de presi3n a testigos o v3ctimas o la sujeci3n del inculpado a otro proceso penal. Para ello, el juez correspondiente deber3 hacer un an3lisis hol3stico de las circunstancias jur3dicas y f3cticas que rodean al proceso, aludiendo a criterios de necesidad y proporcionalidad y pudiendo tomar en cuenta la naturaleza del delito que se imputa, pero sin que ese 3nico factor y s3lo por ese elemento se decida prolongar la presi3n preventiva.

Amparo en revisi3n 205/2014. 18 de marzo de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zald3var Lelo de Larrea, Jos3 Ram3n Coss3o D3az, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga S3nchez Cordero de Garc3a Villegas y Alfredo Guti3rrez Ortiz Mena. Ponente: Alfredo Guti3rrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio N3ñez Valadez.

Nota: Las tesis aislada y de jurisprudencia 1a. CXXXVII/2012 (10a.) y P./J. 21/2014 (10a.) citadas, aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federaci3n y su Gaceta, D3cima 3poca, Libro XI, Tomo 1, agosto de 2012, p3gina 492, as3 como en el Semanario Judicial de la Federaci3n del viernes 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federaci3n, D3cima 3poca, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p3gina 204, respectivamente.

La ejecutoria relativa a la contradicci3n de tesis 293/2011 citada, aparece publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federaci3n, D3cima 3poca, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p3gina 96.

Esta tesis se public3 el viernes 24 de marzo de 2017 a las 10:27 horas en el Semanario Judicial de la Federaci3n.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Décima Época Núm. de Registro: 2018459
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Jurisprudencia
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 60, Noviembre de 2018, Tomo III Materia(s): Constitucional, Penal
Tesis: VI.2o.P. J/2 (10a.)
Página: 2077

PRISIÓN PREVENTIVA. LA PENA MÁXIMA COMO ÚNICA RAZÓN PARA JUSTIFICAR SU IMPOSICIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR, VULNERA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN SU VERTIENTE DE REGLA DE TRATO PROCESAL, CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO B, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 7 Y 8 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

El artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la prisión preventiva tiene el carácter de excepcional, ya que debe solicitarse cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Asimismo, precisa que la prisión preventiva procede oficiosamente cuando se trata de delitos muy específicos y de alto impacto, como delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud. Por su parte, el artículo 20, apartado B, fracción I, de la propia Constitución, regula el principio de presunción de inocencia, que implica que toda persona debe ser tratada como inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad en un juicio mediante una sentencia, impidiendo, en la mayor medida posible, la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena. De igual forma, de los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deriva que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal; y que todo inculcado por un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. En ese orden de ideas, la necesidad de la prisión preventiva en función únicamente de la pena de prisión que prevé el hecho delictuoso señalado por la ley como delito, deviene contraria a los preceptos constitucionales y tratado internacional invocados, pues atento al carácter excepcional de la medida cautelar en análisis, como al principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato procesal, su imposición con el solo argumento de la penalidad es una postura anticipada sin justificación alguna, pues se tiene por cierto que el imputado se sustraerá del procedimiento penal con base en la posible imposición de la pena de prisión que el tipo penal sanciona. Máxime si se tiene en cuenta que la fracción II del artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales expresa que para decidir sobre el peligro de sustracción del imputado, deberá atenderse al máximo de la pena que, en su caso, pudiera llegar a imponerse de acuerdo con el delito de que se trate y a la actitud que voluntariamente adopte el imputado, de lo que se advierte que el

factor relativo al m3ximo de la pena no debe ponderarse aisladamente, sino en conjunto con las circunstancias sealadas.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisi3n 115/2017. 8 de junio de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Jes3s D3az Guerrero. Secretaria: Olga Ramos L3pez.

Amparo en revisi3n 128/2017. 22 de junio de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Jes3s Rafael Arag3n. Secretaria: Yenni Gabriela V3lez Torres.

Amparo en revisi3n 173/2017. 13 de julio de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Jes3s Rafael Arag3n. Secretaria: N3rida Xanat Melchor Cruz.

Amparo en revisi3n 204/2017. 24 de agosto de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Jes3s Rafael Arag3n. Secretaria: Silvia Galindo Andrade.

Amparo en revisi3n 211/2017. 24 de agosto de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Jes3s Rafael Arag3n. Secretaria: Yenni Gabriela V3lez Torres.

Esta tesis se public3 el viernes 23 de noviembre de 2018 a las 10:34 horas en el Semanario Judicial de la Federaci3n y, por ende, se considera de aplicaci3n obligatoria a partir del lunes 26 de noviembre de 2018, para los efectos previstos en el punto s3ptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Novena Época		Núm. de Registro: 198403
Instancia:	Pleno	Jurisprudencia
Fuente:	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta	
	Tomo V, Junio de 1997	Materia(s): Administrativa, Constitucional
Tesis:	P./J. 41/97	
Página:	43	

EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS.

El principio de equidad no implica la necesidad de que los sujetos se encuentren, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que, sin perjuicio del deber de los Poderes públicos de procurar la igualdad real, dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, es decir, al derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que quienes se ubican en similar situación de hecho porque la igualdad a que se refiere el artículo 31, fracción IV, constitucional, lo es ante la ley y ante la aplicación de la ley. De lo anterior derivan los siguientes elementos objetivos, que permiten delimitar al principio de equidad tributaria: a) no toda desigualdad de trato por la ley supone una violación al artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que dicha violación se configura únicamente si aquella desigualdad produce distinción entre situaciones tributarias que pueden considerarse iguales sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable; b) a iguales supuestos de hecho deben corresponder idénticas consecuencias jurídicas; c) no se prohíbe al legislador contemplar la desigualdad de trato, sino sólo en los casos en que resulta artificiosa o injustificada la distinción; y d) para que la diferenciación tributaria resulte acorde con las garantías de igualdad, las consecuencias jurídicas que resultan de la ley, deben ser adecuadas y proporcionadas, para conseguir el trato equitativo, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador, superen un juicio de equilibrio en sede constitucional.

Amparo en revisión 321/92. Pyosa, S. A. de C. V. 4 de junio de 1996. Mayoría de ocho votos; unanimidad en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Constancio Carrasco Daza.

Amparo en revisión 1243/93. Multibanco Comermex, S. A. 9 de enero de 1997. Once votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Rosalba Becerril Velázquez.

Amparo en revisión 1215/94. Sociedad de Autores de Obras Fotográficas, Sociedad de Autores de Interés Público. 8 de mayo de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca.

Amparo en revisión 1543/95. Enrique Serna Rodríguez. 8 de mayo de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Manuel Arballo Flores.

Amparo en revisión 1525/96. Jorge Cortés González. 8 de mayo de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Víctor Francisco Mota Cienfuegos.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el dos de junio en curso, aprobó, con el número 41/1997, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de junio de mil novecientos noventa y siete.

Novena Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XX, Octubre de 2004
Tesis: 1a./J. 81/2004
Página: 99

Núm. de Registro: 180345
Jurisprudencia
Materia(s): Constitucional

IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

Amparo en revisión 1174/99. Embarcadero Ixtapa, S.A. de C.V. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto.

Amparo en revisión 392/2001. Seguros Inbursa, S.A. Grupo Financiero Inbursa. 21 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Karla Licea Orozco.

Amparo directo en revisión 1256/2002. Hotel Hacienda San José del Puente, S.A. de C.V. y otros. 22 de noviembre de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

Amparo directo en revisión 913/2003. Edgar Humberto Marín Montes de Oca. 17 de septiembre de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Carlos Mena Adame.

Amparo en revisión 797/2003. Banca Quadrum, S.A. Institución de Banca Múltiple. 26 de mayo de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo.

Tesis de jurisprudencia 81/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintidós de septiembre de dos mil cuatro.

Novena Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XXVI, Diciembre de 2007
Tesis: P./J. 130/2007
Página: 8

Núm. de Registro: 170740
Jurisprudencia
Materia(s): Constitucional

GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.

De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.

Amparo en revisión 2146/2005. 27 de febrero de 2007. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Encargada del engrose: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretarios: Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala.

Amparo en revisión 810/2006. 27 de febrero de 2007. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretarios: Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala.

Amparo en revisión 1285/2006. 27 de febrero de 2007. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo en revisión 1659/2006. 27 de febrero de 2007. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Amparo en revisión 307/2007. 24 de septiembre de 2007. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz.

El Tribunal Pleno, el quince de octubre en curso, aprobó, con el número 130/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a quince de octubre de dos mil siete.

Décima Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II
Tesis: 1a. CCLXIII/2016 (10a.)
Página: 915

Núm. de Registro: 2013156
Tesis Aislada
Materia(s): Constitucional

TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL.

El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas prima facie o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección prima facie del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase, debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho. Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad. En este orden de ideas, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o prima facie. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.

Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló

voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de noviembre de 2016 a las 10:36 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Décima Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II
Tesis: 1a. CCLXV/2016 (10a.)
Página: 902

Núm. de Registro: 2013143
Tesis Aislada
Materia(s): Constitucional

PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA.

Para que las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental sean constitucionales, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, además de que debe lograr en algún grado la consecución de su fin, y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Ahora bien, al realizar este escrutinio, debe comenzarse por identificar los fines que persigue el legislador con la medida, para posteriormente estar en posibilidad de determinar si éstos son válidos constitucionalmente. Esta etapa del análisis presupone la idea de que no cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental. En efecto, los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir. En este orden de ideas, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales, constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos.

Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de noviembre de 2016 a las 10:36 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Décima Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II
Tesis: 1a. CCLXVIII/2016 (10a.)
Página: 911

Núm. de Registro: 2013152
Tesis Aislada
Materia(s): Constitucional

SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.

Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a un derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Por lo que hace a la idoneidad de la medida, en esta etapa del escrutinio debe analizarse si la medida impugnada tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos por el legislador. En este sentido, el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador. Finalmente, vale mencionar que la idoneidad de una medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.

Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente, en el que se aparta de las consideraciones contenidas en la presente tesis. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de noviembre de 2016 a las 10:36 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Décima Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II
Tesis: 1a. CCLXX/2016 (10a.)
Página: 914

Núm. de Registro: 2013154
Tesis Aislada
Materia(s): Constitucional

TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.

Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se ha constatado un fin válido constitucionalmente y la idoneidad de la ley, corresponde analizar si la misma es necesaria o si, por el contrario, existen medidas alternativas que también sean idóneas pero que afecten en menor grado el derecho fundamental. De esta manera, el examen de necesidad implica corroborar, en primer lugar, si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Lo anterior supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto. De esta manera, la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y requerir al juez constitucional imaginarse y analizar todas las alternativas posibles. No obstante, dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas para situaciones similares, o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno. Así, de encontrarse alguna medida alternativa que sea igualmente idónea para proteger el fin constitucional y que a su vez intervenga con menor intensidad al derecho, deberá concluirse que la medida elegida por el legislador es inconstitucional. En caso contrario, deberá pasarse a la cuarta y última etapa del escrutinio: la proporcionalidad en sentido estricto.

Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente, en el que se aparta de las consideraciones contenidas en la presente tesis. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de noviembre de 2016 a las 10:36 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Décima Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II
Tesis: 1a. CCLXXII/2016 (10a.)
Página: 894

Núm. de Registro: 2013136
Tesis Aislada
Materia(s): Constitucional

CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.

Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se han llevado a cabo las primeras tres gradas del escrutinio, corresponde realizar finalmente un examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esta grada del test consiste en efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta. En otras palabras, en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional. En este contexto, resulta evidente que una intervención en un derecho que prohíba totalmente la realización de la conducta amparada por ese derecho, será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de tal derecho. Así, cabe destacar que desde un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, sólo estaría justificado que se limitara severamente el contenido prima facie de un derecho fundamental si también fueran muy graves los daños asociados a su ejercicio.

Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente, en el que se aparta de las consideraciones contenidas en la presente tesis. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de noviembre de 2016 a las 10:36 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Décima Época

Núm. de Registro: 2016133

Instancia: Segunda Sala

Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 51, Febrero de 2018, Tomo I Materia(s): Constitucional, Administrativa

Tesis: 2a./J. 11/2018 (10a.)

Página: 510

TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. LA INTENSIDAD DE SU CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN, REQUIEREN DE UN MÍNIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN.

El test de proporcionalidad es un procedimiento interpretativo para resolver conflictos de normas fundamentales, apoyado en los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad o exceso, previstos en los artículos 1o., 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que requiere llevar a cabo, en primer lugar, un juicio de igualdad mediante la equiparación de supuestos de hecho que permitan verificar si existe o no un trato injustificado; en segundo lugar, el principio de proporcionalidad se conforma de tres criterios relativos a que la distinción legislativa: a) persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; b) resulte adecuada o racional, de manera que constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo perseguido, existiendo una relación de instrumentalidad medio-fin; y, c) sea proporcional. Ahora, en materia tributaria la intensidad del escrutinio constitucional es flexible o laxo, en razón de que el legislador cuenta con libertad configurativa del sistema tributario sustantivo y adjetivo, de modo que para no vulnerar su libertad política, en campos como el mencionado, las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se limita a verificar que la intervención legislativa persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; la elección del medio para cumplir esa finalidad no conlleva exigir al legislador que dentro de los medios disponibles justifique cuál de todos ellos cumple en todos los grados (cuantitativo, cualitativo y de probabilidad) o niveles de intensidad (eficacia, rapidez, plenitud y seguridad), sino únicamente determinar si el medio elegido es idóneo, exigiéndose un mínimo de idoneidad y que exista correspondencia proporcional mínima entre el medio elegido y el fin buscado que justifique la intervención legislativa diferenciada entre los sujetos comparables.

Amparo en revisión 441/2015. Smart & Final del Noroeste, S.A. de C.V. y otra. 5 de octubre de 2016. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

Amparo en revisión 845/2015. Tiendas Aurrerá, S. de R.L. de C.V. 5 de octubre de 2016. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; votó en contra de

consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

Amparo en revisión 876/2015. Desarrollo Comercial Abarrotero, S.A. de C.V. y otras. 25 de enero de 2017. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

Amparo en revisión 631/2017. José Armando del Toro Larios. 15 de noviembre de 2017. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; unanimidad de votos en relación con el criterio contenido en esta tesis; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Disidente: Alberto Pérez Dayán. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.

Amparo en revisión 514/2017. Peñafiel Bebidas, S.A. de C.V. y otra. 29 de noviembre de 2017. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas y Eduardo Medina Mora I. Disidente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.

Tesis de jurisprudencia 11/2018 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veinticuatro de enero de dos mil dieciocho.

Esta tesis se publicó el viernes 02 de febrero de 2018 a las 10:04 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del martes 06 de febrero de 2018, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

ANEXOS

Anexo III. Resoluciones de Casos Analizados Conforme al Principio de Proporcionalidad

El **profesionalismo** se refiere a que los cuerpos policiales y sus integrantes tengan suficiente y amplia capacitación en las materias propias de su función pública, que les permita cumplir su función en las condiciones legales y de facto exigibles; distinguir entre las distintas opciones de fuerza que están a su alcance y distinguir cuándo es necesario aplicar una u otra; que les permita reaccionar de manera seria, acertada, proporcional y eficiente con todo lo que ello implica) a los estímulos externos de que es objeto su actividad.

El alto grado de dificultad y de riesgo que representa la actividad policial, tanto para el propio agente como para terceros, y su importancia para la seguridad pública y el respeto a los derechos humanos, hace conveniente, por no decir que necesario, que la función policial sea reconocida ampliamente como profesión, que los policías sean capacitados y especializados en la misma, incluso que sean periódicamente evaluados y certificados para corroborar la vigencia de las aptitudes, conocimientos y dominio de técnicas.

Cuando en la reforma constitucional de finales de 1994 se estableció que la función policial habría de *profesionalizarse*, es claro que a esto aspiraba el constituyente. Las leyes que luego fueron expedidas procuraron recoger lo anterior creando sistemas de carrera y obligando a la capacitación, pero la profesionalización no se agota ahí, exige un cambio sistemático importante desde aspectos inherentes, no sólo a aspectos netamente normativos, sino fácticos, como son la selección y reclutamiento del personal, su formación, su remuneración como profesionales, y una serie de cosas que permitan que verdaderamente se cuente con cuerpos policiales profesionales, técnicos y diestros en su función, para que ésta pueda ser cumplida en todas sus exigencias.

La **honorabilidad** ha sido estatuida como principio constitucional de la actividad policial que incide, como el profesionalismo, en la persona del policía. Así, no basta para cumplir con el mandato constitucional que los policías sean profesionales en lo suyo sino también gente honrada, recta, honesta. Cualidades éstas que les permitirán cumplir sus deberes con apego a la ley (principio de legalidad) y minimizarán las posibilidades de que sean corrompidos en detrimento de la seguridad de todos.

Otros principios que rigen el uso de la fuerza pública que derivan de la protección a los derechos de las personas.

Por otra parte, el ejercicio de las funciones de seguridad pública, como sostuvo este Pleno desde hace ya varios años, no está reñido, por el contrario, debería tender a respetar los derechos de las personas que son objeto del acto de policía, aun cuando, evidentemente, en muchas ocasiones el acto de policía es un acto de restricción legal de algunos derechos. Esto, en principio, llevaría a que las actividades de seguridad pública y policía fueran tendentes a *prevenir* situaciones violentas o restrictivas de derechos que, a su vez, dan lugar a otras tantas, es decir, el objetivo inicial habría de ser la prevención.

Sin embargo, cuando no se ha logrado evitar llegar a situaciones que justifiquen la intervención más intensa de los cuerpos de seguridad pública, más restrictiva de los derechos de las personas involucradas, es necesario, no obstante, sólo restringir los derechos que resultan atinentes al caso y, por el contrario, velar porque los demás no resulten violentados, es decir, esto es, reconociendo que el acto de policía es un acto que en muchas ocasiones restringe (en teoría, con fundamento legal para ello) los derechos de las personas; esa restricción, presumiblemente acreditada, no justifica y menos aún restringe el goce de los demás derechos de esas personas.

En este orden de ideas, que una persona sea restringida de un derecho por el acto de policía, de ninguna manera justifica ni da derecho a la autoridad (ya sea la autoridad policíaca u otra) a restringir más derechos que el que tuvo que ser previamente restringido.

Esto se traduce en que aun cuando sea el caso ejecutar un acto de policía o de fuerza, y eso por sí mismo afecte algún derecho humano, como sería la libertad personal, no autoriza a que la autoridad deje de observar los otros derechos que le asisten a las personas como son, por mencionar algunos; el derecho a no ser discriminado, el derecho a la tutela de su vida y de su integridad física, a su libertad sexual y respeto a su cuerpo, a no ser objeto de tortura, a preservar los bienes de su propiedad, a una defensa adecuada, etcétera.

En general, todos los derechos del hombre se constituyen en un límite indudable para los actos en que se ejerce la fuerza pública; los recién mencionados sólo se señalan a guisa ejemplificativa, y en razón de que son los derechos del hombre que más se vinculan con este tipo de actos del Estado.

Las condicionantes de los actos que restringen derechos de las personas.

Este Tribunal ha sostenido desde hace unos años que si bien los derechos de las personas no son absolutos y pueden ser objeto de restricción (en la especie, por actos de policía), lo cierto es que las restricciones de que sean objeto estos derechos deben encontrarse constitucionalmente justificadas bajo un criterio de razonabilidad. Este criterio parte de la base de que los derechos no son absolutos, que en determinadas condiciones y circunstancias se justifica que el Estado los restrinja (a través de leyes o actos), aun cuando, en aras de maximizar el respeto a los derechos de las personas, las restricciones para que sean admisibles, deben tener causa (principio de legalidad) y fin legal, y ser medidas necesarias y proporcionales.

El acto de policía, *cuando restringe derechos de las personas*, es un acto de autoridad (que no siempre lo es), que como los demás, no tiene por que estar exento de ese juicio de razonabilidad, amén de que el parámetro deba ajustarse en función de las características de esta particular e importantísima vertiente del quehacer público y, por supuesto, sin que con esto se desconozca que los propios tratados internacionales (la interpretación que de ellos han hecho los órganos autorizados) y las leyes mexicanas antes aludidas han establecido que el derecho a no ser torturado no puede restringirse ni limitarse bajo circunstancia alguna.

En este renglón se ubican, con las salvedades apuntadas, los actos de uso de fuerza pública, pues se trata de actuaciones que, al margen de sus fines, irrumpen en el estado de cosas y son tendentes y/o admiten como consecuentes la restricción de derechos de las personas sobre las que se ejerce.

En este orden de ideas, es dable considerar que estos actos se encuentran sujetos a este criterio de razonabilidad, amén, se insiste, de sus consecuentes matices, lo que, a su vez, se traduce en que los actos cumplan con lo siguiente:

1. Que se realicen con fundamento en el ordenamiento jurídico y que con los mismos se persiga un *fin lícito*, para el cual se tiene fundamento para actuar (**legalidad**).
2. Que la actuación desplegada sea **necesaria** para la consecución del fin.
3. Que la intervención sea **proporcional** a las circunstancias de facto.

Todo esto enmarcado, por supuesto, por las demás cuestiones antes apuntadas acerca de la actuación policial, como son el respeto a los derechos humanos, la eficiencia y el profesionalismo.

La **legalidad** de este tipo de actuaciones viene, además, exigida expresamente en la función policial en el artículo 21 constitucional, y se desdobra en varias direcciones.

En primer término, exige que el uso de la fuerza pública encuentre fundamento en la norma, ya sea constitucional, legal y/o reglamentaria, y que, con base en lo ahí dispuesto, se actúe cuando lo norma lo autoriza, sin que esto implique el extremo de que las intervenciones de esta naturaleza encuentren un fundamento *casuístico* en la norma; sería imposible exigir al legislador detallarlo o preverlo todo.

Como se ha sostenido por los organismos de derechos humanos internacionales referidos páginas atrás, criterios que este Tribunal comparte, la naturaleza y riesgos que implica esta actividad para los civiles, torna necesario, para asegurar y tutelar mejor el respeto a los derechos humanos, que haya directrices en ley conforme a las cuales los agentes del Estado puedan hacer uso de la fuerza pública, particularmente de la fuerza letal. Más aún, idóneamente, esto debiera ser objeto no sólo de normas de rango legal, sino también reglamentario y en la medida de lo posible, protocolario.

La carencia de este marco normativo produce consecuencias negativas en la seguridad pública en tanto que lastran el avance hacia una cultura policial a la altura de una democracia, y propician un estado de vulnerabilidad de los derechos de las personas que son objeto de las acciones de policía y fuerza.

La **legalidad** de las actuaciones policiales de fuerza implica también que la autoridad que haga uso de la fuerza sea la autorizada por la ley para hacerlo, la autoridad competente para ejecutar la función pública dentro de la que se enmarque, a su vez, el acto de fuerza.

Implica también que el *fin* que se persigue con ellas sea lícito, constitucionalmente admisible. En este sentido, es importante agregar que cuando aquí se habla de fin lícito se trata de una valoración particular del caso que puede involucrar también variables de orden fáctico, y que comprende tanto verificación de legalidad de la *causa bajo la cual se justificó* la acción de uso fuerza pública como los *objetivos* con ella perseguida. Ello debe enmarcar también dentro del ámbito de facultades y deberes del Estado, que no necesaria o exclusivamente de la policía, y de ahí penderá su licitud. Recuérdese que la policía es un elemento instrumental del Estado para el cumplimiento de sus deberes, de manera que, en tanto el fin perseguido por la acción de ellos encuadre en el marco de las facultades y deberes del Estado, la acción policiaca podrá estar disponible para cumplir con su función auxiliar del mismo.

Por otra parte, por las razones antes anunciadas, los actos de policía y de fuerza pública deben ceñirse a un principio o criterio de **necesidad**. Esto implica evaluar si la medida a tomar o ya tomada es necesaria dadas las circunstancias de facto dadas y para el cumplimiento de los fines (objetivos) perseguidos por el Estado, por supuesto, avalados por la norma jurídica. Así, la necesidad de un acto de esta naturaleza implica que haya una *vinculación ente el fin y el medio utilizado*, pues la forma y el grado de fuerza con que se ejecute debe ser, luego de la respectiva y previa valoración de las alternativas disponibles, la que se debió haber considerado **pertinente e instrumental para el cumplimiento de los fines inmediatos y mediatos que se persigan con la acción**.

Más todavía, dado que se trata del terreno de aplicación de fuerza (por ser en sí mismo restrictivo), para que una intervención de fuerza pueda ser válidamente considerada como necesaria, debe estar precedida por acciones o medidas pacíficas que hayan resultado inexitosas, inútiles y/o ineficaces para el logro de los fines. La fuerza es necesaria, pues, cuando ya las alternativas que la excluyen no dieron resultados.

Evidentemente, en la acción policial las circunstancias de facto con las que se enfrenta el agente del Estado que la materializa, a veces vertiginosas, otras imprevisibles, conducen a que la valoración de *necesidad* bajo la cual debe actuar el agente o la corporación policial no siempre pueda hacerse pausada o premeditadamente, sino que exigen la toma de decisiones súbitas, lo que refleja el grado de dificultad de la actividad en referencia. Estas circunstancias justifican aún más la conveniencia de que se establezcan y/o forme a los cuerpos policiales y sus mandos en protocolos de actuación que permitan, en alguna medida, eventualmente ir automatizando o formando al agente policial en que sus respuestas a los estímulos externos sean legales, y sólo las necesarias o proporcionales a su circunstancia.

En pocas palabras, la *necesidad* de una acción de fuerza deviene de un agotamiento previo de otras alternativas; está en función de los fines que con la misma se persigue, y de las respuestas que el agente (o la corporación) deba ir dando a los estímulos externos que reciba, y ya que no es criterio autónomo, la necesidad del uso de la fuerza está, a su vez, acotada y regida por los demás principios aquí mencionados.

Así, la valoración de la necesidad del uso de la fuerza supone también *diferenciar* técnicas, armas y niveles de fuerza, según las circunstancias vayan justificando, ya sea para aumentar o disminuir el grado de intervención.

En este orden de ideas y por los principios y restricciones que ya se han venido anotando, el uso de armas de fuego –dados los riesgos letales que conllevan– resulta una alternativa extrema y excepcional cuyo uso sólo es aceptable cuando los estímulos externos que recibe el agente no le dejan otra opción, ya sea para proteger la propia vida, la de terceros o prevenir o detener mayores daños; y, aún así, procurando que estas no se ejerzan de manera letal, por respeto, entre otros, al derecho a la vida, como sugiere la Organización de las Naciones Unidas en el punto 9 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

Por otro lado, estrechamente vinculado con lo anterior, está el criterio de **proporcionalidad**, que a su vez se distiende en diversas vertientes. Por un lado, la proporcionalidad exige que la acción, en este caso la fuerza, guarde relación con las circunstancias de facto presentes como son, las características del sujeto (objeto) de la acción, sea individual o plural, tales como su peligrosidad, las características de su comportamiento ya conocidas, y la resistencia u oposición que presenten.

Por otro lado, la proporcionalidad en el uso de la fuerza implica un deber de guardar conformidad, no sólo con el objetivo por ejecutar, sino con aquellos otros objetivos paralelos que, en aras del respeto a los derechos de las personas, deben cuidarse en este tipo de acciones, como son la prevención de otros o mayores brotes de ilegalidad, fuerza o violencia.

Asimismo, la proporcionalidad en el uso de la fuerza también está referida, por las mismas razones, a la elección del medio y modo utilizado para llevarla a cabo (el medio reputado necesario). Esto implica que tal medio debe utilizarse en la medida, y sólo en la medida, en que se cause el menor daño posible, tanto a (los) sujeto(s) objeto de la acción y a la comunidad en general, y bajo ese perímetro; lo demás será un exceso.

La proporcionalidad incide también en la valoración de conveniencia de la acción, pues el objetivo que se persigue con la misma debe resultar no sólo válido sino proporcional a los intereses en conflicto que dan lugar a la intervención. En este sentido, el objetivo, los medios elegidos y los riesgos consustanciales a los mismos deben ser proporcionales al bien buscado. Para que la acción policial sea proporcional, el bien buscado, además de lícito, debe superar las ventajas de no intervenir y permitir que la inacción dé continuidad a una situación ilícita.

Las vertientes del análisis de legitimidad del uso de la fuerza pública.

Los principios antes señalados, amén de las omisiones legislativas que son manifiestas en nuestro sistema jurídico, permiten orientar las acciones del Estado en las que se usa la fuerza pública. Sin embargo, no basta señalarlos para explicar la legitimidad del uso de la misma.

En efecto, es preciso agregar a lo antes apuntado que el uso de la fuerza pública, particularmente en lo relativo a su legitimidad y al análisis de la misma en razón de los derechos humanos que asisten a las personas sobre las que se ejecuta una acción de fuerza, exige diferenciar distintos momentos en su uso: primero, las causas que llevan a la intervención misma (contexto de hecho) y las acciones previas ello (planeación y medidas alternativas); segundo, la intervención en sí misma (ejecución), y tercero, analizar las acciones estatales tomadas luego de haber intervenido con fuerza pública (ex post facto), que son exigibles a quien usó la fuerza del respeto de los deberes positivos que impone al Estado el respeto a los derechos humanos, en lo que se abundará más adelante, y en razón de la transparencia y rendición de cuentas a que está sujeta la actividad del Estado.

Estos diferentes estadios en el uso de la fuerza pública son todos vinculados y consecuentes uno del otro, pero justifican un análisis por separado de cada uno de ellos por varias razones: Porque quienes intervienen en los mismos son autoridades y agentes del Estado con distintas responsabilidades; porque los derechos y deberes que deben guardarse van adquiriendo matices distintos en la evolución de los hechos, y sobre todo porque la legitimidad y regularidad en una de ellas no determina la de las demás. Así, por ejemplo, podrá reputarse como legítima una acción de fuerza pública por estar justificadas las circunstancias para la intervención policial, pero eso no significa que la *manera* en que se ejecute y/o que las acciones seguidas a la intervención de fuerza (ex post facto) hayan sido legítimas y legales.

Por lo anterior, este Tribunal estima que, cuando se valora la legitimidad y regularidad constitucional del uso de la fuerza, estos estadios deben analizarse por separado, y que el resultado de esos ejercicios individuales no condiciona necesariamente el resultado de los demás, aun cuando el resultado de la valoración de uno de ellos pueda impactar o trascender a la valoración final o general de la acción del Estado.

Por otra parte, pero en estrecha relación con lo anterior, es de señalarse que las características del contexto de hecho en el que se dé la intervención policial, no sólo son determinantes en la valoración de si es justificada o no la intervención policial en sí misma, sino que trascienden también a la valoración de muchos más estadios y aristas de la intervención de fuerza.

En efecto, las características del contexto de hecho imprimen la necesidad de valorar de manera diferenciada el uso de fuerza según los escenarios en los que el Estado acude a ella, tal como lo hace la Organización de las Naciones Unidas en el instrumento denominado "*Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*", al igual que los tribunales internacionales citados, este Tribunal considera que las diferencias que se presentan entre las situaciones de hecho que llevan al uso de fuerza, conducen a que la manera en que se valore el uso de la fuerza no pueda ser igual cuando se realizan, por mencionar algunos: actos de fuerza para ejecutar una detención, actos de fuerza contra manifestaciones sociales pacíficas, actos de fuerza contra manifestaciones violentas, actos de fuerza contra el crimen organizado, etcétera. Se trata de diferencias sustanciales de facto que impiden un tratamiento normativo y valorativo homogéneo.

Asimismo, como lo han sostenido los tribunales internacionales referidos, al considerar los contextos de facto en que se dan las intervenciones policiales y las consecuentes consideraciones que de ello se desprenden, como son las de necesidad y proporcionalidad, se debe cuidar no llevar la valoración a grados tales de exigencia que imposibiliten o hagan sumamente difícil el ejercicio de la función de seguridad pública que tiene como deber el Estado pues ello, a la postre, resultará en detrimento de la seguridad de todos. Por ello, el rigor con el que los actos de fuerza sean valorados, debe graduarse en función del contexto de hecho en que se actualiza."

No obstante la existencia de los principios constitucionales antes aludidos en materia de seguridad y policía, y no obstante que este Tribunal los haya interpretado para emitir esta decisión, lo cierto es que estos son sólo la base sobre la cuál se deben construir una serie de estructuras jurídicas, tanto a nivel legal, como reglamentario y protocolario que, a su vez, vayan detallando y dando mayor contenido normativo al ejercicio del acto de policía, abarcando incluso el aspecto operativo de esta función pública, tramo éste en el que es más propensa la vulneración de los derechos de las personas.

En efecto, no basta que la Constitución establezca principios para la materia, ni que establezca derechos que toda autoridad deba respetar. Los principios, -como los antes desarrollados- por su propia naturaleza, no son reglas ni mucho menos detallan las maneras que una autoridad debe y puede actuar. Los principios hay que irlos aterrizando, dando contenido, materializando en reglas de diversos contenidos y jerarquías; y, tratándose de una función en la que hay concurrencia de ordenes de gobierno, reglas que partan de una base común que les de cohesión y consistencia, y que continúen desarrollándose hasta llegar a un punto en el que permitan a la autoridad operativa bien cumplir su función. Es necesario pues que todo se continúe desarrollando escalonada y coordinadamente por todos los ordenes de gobierno que en ello concurren.

La indagatoria de estos hechos dejó en evidencia omisiones importantes en materia de policía y seguridad pública que no son inocuas y que, más bien, por su sola existencia, por sí mismas, propician condiciones de vulnerabilidad de los derechos humanos, particularmente de los derechos de los detenidos.

Se trata, también en este aspecto, de omisiones que tampoco son exclusivas de la geografía política en que se dieron los hechos aquí investigados; sino que, se advierte, aquejan en general al país en esta materia (salvo muy contadas y brevísimas excepciones⁵⁸⁹).

⁵⁸⁹ En referencia a que el Distrito Federal ha legislado sobre el particular; y en referencia a que se tiene noticia de que algunas pocas corporaciones de policía estatales están implementando protocolos de actuación.

Se trata de las omisiones legislativas ya apuntadas a lo largo de esta resolución en cuanto al uso de la fuerza pública y todo lo a ello atinente. Las leyes mexicanas, en términos generales, prácticamente no han normado este importante tema; no han establecido normativamente supuestos en que es legal el uso de la fuerza, destacadamente de la fuerza que se ejerce a través de armas letales; no han normado los deberes que genera al Estado el haberla utilizado; ni los deberes que acarrea el haber incurrido, con el uso de la fuerza, en excesos e irregularidades, como sucedió en Atenco, entre ellos el deber de sancionar y reparar.

Esas leyes son necesarias, porque su inexistencia, como ha sostenido la Corte Europea de Derechos Humanos en las resoluciones de ella citadas en considerandos previos de este Dictamen, es violatoria de los derechos humanos.⁵⁷⁰ Particularmente del derecho a la protección de la vida (en su vertiente positiva) y de integridad personal (física y psicológica, vertiente positiva), pues conforme a estos derechos humanos, cuyo respeto es deber del Estado, éste debe realizar acciones, incluyendo las de orden legislativo, que coadyuven al respeto y ejercicio de estos derechos del hombre; y, además, porque la ausencia acusada da paso a que la fuerza pública sea ejercida irresponsablemente, sin apego a los derechos reconocidos en el derecho humanitario a toda persona y particularmente a las personas objeto de una acción policíaca, y que son recogidos y tutelados por nuestra Constitución.

En este orden de ideas cabe agregar que no pasa inadvertido que con fecha dos de enero de dos mil nueve se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, misma que entró en vigor al día siguiente de esa publicación; ley que, como se ha señalado anteriormente, empieza a atender las deficiencias apuntadas. Véase en especial el artículo 41 in fine que dice:

Artículo 41.- Además de lo señalado en el artículo anterior, los integrantes de las Instituciones Policiales, tendrán específicamente las obligaciones siguientes:

...

Siempre que se use la fuerza pública se hará de manera racional, congruente, oportuna y con respeto a los derechos humanos. Para tal efecto, deberá apegarse a las disposiciones normativas y administrativas aplicables, realizándolas conforme a derecho.

Este recientemente publicado precepto de ninguna manera obsta para seguir sosteniendo lo anterior pues la mención que hace al uso de la fuerza es muy breve y genérica, a modo de principios, y remite a su vez a una configuración normativa y administrativa prácticamente inexistente. Es por ello que, más aún, es notorio lo necesario que es que se siga desarrollando normativamente el uso de la fuerza para realmente zanjar las omisiones tan amplias que hay a nivel legislativo.

La policía debe conocer clara y ampliamente los límites de su actividad con normas claras que le permitan identificar el contorno más claro posible de su actuación admisible. Y, por los riesgos y alto grado de dificultad que entraña su actividad, debe reglar hacia su interior sus prácticas y procesos para que estos le permitan cumplir con sus deberes en términos en que se optimicen esfuerzos y minimicen todo tipo de riesgos.

Estrechamente relacionado con lo anterior, se han advertido también omisiones (ya no de índole legislativo estrictamente hablando) sino de orden administrativo, que acusan la falta de protocolos en la actividad policial, protocolos que en mucho, por la orientación que dan, por lo probados que están, por la automatización de reacción que permiten, contribuirían para el mejor desempeño de la función policial, sobre todo en lo que atañe a detenciones y, en general, actos de sometimiento ante la autoridad que resulten justificados, ya sea por ministerio de ley (por ejemplo, flagrancia) o por orden judicial (por ejemplo, orden de aprehensión).

Los llamados protocolos o procesos de estandarización de ciertas acciones, auxilian precisamente en que al momento de llevar a la práctica, de realizar esas acciones, riesgosas en sí mismas, estas puedan ser mejor realizadas, en maneras que han sido probadas como eficaces y proporcionales para las circunstancias. Establecen formas de acción y de reacción, en este caso, de los agentes de policía, que les permiten dar una respuesta cuidada y eficaz a las situaciones espontáneas o planeadas en las que deben de participar.

Cuando el policía usa la fuerza, se ve obligado a tomar decisiones muy importantes en cuestión de segundos. Y si su respuesta no está previamente orientada (por procesos estandarizados o protocolos), practicada y asimilada, el riesgo que se corre de que su conducta resulte contraproducente, aumente los riesgos o genere lesiones, es muy grande.

En efecto, en el ejercicio de la función de seguridad pública, particularmente de policía civil, en la que lo espontáneo o imprevisto que puede resultar preparar y ejecutar operativos de policía es una constante, la estandarización de acciones y reacciones ante circunstancias debe ser un elemento también constante que permita a la policía ejecutar su trabajo, arriesgando lo menos y logrando lo más.

Tener claro, previsto y estandarizado cómo debe actuar la policía ante los diferentes escenarios en los que desempeña su trabajo, permite también capacitar mejor al agente, darle elementos para que discierna adecuadamente cuáles son las reacciones verbales y físicas admisibles en él; para que diferencie qué tipos de armas son adecuadas utilizar en las circunstancias en que se ve; para que pueda ser un policía altamente entrenado y capaz de enfrentar eficaz y respetuosamente cualquier incidencia que se le presente. Esto es lo que orientan y facilitan los protocolos.

⁵⁷⁰ Véase el Considerando Noveno, particularmente el apartado 9.1.2.

Por mencionar a guisa ejemplificativa algunos aspectos, deben atenderse aspectos como: planear (cuando posible) los operativos de manera estratégica, velando porque estos sean eficaces en el logro de sus objetivos al tiempo arriesguen a las personas lo menos posible, tanto civiles como la propia policía; identificar y diferenciar tácticas, así como la fuerza que se ha de utilizar ante eventos con uno (p.e., detención individual), pocos o muchos participantes (p.e., eventos o detenciones masivas o multitudinarias); prever la reacciones de los civiles y prepararse también para ellas; identificar y diferenciar cuándo podrán o habrán de utilizarse respuestas o comunicaciones verbales, contacto físico, armas de impacto, químicas, eléctricas o armas letales; identificar cómo y cuándo es posible ir escalando en la reacción; capacitar para automatizar en la mayor medida posible lo anterior; ser continuamente evaluados; identificar qué condiciones justifican sus operativos y cuáles justifican interrumpirlos; qué acciones deben seguirse luego de una detención; cómo documentar, rendir cuentas y transparentar el uso de la fuerza; qué evaluar en cada ejercicio, cómo traducir esas evaluaciones en mejores operativos futuros; qué trato y cuidados deben dispensarles a las personas que detengan o que hieran; y qué riesgos deben ser prevenidos, y sus respectivas alternativas reales de solución.

Mas aún, resulta fundamental advertir que dada la multiplicidad de corporaciones que en materia de seguridad y policía operan en nuestro país, y dada la concurrencia y coordinación con la que estas necesariamente deben trabajar; es necesario advertir que mucho de lo que es necesario estandarizar debe ser estandarizado transversalmente. Esto es, en procesos o protocolos automatizados que sean comunes para todas las corporaciones, para que —cuando se vean en situación de colaborar conjuntamente— su labor no sea entorpecida por falta de coordinación o por que cada una maneja distintas formas de reaccionar ante las mismas situaciones.

Es cierto, por supuesto, que cada orden jurídico está facultado para operar como mejor lo considere. Pero, cuando se trata de situaciones de coordinación y concurrencia, como la de la especie, esa facultad debe considerarse en función de la necesidad de lograr la coordinación necesaria para que los objetivos comunes de seguridad pública puedan ser realizados. Y esa coordinación no puede, no debe, quedar sujeta a las coyunturas de cada momento y circunstancia en que se hace necesario que accione o reaccione la policía. Debe tratarse de procesos conocidos por todos los cuerpos de policía, en los que la coordinación pueda establecerse así sea que se trate de operativos imprevistos, espontáneos.

En este sentido, cabe mencionar a guisa ejemplificativa el llamado “Sistema de Comando de Incidentes” que se aplica en Estados Unidos. Como lo explica el especialista en esta materia W.M. Mackey, en el memorándum que a modo de *amicus curiae* hicieron llegar a este Tribunal⁵⁷¹:

“El Sistema de Comando de Incidentes es un concepto de manejo de incidentes de cualquier peligro, en sitio, estandarizado que se usa en los Estados Unidos. Es un protocolo de manejo basado en una respuesta flexible para que varias organizaciones (por ejemplo, la policía, los bomberos y los paramédicos) trabajen juntos en respuesta a incidentes, y para proporcionar un marco común en el que la gente pueda trabajar en conjunto de forma efectiva. Estas personas pueden salir de distintas agencias que no trabajan juntas usualmente, y el SCI está diseñado para dar una respuesta y procedimientos de operación estándares para reducir los problemas y el potencial de mala comunicación en estas situaciones.⁵⁷²

A continuación, se presenta un resumen breve sobre el Sistema de Comando de Incidentes, editado de la “Guía Policial para Operativos de Emergencia”, o Libro Rojo (“*Law Enforcement Guide for Emergency Operations*” — *Redbook*) de California.

Resumen

El SCI es una jerarquía organizacional y una serie de procedimientos para el manejo de los incidentes completos y el mecanismo de control del personal, las instalaciones, el equipo la comunicación. Es un sistema diseñado para ser usado o aplicado desde el momento en el que ocurre un incidente hasta que deje de existir la necesidad de manejo y operativos. El SCI es interdisciplinario y organizacionalmente flexible para enfrentar los siguientes retos de administración.

- Cumplir con las necesidades de incidentes de todo tipo o complejidad (se expande o se contrae).
- Permitir que el personal de distintas agencias se adapte rápidamente a una estructura administrativa común con terminología común.
- Proporcionar soporte logístico y administrativo al personal operativo.
- Evitar costos innecesarios al evitar la duplicación de esfuerzos.

El SCI contempla las debilidades en el manejo de incidentes, que a menudo se deben a:

- Falta de rendición de cuentas, incluyendo cadenas de mando y supervisión poco claras.

⁵⁷¹ El documento del que se toma esta cita fue hecho llegar al ponente por parte CERTIPOL (Centro de Certificación de Agencias Policias) e INSYDE (Instituto para la Seguridad y la Democracia), organizaciones que proporcionaron información y apoyo a la Comisión Investigadora y al ponente. El autor es experto en policía y uso de fuerza. Es una traducción al español del original del inglés.

⁵⁷² El subrayado es nuestro, para enfatizar.

- Mala comunicación debido a uso ineficaz de los sistemas de comunicación disponibles y terminología y códigos contradictorios.
- Falta de un proceso de planeación ordenado y sistemático.
- Falta de métodos predefinidos para integrar requerimientos inter-agencias efectivamente en la estructura administrativa y el proceso de planeación.

En los Estados Unidos, el SCI ha sido probado durante más de 30 años de aplicaciones en emergencias y no emergencias. Se requiere que todos los niveles del gobierno mantengan distintos niveles de entrenamiento en el SCI y que las organizaciones del sector privado usen el SCI regularmente para la administración de eventos. El SCI se usa ampliamente, desde agencias policiales hasta negocios cotidianos, ya que las metas básicas de comunicación clara, rendición de cuentas y uso efectivo de recursos son comunes tanto para el manejo de incidentes y emergencias como para operaciones diarias.

Incidentes

Los incidentes se definen, dentro del SCI, como situaciones no planeadas que requieren de respuesta. Ejemplos de incidentes pueden ser:

- Situaciones médicas de emergencia.
- Derrames de materiales peligrosos.
- Ataques terroristas.
- Desastres naturales como incendios forestales, inundaciones, temblores o tornados.
- Desastres causados por el hombre, como accidentes automovilísticos, accidentes industriales, accidentes ferroviarios o incendios estructurales.
- Crisis de rehenes.
- Disturbios y control de multitudes.

Conceptos clave

Unidad de mando

Cada individuo que participa en la operación reporta solamente a un supervisor. Esto elimina la posibilidad de que los individuos reciban órdenes contradictorias de distintos supervisores, lo que aumenta la rendición de cuentas, previene actos individuales, mejora el flujo de información, apoya la coordinación de esfuerzos de operación, y mejora la seguridad operativa. Este concepto es fundamental para la estructura de cadena de mando del SCI.

Terminología común

Las agencias de respuesta individual desarrollan sus protocolos por separado, y por lo mismo, desarrollan su propia terminología. Esto puede causar confusiones, ya que una palabra puede tener diferentes significados para distintas organizaciones. Cuando es necesario que distintas organizaciones trabajen juntas, el uso de la terminología en común es un elemento esencial para la cohesión y la comunicación del equipo, tanto internamente como con otras organizaciones que respondan al incidente. El Sistema de Comando de Incidentes promueve el uso de terminología común, y tiene un glosario de términos asociado que ayuda a dar consistencia a los nombres de puestos, la descripción de recursos y la forma en la que se organizan, los tipos y nombres de instalaciones de incidentes, y muchos otros temas. El uso de la terminología en común es más evidente en los nombres de puestos de mando, como *Comandante de Incidente*, *Oficial de Seguridad* o *Jefe de Sección de Operativos*.

Manejo por objetivos

Los incidentes se manejan al tener objetivos específicos. Los objetivos se clasifican por prioridades, deben ser tan específicos como sea posible, deben ser realistas y, de ser posible, deben tener un plazo. Los objetivos se logran cuando se generan, primero, estrategias (planes generales de acción), y luego se determinan las tácticas apropiadas (cómo se ejecutarán las estrategias) para cada estrategia elegida.

Organización flexible/modular

La estructura del Sistema de Comando de Incidentes está organizado de tal manera que se puede expandir y contraer según lo requiera la magnitud del incidente, los recursos y el peligro. El comando se establece de arriba hacia abajo, los puestos más importantes y con mayor autoridad se establecen primero (por ejemplo, el Comando del Incidente es establecido por la primera unidad en responder). Solamente los puestos que se requieren en el momento deben crearse. En la mayoría de los casos, se requerirá activar muy pocos puestos dentro de la estructura de comando. La organización del SCI sólo tendrá un personal completo en los operativos más grandes y complejos.

Rango de control

Para limitar el número de responsabilidades y recursos que maneja cada individuo, el SCI requiere que el rango de control de cada persona sea de entre tres y siete individuos, cinco siendo el ideal. En otras palabras, un administrador debe tener no más de siete personas bajo su mando en cualquier momento. Si un individuo maneja más de siete recursos, éste está sobrecargado y la estructura de mando necesita expandirse, delegando responsabilidades (por ejemplo, definiendo nuevas secciones, divisiones o fuerzas de tareas). Si son menos de tres, la autoridad del puesto probablemente puede ser absorbida por el siguiente escalafón en la cadena de mando.

Coordinación

La coordinación de cualquier incidente o evento es posible y efectiva debido a la implementación de los siguientes conceptos:

Plan de Acción para Incidente

- Los Planes de Acción para Incidentes incluyen los operativos estratégicos medibles que deben lograrse y se preparan alrededor de un plazo de tiempo llamado Plazo Operativo. Los Planes de Acción para Incidentes pueden ser orales o escritos (excepto para incidentes que involucran material peligroso, para los cuales tienen que ser escritos), y son preparados por la sección de planeación. Un PAI asegura que todos trabajen de forma conjunta hacia las mismas metas creadas para ese período operativo. El propósito de este plan es proporcionar instrucciones de acción a ser implementadas durante el período operativo definido en el plan a todo el personal de supervisión. Los Planes de Acción para Incidentes proporcionan una forma coherente de comunicar los objetivos generales para el incidente en los contextos tanto de actividades operativas como de apoyo. El PAI consolidado es un componente muy importante del SCI, que reduce las acciones individuales y asegura una respuesta coordinada. En el nivel más simple, todos los Planes de Acción para Incidentes deben tener cuatro elementos:
- ¿Qué queremos hacer?
- ¿Quién es responsable de hacerlo?
- ¿Cómo nos comunicamos?
- ¿Cuál es el procedimiento si alguien resulta herido?

Manejo Completo de Recursos

El Manejo Completo de Recursos es un principio clave de la administración que implica que todos los recursos y personal deben estar contabilizados y considerados durante un evento. También puede incluir procesos para reembolso de recursos, si se considera apropiado. El manejo de recursos incluye procedimientos para:

- Categorizar recursos.
- Solicitar recursos.
- Despachar recursos.
- Contabilizar recursos.
- Recuperar recursos.

El Manejo Completo de Recursos asegura que se mantenga visibilidad de todos los recursos, para que se puedan movilizar rápidamente para apoyar la preparación y respuesta a un incidente, y asegurar una desmovilización sin problemas. También se aplica a la clasificación de recursos por tipo y por estatus.

- Los recursos asignados son aquellos que están trabajando en sitio bajo la dirección de un supervisor.
- Los recursos disponibles son aquellos que están listos para ser desplegados, pero no han sido asignados.
- Los recursos fuera de servicio son aquellos que no están ni "asignados" ni "disponibles". Los recursos pueden estar fuera de servicio por varias razones, incluyendo: re-suministro después de una salida (la razón más común), falta de personal, personal en descanso, recursos dañados/inoperantes.

Comunicación integral

El uso de un plan de comunicación común es esencial para asegurar que quienes responden puedan comunicarse entre ellos durante el incidente. El equipo, los procedimientos y los sistemas deben funcionar para distintas jurisdicciones (interoperabilidad). El desarrollo de un sistema de comunicación de voz y datos integral, y de protocolos para el mismo, debe hacerse antes de un incidente.

La comunicación efectiva en el SCI incluye tres elementos:

- Modos: Los sistemas de "hardware" que transmiten la información.
- Planeación: La planeación para el uso de todos los recursos de comunicación disponibles.
- Redes: Los procesos y procedimientos para la transmisión de información de forma interna y externa.

Composición

Comandante de Incidente

- Un solo Comandante de Incidente – La mayoría de los incidentes involucran a un solo Comandante de Incidente. En estos incidentes, una sola persona manda en la respuesta al incidente y es la autoridad final en la toma de decisiones.
- Comando Unificado – Se usa un Comando Unificado en incidentes más grandes, usualmente cuando están involucradas múltiples agencias. Un Comando Unificado usualmente incluye un representante de mando de las agencias mayores involucradas, y uno de este grupo toma el papel de representante, aunque no se le considera Comandante de Incidente. Un Comando Unificado actúa como una sola entidad.
- Comando de Area – Durante situaciones de múltiples incidentes, se puede establecer un Comando de Area para proporcionar Comandantes de Incidentes en distintas locaciones. Usualmente, se designará un Comandante de Area —una sola persona— y el Comando de Area operará como apoyo logístico y administrativo. Los Comandos de Area rara vez incluyen funciones operativas.

Personal de mando

- Oficial de Seguridad – El oficial de Seguridad supervisa las condiciones de seguridad y desarrolla métodos para asegurar la seguridad de todo el personal asignado.
- Oficial de Información al Público – El Oficial de Información al Público funge como el conducto para informar a involucrados internos y externos, incluyendo a los medios y a otras organizaciones que buscan información directamente en el incidente o evento.
- Enlace – Un Enlace funciona como el contacto primario para agencias de apoyo que asisten al incidente.

Personal general

- Jefe de la Sección de Operativos – El Jefe de la Sección de Operativos tiene la tarea de dirigir todas las acciones para cumplir con los objetivos del incidente.
- Jefe de la Sección de Planeación – El Jefe de la Sección de Planeación tiene la tarea de recolectar y emitir la información del incidente, que consiste mayoritariamente del estatus de todos los recursos y el estatus general del incidente.
- Jefe de la Sección Financiera/Administrativa – El Jefe de la Sección Financiera/Administrativa tiene la tarea de rastrear los costos, registros de personal y solicitudes, y administrar los contratos de obtención requeridos por la Sección de Logística.
- Jefe de la Sección de Logística – El Jefe de la Sección de Logística tiene la tarea de proporcionar todos los recursos, servicios y apoyos que requiere el incidente.

El SCI está organizado por niveles, y el supervisor de cada nivel tiene un título único (es decir, sólo una persona a cargo de una Sección se denomina "Jefe"; un "Director" solamente es quien está a cargo de una Rama). Los niveles (títulos de personal de supervisión) son:

- Comandante de Incidente
- Sección (Jefe)
- Rama (Director)
- División (Supervisor) – Una División es una unidad organizada por geografía, usando líneas de jurisdicción si es necesario, y no basada en los tipos de recursos dentro de la División.
- Grupo (Supervisor) - Un Grupo es una unidad organizada por propósito, usando líneas de división de agencias, si es necesario, o basada en los tipos de recursos dentro del Grupo.
- Unidad, Equipo, o Fuerza (Líder) – Como la "Unidad de Comunicación", la "Unidad de Respuesta Médica" o una "Fuerza de Tareas de Reconocimiento". Una Unidad de Respuesta se compone de los mismos recursos (cuatro ambulancias, por ejemplo), mientras que una Fuerza de Tareas se compone de distintos tipos de recursos (una ambulancia, dos camiones de bomberos, una patrulla, por ejemplo).

- **Recurso Individual.** Es el nivel más bajo dentro del SCI, y usualmente se refiere a un solo individuo o pieza del equipo. Puede referirse a una pieza del equipo y su operador, y algunas veces, a varias personas que trabajan en conjunto.

Instalaciones

El SCI usa un conjunto de nomenclaturas estándares para las instalaciones. Las instalaciones del SCI incluyen: Instalaciones Pre-Designadas de Incidente: Los operativos de respuesta pueden formar una estructura compleja que debe mantenerse unida por el personal de respuesta, que trabaja en diferentes, y a menudo muy separadas, instalaciones. Estas instalaciones pueden incluir:

- **Puesto de Mando de Incidente (PMI):** El PMI es la locación en la que el Comandante de Incidente opera durante los operativos de respuesta. Solamente hay un PMI para cada incidente o evento, pero puede cambiar de locación durante el evento. Cada incidente o evento debe tener alguna forma de Puesto de Mando de Incidente. El PMI puede situarse en un vehículo, un tráiler, una tienda de campaña, o dentro de un edificio. El PMI se posicionará afuera de la zona de peligro actual y potencial, pero lo suficientemente cerca del incidente para mantener el mando. El PMI será nombrado con el nombre del incidente, por ejemplo, PMI Trail Creek.
- **Area de Preparación:** Puede estar en o cerca de la escena del incidente, donde se juntan los recursos de respuesta táctica mientras esperan ser asignados. Los recursos en el Area de Preparación están bajo el mando de la Sección de Logística y siempre tiene estatus de disponibles. Las Areas de Preparación deben estar lo suficientemente cerca del incidente para responder rápidamente, pero lo suficientemente lejos como para quedar fuera de la zona de impacto inmediato. Puede haber más de un Area de Preparación para cada incidente. Las Areas de Preparación se pueden juntar con el PMI, las Bases, los Campamentos, las Helibases o los Helipuntos.
- **Una Base** es la locación desde la cual se coordinan y manejan las funciones primarias de logística y administración. La Base puede juntarse con el Puesto de Mando del Incidente, y se nombra usando el nombre del incidente. Sólo hay una Base por incidente. La Base es establecida y manejada por la Sección de Logística. Los recursos en la Base siempre están fuera de servicio.
- **Campamentos:** Las locaciones, a menudo temporales, dentro del área general del incidente que están equipadas y tienen el personal para proporcionar servicios de dormitorio, agua, comida, sanitarios y otros para el personal de respuesta que está demasiado lejos como para usar las instalaciones de la Base. También se pueden tener otros recursos en un Campamento para apoyar los operativos durante el incidente, si no todos los recursos tienen acceso a la Base. Los Campamentos se nombran por locación geográfica o número. Se pueden usar múltiples Campamentos, pero no todos los incidentes los tendrán.
- **Una Helibase** es la locación desde la cual se conducen los operativos aéreos centrados en el uso de helicópteros. Las Helibases generalmente se usan más a largo plazo e incluyen servicios como provisión de combustible y mantenimiento. Las Helibases usualmente toman el nombre del incidente, por ejemplo, Helibase de Trail Creek.
- **Los Helipuntos** son locaciones más temporales en los incidentes, donde los helicópteros pueden aterrizar y despegar con seguridad. Se pueden usar múltiples Helipuntos.

Cada instalación tiene requerimientos de locación, espacio, equipo, materiales y provisiones únicos, que pueden ser difíciles de considerar, en especial al inicio de los operativos de respuesta. Por esta razón, quienes responden deben identificar, pre-asignar y planear el diseño de las instalaciones, cuando sea posible.

Transferencia de mando

Un puesto de responsabilidad se puede transferir durante un incidente por varias razones: Conforme el incidente crece, se puede requerir que una persona más calificada asuma el puesto de Comandante del Incidente para manejar las necesidades crecientes del incidente, o, por el otro lado, cuando un incidente se reduce en tamaño, el mando se puede pasar a una persona menos calificada (pero con las calificaciones suficientes para manejar el incidente, ahora más pequeño) para liberar a los recursos más calificados para otros incidentes o tareas. Otras razones para transferir el mando pueden incluir un cambio jurisdiccional si el incidente se mueve a otra locación o área de responsabilidad, o el cambio usual de personal debido a incidentes largos. El proceso de transferencia de mando siempre incluye un reporte de transferencia de mando, que puede ser oral, escrito o ambos. “

Por supuesto, no se trata de decir con esta cita ejemplificativa que éste sea el mejor modelo o el modelo de protocolo que deba implementarse, ni nada semejante. Eso escapa del resorte de este Tribunal. Simplemente, se cita porque en él se hace hincapié en que para el éxito de un operativo en el que concurren

diversas organizaciones para la realización de objetivos comunes, es necesario que *todas* esas organizaciones estén entrenadas en la ejecución de procesos estandarizados que tienen un piso común. Y esto se asemeja a lo que ocurre en nuestro país en el ejercicio de la función de seguridad pública.

En efecto, en un país en el que convergen diversas corporaciones de policía en el ejercicio de la función de seguridad pública no basta que haya una ley marco que referencie todos los órdenes jurídicos concurrentes en la materia. Es necesario, además de que diseñen y lleven a la práctica los diversos protocolos que exige este quehacer público, que se cuide que esos mecanismos tengan bases comunes o se diseñen *también* mecanismos estandarizados que –como sucede en el ejemplo estadounidense antes descrito– que permitan organizar y coordinar las respuestas conjuntas que las corporaciones de todos los niveles de gobierno y especializaciones deban dar en conjunto a las incidencias de seguridad pública que se presenten, con mayor grado de eficacia, profesionalismo y desempeño en los operativos, inclusive la de realizar una mejor documentación y rendición de cuentas de ello, para todos los efectos que esto sea necesario y útil. Y es necesario que esos procesos comunes sean base de la capacitación y evaluación continúa en las corporaciones.

Estas omisiones, en tenor semejante a lo que sucede con las omisiones legislativas, ponen en un estado de sensible vulnerabilidad tanto los derechos de las personas.

Son muchos pues los espacios tanto de orden legislativo, como reglamentario y protocolario que aún están pendientes de ser atendidos en México en materia de seguridad pública, policía y fuerza pública. Y, hasta en tanto ello sea atendido, difícilmente se reducirá el margen de vulnerabilidad en que ante ello se encuentran los derechos de las personas, incluyendo –como se ha venido insistiendo– los derechos de los propios policías.

Atenco ha sido un caso superlativo y paradigmático de las deficiencias que, en general acarrea en México la policía y el uso de la fuerza. Y, por ello, y habiéndose realizado el análisis constitucional aplicable y habiéndose advertido el cúmulo de omisiones destacadas, es que este Tribunal, movido por su vocación tutelar de los derechos de las personas, ha considerado necesario dejar esto apuntando no sólo para las autoridades involucradas en la especie, sino en general, a todas las que en el país tienen alguna incidencia, con la convicción de que se trata de brechas que es necesario zanjar.

CONSIDERANDO DECIMO QUINTO. Remisión y publicidad del presente Dictamen.

En virtud de que en el presente Dictamen se establece que en los hechos materia de la investigación se incurrió en violaciones graves a garantías individuales y, además, se ha estimado pertinente hacer mención de la necesidad dar seguimiento a los procedimientos penales y administrativos contra los servidores públicos que incurrieron en las irregularidades que se han venido destacando⁵⁷³, con base en lo dispuesto en las Reglas 24 y 25 del Acuerdo General Plenario 16/2007, que establecen que en estos Dictámenes deberán determinarse los órganos y autoridades competentes para actuar en cada caso y remitirles él mismo, este Tribunal considera que el presente debe ser remitido a los poderes y órganos que participaron en los hechos de cuenta, precisamente para esos efectos:

Al titular de la **Secretaría de Seguridad Pública Federal**, en razón de su superioridad jerárquica y responsabilidad de la Policía Federal Preventiva; al titular de la **Policía Federal Preventiva**; al **Procurador General de la República**, en razón de las procedimientos penales a que pudiera haber lugar por actos de miembros de la Policía Federal Preventiva; al Gobernador, titular del **Poder Ejecutivo del Estado de México**, en razón de que siendo la mayor autoridad en el Estado, tiene superioridad jerárquica sobre la **Agencia de Seguridad Estatal**, la Procuraduría de Justicia del Estado (persecución de responsabilidades penales) y de las diversas autoridades encargadas de seguir procedimientos de responsabilidad administrativa; y a la **Presidencia Municipal de Texcoco, Estado de México**, en su calidad de autoridad del municipio y superioridad jerárquica de la policía municipal.

En razón de la vasta cantidad de datos personales y sensibles aquí contenidos, y siendo que importa destacar a estas autoridades la necesidad de tomar o retomar acciones, según a cada uno competa, para dar seguimiento a las averiguaciones iniciadas y fincar las responsabilidades individuales que resulten, (y no es el caso publicitar innecesariamente datos de las víctimas) remitase a éstas autoridades versión pública de este Dictamen, que se elabore resguardando tales datos en términos de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Por otra parte, con base en los mismos fundamentos, y en razón de que en la especie se ha interpretado el marco constitucional que rige el uso de la fuerza pública, por ello aplicable en todo el país, y se han advertido omisiones importantes de diversa índole que aquejan, en términos generales, el ejercicio de esta función pública, en el que concurren varias órdenes de gobierno y sus respectivos Poderes, este Pleno considera que es el caso remitir el presente a las autoridades involucradas en materia de seguridad pública en sus diversas facetas (legislativa, ejecutiva), para que sea considerado su contenido.

⁵⁷³ Véase Considerando Décimo Tercero, apartado 13.1.

Conforme a lo recién dicho, ha de remitirse: al titular del Poder Ejecutivo Federal; a las Cámaras del Congreso de la Unión; a los Gobernadores de los Estados y Jefe de Gobierno del Distrito Federal; a los Poderes Legislativos de los Estados y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; al Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública; al Procurador General de la República y los Procuradores de Justicia de las entidades federativas; y a los titulares de las corporaciones policíacas de cada entidad federativa.

Así mismo, en razón de la vasta cantidad de datos personales y sensibles aquí contenidos, y siendo que lo que importa destacar a estas autoridades es lo relativo a los criterios sobre uso de fuerza pública y omisiones advertidas en la materia que a ellos concierne en razón de las funciones que ejercen (y no es el caso publicitar innecesariamente datos de las víctimas), remítase a éstas versión pública de este Dictamen, que se elabore resguardando tales datos en términos de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Por otra parte, en razón de la concurrencia de los municipios en materia de policía y seguridad pública, infórmese a los Municipios del Estado Mexicano, que este Tribunal Pleno al acordar el presente Dictamen ha interpretado el marco constitucional aplicable al uso de la fuerza pública y que, en esa virtud, se han establecido criterios que son aplicables al uso de la fuerza que hagan las autoridades municipales; e infórmeles también que ello será objeto de publicidad a través de los medios de comunicación oficial que enseguida se indican.

Finalmente, en razón de la importancia y trascendencia de los contenidos y pronunciamientos que en el presente se hacen sobre el uso de la fuerza pública y derechos humanos, cuyo respeto es deber de toda autoridad, este Tribunal Pleno considera conveniente ordenar publicar este Dictamen (resguardando datos personales) en el Diario Oficial de la Federación, en la Gaceta del Gobierno del Estado de México y en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

En vista de todo lo antes expuesto, con base en los fundamentos y razonamientos invocados, y en los términos señalados en los considerandos que conforman el presente, es de resolverse y se

RESUELVE:

PRIMERO. En los hechos acaecidos el tres y cuatro de mayo de dos mil seis en Texcoco y Atenco, ambos del Estado de México, que fueron materia de la presente investigación, se incurrió en violaciones graves de garantías individuales, en los términos señalados en el Considerando Décimo Primero de este Dictamen.

SEGUNDO. Las autoridades involucradas en las violaciones graves de garantías individuales se precisan en el Considerando Décimo Segundo de este Dictamen.

TERCERO. Remítase el presente Dictamen a las autoridades precisadas en el Considerando Décimo Quinto, en los términos y para los efectos ahí establecidos.

CUARTO. Publíquese en el Diario Oficial de la Federación, en la Gaceta del Gobierno del Estado de México y en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en los términos establecidos en la parte final de esta resolución.

Así lo resolvió el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de diez votos de los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia se determinó que en los hechos acaecidos el tres y cuatro de mayo de dos mil seis en Texcoco y San Salvador Atenco, Estado de México, se incurrió en violaciones graves de garantías individuales; el señor Ministro Aguirre Anguiano votó en contra y reservó su derecho para formular voto particular; por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Ortiz Mayagoitia se determinó que sin calificaciones de ordenadoras o ejecutoras se atribuya la participación de las autoridades en los hechos, los señores Ministros Gudiño Pelayo y Silva Meza votaron en contra, y reservaron su derecho para formular sendos votos particulares; por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Ortiz Mayagoitia se dispuso que no pueden determinarse participaciones de autoridades y funcionarios que se reunieron el tres de mayo y que autorizaron el uso de la fuerza pública, los señores Ministros Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo y Silva Meza votaron en contra, y reservaron su derecho para formular sendos votos particulares; por mayoría de siete votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Azuela Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia determinaron que no se les puede atribuir participación a las autoridades y funcionarios que se reunieron el tres de mayo y diseñaron la estrategia para el uso de la fuerza pública, los señores Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo y Silva Meza votaron en contra, y reservaron su derecho para formular votos particulares, el señor Ministro Cossío Díaz manifestó que no tenía elementos para pronunciarse al respecto, sino que, debía recomendarse que se continúen las investigaciones para definir lo conducente; por unanimidad de once votos se determinó que, conforme con los datos de las

**AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN
3798/2015**

**PONENTE: MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
SECRETARIO: GABINO GONZÁLEZ SANTOS**

En atención a lo dispuesto por el artículo 73, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, así como la jurisprudencia de rubro: **“PROYECTOS DE RESOLUCIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. SÓLO DEBEN PUBLICARSE AQUELLOS EN LOS QUE SE ANALICE LA CONSTITUCIONALIDAD O LA CONVENCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL, O BIEN, SE REALICE LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL O DE UN TRATADO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.”**¹, a continuación se hace público el fragmento del proyecto de sentencia del Amparo Directo en Revisión 3798/2015, en el cual se realiza el estudio de constitucionalidad respectivo:

35. El principio de proporcionalidad de las penas se encuentra contenido en el artículo 22 de la Constitución Federal:

“Artículo 22.- Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.

¹ Jurisprudencia P./J. 53/2014 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Pleno, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, Página: 61.

36. La inclusión literal del postulado de proporcionalidad en el mencionado dispositivo constitucional ocurre con la reforma integral al sistema penal mexicano, publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho.
37. De dicho proceso de reforma constitucional, se deduce que la intención del Constituyente permanente, al reformar el artículo 22 de la Constitución Federal² e incluir el principio de proporcionalidad, fue que el poder legislativo considere la magnitud del bien jurídico afectado por una conducta delictiva cuando asigne las penas aplicables a esta conducta.

² En la exposición de motivos formulada por la Cámara de Diputados de veintinueve de septiembre de dos mil seis, se señaló lo siguiente:

“[...]

Lo que se pretende con la reforma del sistema de justicia es dar soluciones de calidad a los gobernados.

Principios de "lesividad" y "mínima intervención"

Para garantizar un sistema penal democrático es preciso no sólo construir sus alcances sino, también, definir los límites de intervención que un Estado social y democrático debe ofrecer a sus gobernados. En este sentido, coincidimos con la propuesta de la Red que, en materia sustantiva penal, agrega en un párrafo tercero a los principios fundamentales del ius puniendo, como el de "proporcionalidad" y "lesividad".

[...]

El principio de proporcionalidad supone que el legislador deberá tomar en cuenta la magnitud del bien jurídico afectado por una conducta delictiva al momento de determinar qué sanción se le debe aplicar; para ello se deberá atender, entre otros elementos, al resto del sistema de sanciones, de modo que a una conducta que dañe un bien jurídico de menor importancia no se le aplique una sanción que supera a la que se le aplica a una conducta que sanciona un bien jurídico de mayor importancia. La proporcionalidad exige también que el legislador elija la sanción más benigna posible de entre todas aquellas que tengan la misma eficacia para el objetivo que se propone alcanzar, de tal modo que el sacrificio que se realice del derecho de libertad del que disfrutaban todos los habitantes del país sea el mínimo indispensable.

El principio de lesividad consiste en que el legislador debe sancionar penalmente sólo aquellas conductas que en verdad dañen bienes jurídicos relevantes, ya sean de titularidad individual o colectiva. Con ello se subraya el carácter del derecho penal como última ratio, como recurso extremo del Estado para sancionar a personas que realicen conductas antijurídicas.”

38. Ahora bien, este Máximo Tribunal ha sostenido que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico y al grado de afectación al bien jurídico protegido, por lo que las penas más graves debían dirigirse para aquellos tipos penales que protegían los bienes jurídicos más importantes; principio de proporcionalidad que debía ser respetado por el legislador al momento de establecer las penas y el sistema de imposición de las mismas en la ley.
39. También se ha referido que el Poder Legislativo, es quien decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas, de ahí que se hable del principio de autonomía legislativa; no obstante, cuando ejerce dicha facultad o atribución no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe atender, principalmente, a los postulados contenidos en la Constitución.
40. Lo que, además hace manifiesta la importancia de que la actuación del legislador, en los términos descritos, se encuentre sujeta al escrutinio del órgano de control constitucional, ya que la legislación penal no está constitucionalmente exenta, por cuanto que la decisión que se emita al respecto habrá de depender, de ser el caso, del respeto irrestricto al principio de proporcionalidad.
41. Al respecto, es conveniente señalar que esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentó criterio en el sentido de que corresponde al Poder Legislativo justificar en todos los casos y en forma expresa, las razones del establecimiento de las penas y del sistema para su aplicación en la ley, pues su importancia radica en que el órgano de control constitucional, contará con otro instrumento

valioso cuyo análisis le permitirá llevar a cabo la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto o preceptos impugnados. Es aplicable la tesis siguiente³:

"PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY". "El legislador al crear las penas y el sistema para la imposición de las mismas, no cuenta con libertad absoluta para su establecimiento en la ley, sino que debe atender a diversos principios como lo es el de la proporcionalidad entre delito y pena, ya que de ello dependerá si su aplicación es no humanitaria, infamante, cruel o excesiva, o por el contrario, es acorde a los postulados constitucionales. La proporción entre delito y pena, en el caso del Poder Legislativo, es el de hacer depender la gravedad de la pena en forma abstracta, lo cual se encuentra relacionado con la naturaleza del delito cometido, el bien jurídico protegido y el daño que se causa al mismo. Esto permite advertir la importancia que tiene el que el Poder Legislativo justifique, en todos los casos y en forma expresa, en el proceso de creación de la ley, cuáles son las razones del establecimiento de las penas y el sistema de aplicación de las mismas, para cuando una persona despliega una conducta considerada como delito. Lo anterior, permitirá que en un problema de constitucionalidad de leyes, se atienda a las razones expuestas por los órganos encargados de crear la ley y no a las posibles ideas que haya tenido o a las posibles finalidades u objetivos que se haya propuesto alcanzar. Así, lo relatado adquiere relevancia si se toma en consideración que al corresponderle al legislador señalar expresamente las razones de mérito, el órgano de control constitucional contará con otro elemento valioso cuyo análisis le permitirá llevar a cabo la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto o preceptos impugnados".

³ 1a./J. 114/2010, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, enero de 2011, página 340.

42. Sin embargo, si bien es cierto esta herramienta resulta fundamental al analizar la proporcionalidad de la pena, no resulta suficiente *per se*, para establecer su constitucionalidad en función del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 22, dicho de otro modo, la proporcionalidad o razonabilidad de una pena no depende, exclusiva y necesariamente, de la motivación que aluda el legislador para su imposición, pues ello podría generar el absurdo de que, ante la falta de motivación legislativa ello implique necesariamente que la penalidad de una norma resulte desproporcional, cuando ello no depende exclusivamente de este elemento, sino de analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido, para lo cual debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizarla entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización o reinserción del sentenciado. Cobra aplicación la jurisprudencia, sustentada por el Pleno de este Máximo Tribunal⁴:

"LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA". "El legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con

⁴ Jurisprudencia P./J.102/2008, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, página 599.

las necesidades sociales del momento histórico respectivo; sin embargo, al configurar las leyes relativas debe respetar el contenido de diversos principios constitucionales, entre ellos los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano, conforme a los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por esa razón, el Juez constitucional, al examinar la constitucionalidad de las leyes penales, debe analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido, para lo cual debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizarla entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado."

(...)

44. Ahora, para dar contestación a ese argumento hay que retomar los argumentos en los Amparos Directos en Revisión 181/2011⁵, 85/2014⁶, 4340/2014⁷ y 5367/2014⁸, en los que se determinó que la alusión a la proporcionalidad que hace el artículo 22 constitucional recoge lo que en la doctrina penal se denomina la *concepción estricta* del principio de proporcionalidad en materia penal⁹, y que el contenido de este derecho consiste en la exigencia de una *adecuación* entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito. Asimismo, que la propia

⁵ Resuelto por esta Primera Sala por unanimidad de votos, en sesión del seis de abril de dos mil once.

⁶ Resuelto por esta Primera Sala por unanimidad de votos, en sesión de cuatro de junio de dos mil catorce, ausente el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

⁷ Resuelto por esta Primera Sala por unanimidad de votos, en sesión de veinticuatro de junio de dos mil quince.

⁸ Resuelto por esta Primera Sala por unanimidad de votos, en sesión de veintiséis de agosto de dos mil quince, ausente la Ministra Olga Sánchez Cordero.

⁹ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, 2006, p. 171.

Suprema Corte ha sostenido que “la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes”¹⁰.

45. También se dijo que el derecho fundamental a una pena proporcionada constituye un mandato dirigido tanto al legislador como al juzgador¹¹. El primero cumple con ese mandato al establecer en la ley penal la clase y la cuantía de la sanción atendiendo a la gravedad de la conducta tipificada como delito. Así, la *proporcionalidad en abstracto* de la pena se determina atendiendo a varios factores: la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad del ataque a ese bien, el ámbito de responsabilidad subjetiva, etc. Por su parte, el juez penal es el encargado de determinar la *proporcionalidad en concreto* de la pena. El legislador debe proporcionar un marco penal abstracto que permita al juzgador individualizar la pena teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, tales como: la lesión o puesta en peligro del bien, la intervención del agente para causar la lesión o crear el riesgo, así como otros factores sociales o individuales que sirvan para establecer la menor exigibilidad de la conducta¹².

¹⁰ Véase la siguiente tesis de rubro “PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.” [Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, Página: 503, Tesis: 1a. 1a./J. 3/2012 (9a.)].

¹¹ Sobre este punto, véase Lopera Mesa, *op. cit.*, pp. 175-180.

¹² La distinción entre proporcionalidad en abstracto y proporcionalidad en concreto de las penas ha sido recogida en la acción de inconstitucionalidad 146/2007.

46. La Primera Sala sostuvo, en los precedentes citados, que la relación entre la pena y el delito es una relación *convencional*, porque depende de aspectos contingentes que no están dados de antemano. Así, la relación entre delito y pena no sólo atiende a cuestiones éticas o valorativas propias de cada sociedad y momento histórico, sino también a consideraciones de oportunidad. En este sentido, la exigencia de proporcionalidad no implica que el sistema de penas previsto en los códigos penales atienda *exclusivamente* a la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad del ataque a ese bien o al grado de responsabilidad subjetiva del agente.
47. La Sala llevó a cabo una crítica a la interpretación de la garantía de proporcionalidad de las penas prevista en el artículo 22 constitucional, que había llevado a cabo esta Suprema Corte. De acuerdo con esa interpretación, “[e]l legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo”¹³. Tal interpretación —se dijo— es problemática porque no basta con constatar que un delito tiene una pena mayor que otro que afecta a un bien jurídico de similar o mayor importancia. Lo anterior, porque aunque existen casos claros en donde habría un consenso sobre la mayor importancia de un bien jurídico

¹³ LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA [Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Septiembre de 2008, Página: 599, Tesis: P./J. 102/2008, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Penal]. En el mismo sentido, véase la sentencia recaída en el amparo directo en revisión 1405/2009.

tutelado por una norma penal, hay muchos otros en los que no habría un acuerdo al respecto.

48. Esta Suprema Corte entiende que la escala de penas determinada en los códigos penales establece una jerarquía de castigos *no sólo* en función de la importancia de los distintos bienes jurídicos protegidos y de las afectaciones a estos, sino también atendiendo a consideraciones de política criminal.
49. Este Alto Tribunal ha puesto de manifiesto la conveniencia de que el legislador exprese las razones que lo llevan a determinar una pena para un delito como un elemento especialmente relevante para evaluar la constitucionalidad de una intervención penal.¹⁴ Con todo, esto no debe llevarnos al extremo de sostener que la ausencia de una justificación legislativa expresa comporte la inconstitucionalidad de la pena. No obstante y como se ha señalado, la motivación legislativa tampoco resulta, *per se*, justificación para sustentar la proporcionalidad de una pena.
50. Para esta Primera Sala, si el principio de proporcionalidad impone la necesidad de comparar la pena enjuiciada con otras penas asignadas a otros delitos, esta Suprema Corte tiene que establecer la forma de seleccionar las penas que constituyen ese *tertium comparationis*. Al respecto, es necesario rechazar que en este caso esa comparación

¹⁴ En este sentido, véase la tesis jurisprudencial de rubro “PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY” [Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIII, Enero de 2011, Página: 340, Tesis: 1a./J. 114/2010].

pueda hacerse con las penas previstas para delitos que protegen bienes jurídicos distintos –como se retomará más adelante para contestar uno de los agravios hechos valer por el recurrente–.

(...)

54. En relación al principio de proporcionalidad, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 27¹⁵, manifestó que:

- Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.
- El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas.

55. De lo anterior, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas señaló que las medidas que debe de tomar el legislador al emitir medidas restrictivas de libertad, deben de ir acorde

¹⁵ O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comentario general no. 27 de 2 de noviembre de 1999, párrs. 14 y 15.

a los principios de proporcionalidad y deben de ser lo menos restrictivos posibles.

(...)

70. Esta Primera Sala ya se ha pronunciado en diversas ocasiones en relación con al Sistema Penitenciario Constitucional de Reinserción Social¹⁶.

71. Es importante señalar que el estudio del artículo 18 constitucional, segundo párrafo, corresponde al texto posterior a la reforma penal de dieciocho de junio de dos mil ocho, toda vez que la misma se encuentra actualmente vigente en términos del artículo QUINTO TRANSITORIO¹⁷, dado que el plazo de 3 años al que esta disposición se refería, finalizó el diecinueve de junio de dos mil once.

72. El siguiente cuadro comparativo permite advertir cuáles son las diferencias entre el texto anterior a la reforma y el actual:

TEXTO ANTES DE LA REFORMA PENAL (DE JUNIO DE DOS MIL OCHO) Y DE LA REFORMA DE DERECHOS HUMANOS (JUNIO DE DOS MIL ONCE)	TEXTO VIGENTE
Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será	Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión

¹⁶ El tema ha sido analizado por esta Primera Sala al resolver los juicios de amparo en revisión 329/2011, 598/2001, 631/2011, 702/2011 y el amparo directo en revisión 1651/2011.

¹⁷ “**QUINTO.** El nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.”

distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios **para la readaptación social del delincuente**. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto (...).

73. Como puede observarse, el órgano reformador de la Constitución Federal modificó la redacción del artículo 18, lo que básicamente resultó en:

- i. La sustitución del término *“readaptación”* por *“reinserción”*.
- ii. El abandono del término *“delincuente”*.
- iii. La inclusión del fomento al respeto por los Derechos Humanos, como medio para lograr la reinserción.
- iv. La inclusión de un objetivo adicional en la reinserción: *“procurar que la persona no vuelva a delinquir”*.
- v. La adición del concepto *“beneficios”* como parte de la lógica del sistema.

74. Esta Primera Sala estima que estos cambios no son superfluos, sino que, por el contrario, obedecen a motivos concretos que fueron claramente vislumbrados durante los procesos de reforma anteriormente referidos.

75. En efecto, con dichos cambios se pretende superar ciertas prácticas incongruentes con el paradigma del “Derecho Penal de Acto”, el cual pone énfasis en las conductas cometidas por el sujeto activo, antes que en su personalidad.

76. La superación de los diversos postulados del “Derecho Penal de Autor”, obedece a la intención de abandonar cualquier nomenclatura que pudiera resultar estigmatizante para la persona, tales como el concepto de “desadaptado” o “enfermo”.
77. En este sentido, el nuevo paradigma constitucional tiene la función preponderante de ordenar la consecución o la procuración de ciertos fines dentro del sistema penitenciario. Es decir, establece directrices que deben regir la actuación de las autoridades legislativas, judiciales y administrativas.
78. De este modo, la obligación a cargo de dichas autoridades radica en garantizar que los establecimientos penitenciarios cuenten con ciertas cualidades como son la posibilidad de acceder al trabajo, a la capacitación para el mismo, a la educación, a la salud y al deporte. Al mismo tiempo, el imperativo de regular una serie de medidas alternativas que operan conjuntamente para permitir que los sentenciados se reintegren a la sociedad en el menor tiempo posible, incluso, con la posibilidad de sustituir o conmutar la pena de prisión impuesta. Todo ello, en el marco de un sistema respetuoso de la dignidad y los derechos de las personas sentenciadas.
79. En otras palabras, la nueva lógica del sistema se traduce en el deseo por parte del constituyente permanente de aminorar los perjuicios que, de facto, suelen estar implicados con la pena privativa de la libertad, como la falta de oportunidades para que la persona se desarrolle

adecuadamente en ese ambiente. Se busca evitar que cuando la persona sentenciada recupere su libertad, continúe teniendo los mismos incentivos que antes para delinquir. La prisión debe ofrecerle medios para su crecimiento como persona, sin hacer a un lado la posibilidad de aplicación de medidas que permitan coadyuvar a la más próxima reinserción social de las personas sentenciadas mediante la adopción de beneficios que sustituyan, suspendan o reduzcan la ejecución de la pena de prisión.

80. Por ende, la libertad de configuración con que se encuentra investida la autoridad legislativa, a fin de establecer las consecuencias legales para cada una de las conductas que se estimen delictivas, basada en la ponderación del bien jurídico tutelado, la magnitud del daño causado al mismo, su forma de comisión o bien, el desvalor de la acción delictiva, de forma alguna riñe con las directrices del sistema penitenciario de reinserción social, establecido en el artículo 18, párrafo segundo, de la Constitución Federal, sino que se complementan sistémica y normativamente.

(...)

89. Primero, para tener los elementos para poder resolver el presente asunto, es necesario retomar los alcances que esta Primera Sala ha fijado acerca del derecho de contar con una defensa adecuada. Al respecto, al resolver el Amparo Directo en Revisión 1519/2013, señaló que el derecho fundamental a una defensa adecuada se encuentra previsto en el artículo 20 de la Constitución Federal que este Tribunal

ha destacado que con motivo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos se ha determinado que para establecer el ejercicio eficaz y la forma de garantizar la defensa adecuada es que el gobernado esté asistido en todas las etapas procedimentales (incluso de ser posible desde el momento de su detención) por un abogado profesional en derecho.

90. En este sentido, se determinó como incompatible con la concepción de esta Sala Penal, aquélla que sostenga que se garantiza la defensa adecuada de un inculpado con la presencia de una persona de confianza, sin atender a que es necesario que esa defensa esté representada por un licenciado en derecho, pues éste cuenta con la capacidad técnica para asesorar y apreciar lo que jurídicamente le es conveniente al inculpado. En consecuencia, el indiciado durante la etapa de averiguación previa y el proceso penal seguido ante autoridad judicial debe estar asistido por un licenciado en derecho (abogado particular o defensor de oficio) a fin de otorgar una real y efectiva asistencia legal.
91. En resumen, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha asumido que la modalidad de ejercicio de la defensa adecuada deberá ser técnica; esto es, ejercida por abogado titulado, así como oportuna y material.
92. Entre los criterios que sustentan lo anterior, se localiza la tesis jurisprudencial 1ª./J.23/2006 emitida por esta Sala, en la que se precisó que, en términos de las fracciones IX y X del artículo 20 apartado A de la Constitución Federal (del texto anterior a la reforma

constitucional de dieciocho de junio de dos mil ocho), la prerrogativa de defensa adecuada no es un mero requisito formal, sino que requiere de la participación efectiva del imputado en el procedimiento. Por tanto, la persona detenida puede ejercer el derecho a defenderse desde que es puesto a disposición del Ministerio Público y tiene derecho a que su defensor, entendido éste como asesor legal, esté presente físicamente y a recibir su ayuda efectiva. En consecuencia, el detenido, si así lo decide, podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial¹⁸.

93. También, esta Primera Sala sostuvo en la jurisprudencia 1ª./J. 12/2012 que el juez tiene a su cargo la obligación de no obstruir su materialización y al asegurarse por todos los medios legales a su alcance que estén satisfechas las condiciones que posibiliten la defensa adecuada, sin que esto implique que el juez deba revisar la forma en que los defensores lleven a cabo su cometido¹⁹.
94. Por otro lado, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver los amparos directos en revisión 2886/2012 y 2990/2011, en sesiones de diez y once de junio de dos mil trece, también se pronunció sobre la interpretación constitucional a que se constriñe la presente ejecutoria. Al respecto, concluyó que la protección del

¹⁸ El criterio jurisprudencial se publicó en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, Primera Sala, tomo XXII, mayo de 2006, materias constitucional y penal, p. 132, cuyo rubro es: "DEFENSA ADECUADA. ALCANCE DE DICHA GARANTÍA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL)".

¹⁹ Criterio publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, Primera Sala, Libro X, julio de 2012, materia constitucional, p. 433, cuyo rubro es: "DEFENSA ADECUADA. FORMA EN QUE EL JUEZ DE LA CAUSA GARANTIZA SU VIGENCIA".

derecho de defensa adecuada y técnica exige para su eficaz cumplimiento que la persona inculpada reciba en todo momento la asistencia de un abogado defensor que tenga el carácter de profesional en derecho.

95. Esos son los alcances que este Alto Tribunal ha determinado al derecho humano de defensa adecuada.

96. Con todo lo expuesto anteriormente, esta Primera Sala considera que la defensa adecuada se extiende desde el momento en el que el inculcado es puesto a disposición del Ministerio Público, derivado de la necesidad del acusado a que cuente con la asistencia jurídica necesaria para que este en posibilidad de protección, en aras de que no se encuentre en una condición de indefensión o vulnerabilidad ante las circunstancias propias del procedimiento penal. Ello, en virtud de que, en el caso concreto, en el momento en el que fue reconocido por medio de diversas fotografías, de las que se encontraba el hoy recurrente como participe de los hechos delictivos, es en ese momento en el que resulta necesaria la participación del asesor legal, ya que con su pericia, pudo haber objetado dichas diligencias y, lograr, en general, defender los derechos del acusado. Ello, ante la posibilidad de una inducción en la presentación del material fotográfico o en éste mismo.

(...)

99. Sobre este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Barreto Leiva vs Venezuela, determinó que impedir que la

persona ejerza su derecho de defensa, desde que se inicia un proceso que la involucra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona. En el párrafo 29 de la citada resolución, literalmente, se señaló lo siguiente:

“29. Ahora bien, el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso [23], incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.”

100. Además, durante el proceso penal ante la instancia jurisdiccional, el defensor será quien vele para que el proceso se siga con estricto apego en los principios del debido proceso, como lo son los de igualdad y contradicción, y éste no se vea viciado, asegurando a la postre el dictado de una sentencia que cumpla con los requisitos,

valores y principios legales y constitucionales que permean en el debido proceso penal.

101. Atendiendo a los fines que imperan en el derecho fundamental a una defensa adecuada, que se extrae del contenido del artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución, previo a la reforma constitucional de ese precepto publicada en el Diario Oficial de la Federación de dieciocho de junio de dos mil ocho, se desprende que se trata de un derecho con el cual cuenta el inculpado desde el momento en el que el Ministerio Público, al tener que realizar las diligencias que se combaten en este amparo y también desde que es puesto a disposición de la autoridad investigadora del delito, lo que si bien no significa que de manera absoluta deba realizar cualquier acto el Ministerio Público con la presencia del inculpado o del defendido, lo cierto es que se debe garantizar la posibilidad de defensa al permitir que se den todas las condiciones necesarias para que el inculpado sea debidamente asistido, tanto formal como materialmente, en aras de que no se encuentre en una condición de indefensión o vulnerable ante las circunstancias propias del procedimiento de averiguación previa o el proceso penal.

102. Lo anterior es así, pues la interpretación teleológica del precepto constitucional debe llevar a su funcionalidad tanto en la actuación investigadora, en el más absoluto respeto a los derechos fundamentales de la persona a la que se le inculpa la comisión de un delito.

103. En ese orden de ideas, la funcionalidad del derecho a una defensa adecuada, contenida en el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución General de la República, vigente previo a la reforma publicada el dieciocho de junio de dos mil ocho, lleva a esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a sostener que ésta encuentra su efectividad en aquellos actos procedimentales, diligencias y etapas procesales en las cuales es eminentemente necesaria la presencia del inculpado, su participación activa y directa; la presencia y asesoría efectiva de su defensor, así como en aquellas que de no estar presente se cuestionara o viera gravemente en duda la certeza jurídica y el debido proceso.

104. Así esta Primera Sala de este Alto Tribunal ha sostenido en diversas ocasiones, que dentro de la averiguación previa, la garantía de defensa adecuada deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones en las que directa y físicamente participe o deba participar la persona involucrada en la investigación, siempre y cuando así lo requiera o razonablemente lo permita la naturaleza de las citadas diligencias. Lo anterior, en la tesis CCXXVI/2013²⁰, emitida por esta Primera Sala, cuyo rubro y texto son los que a continuación se transcriben:

“DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. ALCANCES Y MOMENTO A PARTIR DEL CUAL SE ACTUALIZA ESTE DERECHO FUNDAMENTAL. El derecho

²⁰ Criterio consultable en la página 554 del Libro XXII, Tomo I, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, publicado en julio de 2013. El asunto del que deriva este asunto es el siguiente: Amparo directo en revisión 1424/2012. 6 de febrero de 2013. Cinco votos; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Ignacio Valdés Barreiro.

a una defensa adecuada, contenido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008), consiste en que el inculpado tendrá derecho a una defensa, por medio de su abogado y a que éste comparezca en todos los actos del proceso, quien tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, lo que se actualiza desde que aquél es puesto a disposición del Ministerio Público; esto es, desde la etapa ministerial deberá contar con la asistencia efectiva del profesional, entendiéndose como tal, la presencia física y la ayuda efectiva del asesor legal, quien deberá velar porque el proceso se siga con apego a los principios del debido proceso, y éste no sea viciado, asegurando a la postre el dictado de una sentencia que cumpla con los requisitos, valores y principios legales y constitucionales que permean en el debido proceso penal; lo que deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones y etapas procesales en las cuales es eminentemente necesaria la presencia del inculpado, en las que activa, directa y físicamente participe o deba participar, así como en aquellas en las que de no estar presente, se cuestionarían o pondrían gravemente en duda la certeza jurídica y el debido proceso. Esto es así, porque la defensa adecuada representa un derecho instrumental cuya finalidad es asegurar que el poder punitivo del Estado se desplegará a través de un proceso justo, lo que además busca asegurar que pueda tener garantizados en su integridad sus derechos fundamentales, como lo es no declarar, no autoincriminarse, no ser incomunicado, no sufrir tortura alguna, ni ser detenido arbitrariamente, así como ser informado de las causas de su detención, entre otras.”

(...)

108. Debemos partir de la idea de que el “proceso” y particularmente el “proceso penal” como herramienta jurídica institucionalizada para la

solución de controversias sociales, de igual manera, se encuentra imbuido de diversas prerrogativas fundamentales, incluyendo desde luego, por lo que ahora nos interesa, la legal búsqueda y ofrecimiento de pruebas, es decir, de aquellos elementos o datos de la realidad con los cuales el Estado como parte acusadora podrá defender posteriormente sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales. El “proceso penal” debe entenderse como uno de los límites naturales al ejercicio del *Ius Puniendi* Estatal, por lo que necesariamente debe ser el ámbito donde el respeto a los Derechos Fundamentales prevalezca.

109. Con base en lo anterior, podemos definir a la prueba ilícita – *doctrinariamente también conocida como “prueba nula o viciada”*– como aquella que surge con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los Derechos Fundamentales –*de ahí que también se denomine como “prueba ilegalmente obtenida”*–.

110. Sobre el particular, es necesario puntualizar que la ilicitud de las pruebas deviene de dos modos: 1) Respecto de su obtención, y, 2) Respecto de su incorporación en el proceso respectivo.

111. La ilicitud de la prueba respecto de su obtención, implica que la misma se hizo a partir de la infracción a una norma constitucional, pero su incorporación al proceso se hizo de manera lícita. Debemos señalar que la misma carece de eficacia probatoria, pues el origen de la misma resulta viciado, razón por la cual no puede ser válida.

112. Ahora bien, por lo que hace a las pruebas que se obtienen de manera lícita pero su incorporación al proceso genera la infracción de alguna disposición constitucional, es importante señalar que las mismas pueden ser reparadas, según la gravedad de la violación.
113. Por tanto, tales pruebas pueden tener eficacia siempre y cuando la naturaleza de la violación admita que ésta pueda ser subsanada, para discernir esto, es necesario que la prueba no tenga el efecto de viciar otras actuaciones paralelas en el proceso. Por el contrario, cuando la violación trasciende a tal grado de afectar y viciar otras actuaciones, es necesario que sea anulado el acto a través del cual la prueba es incorporada.
114. Es necesario puntualizar que en el texto de nuestra Constitución Federal *–previo a la reforma de 18 de junio de 2008–* no se advierte una expresa definición, ni tampoco una regla explícita en torno al Derecho Fundamental de Prohibición/Exclusión de la Prueba Ilícita, ya que la misma se contiene de manera implícita en nuestra Carta Magna *(cabe recordar que los hechos materia de la presente Alzada, tuvieron origen al amparo del texto constitucional previo a la citada reforma acusatoria)*.
115. Al respecto, resulta aplicable la tesis aislada CXCV/2013 (10ª), sustentada por esta Primera Sala en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXI, Junio de dos mil trece, tomo 1, página seiscientos tres que establece:

“PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE SU PROHIBICIÓN O EXCLUSIÓN DEL PROCESO ESTÁ CONTENIDO IMPLÍCITAMENTE EN LOS ARTÍCULOS 14, 16, 17, Y 20, APARTADO A, FRACCIÓN IX, Y 102, APARTADO A, PÁRRAFO SEGUNDO, CONSTITUCIONALES, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008. El proceso penal, entendido lato sensu como uno de los límites naturales al ejercicio del ius puniendi estatal, así como dentro de un contexto de Estado social y democrático de derecho, como una herramienta jurídica institucionalizada para solucionar controversias sociales, se encuentra imbuido de diversas prerrogativas constitucionales, entre ellas, el derecho fundamental al debido proceso, que entre otras aristas jurídicas pugna por la búsqueda legal y el ofrecimiento de pruebas dentro de un proceso. Ahora, si bien es cierto que de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, no se advierte una definición expresa ni una regla explícita en torno al derecho fundamental de la prohibición o exclusión de la prueba ilícita, éste se contiene implícitamente en nuestra Carta Magna, derivado de la interpretación sistemática y teleológica de sus artículos: (i) 14, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento; (ii) 16, en el que se consagra un principio de legalidad lato sensu; (iii) 17, por cuanto se refiere a que los jueces se conduzcan con imparcialidad; (iv) 20, apartado A, fracción IX, en el que se consagra el derecho a una defensa adecuada en favor de todo inculpado, y (v) 102, apartado A, párrafo segundo, en el que se establece un diverso principio de legalidad específico para la institución del Ministerio Público, durante el desarrollo de su función persecutora de delitos. En ese tenor, los principios constitucionales del debido proceso legal, enmarcados en los diversos derechos fundamentales a la legalidad, la imparcialidad judicial y a una defensa adecuada, resguardan implícitamente el diverso principio de

prohibición o exclusión de la prueba ilícita, dando lugar a que ningún gobernado pueda ser juzgado a partir de pruebas cuya obtención se encuentre al margen de las exigencias constitucionales y legales; por tanto, todo lo obtenido así debe excluirse del proceso a partir del cual se pretende el descubrimiento de la verdad. Dicho en otras palabras, aun ante la inexistencia de una regla expresa en el texto constitucional que establezca la “repulsión o expulsión” procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que ésta deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional y de su condición de inviolables”.

Amparo directo en revisión 3664/2012. 13 de marzo de 2013. Mayoría de tres votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: José Díaz de León Cruz.

116. De esta forma, se determinó que la nulidad de la prueba ilícita es un derecho sustantivo que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento lo siguiente:

- (i) El artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento;
- (ii) El artículo 16 de la Ley Fundamental, en el que se consagra un Principio de Legalidad *lato sensu*;
- (iii) El artículo 17 constitucional por cuanto se refiere a que los jueces se conduzcan con imparcialidad;
- (iv) El artículo 20 constitucional, apartado A, fracción IX, en el que se consagra el derecho a una defensa adecuada en favor de todo inculpado; y,
- (v) El artículo 102, apartado A, párrafo segundo, de la Carta Magna, en el que se establece un diverso principio de legalidad

específico para la institución del Ministerio Público, durante el desarrollo de su función persecutora de delitos.

117. Luego, el *Derecho Fundamental a un Debido Proceso Legal*, enmarcado en el Derecho Fundamental a la Legalidad, previsto en los precitados artículos 14, 16, 17, 20, apartado A, fracción IX, y 102, apartado A, párrafo segundo, todos de la Constitución, consagran el derecho consistente a no ser juzgado a partir de pruebas cuya obtención se encuentra al margen de las exigencias constitucionales y legales.

118. Esto es, si se pretende el respeto al Debido Proceso Legal, al Principio de Legalidad en la actuación de las autoridades, el derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una *Defensa Adecuada*, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (*por contravenir el orden constitucional como acontece en el caso concreto*), no puede sino ser considerada inválida o nula.

119. Resulta aplicable la tesis jurisprudencial en materia constitucional y penal 1a./J. 140/2011 (9a.), sustentada por esta Primera Sala, consultable en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de dos mil once, tomo 3, página 2058 que textualmente establece:

“PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL. SUPUESTOS EN QUE DEBE NULIFICARSE SU EFICACIA. La eficacia de las pruebas en el procedimiento penal debe nulificarse en los casos en que la norma transgredida establezca: (i) garantías procesales, (ii) la forma en que se practica la diligencia, o

bien, (iii) derechos sustantivos en favor de la persona. Por su parte, las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales. Así, los medios de prueba que deriven de la vulneración de derechos fundamentales no deben tener eficacia probatoria, pues de lo contrario se trastocaría la garantía de presunción de inocencia, la cual implica que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, circunstancia que necesariamente implica que las pruebas con las cuales se acreditan tales extremos, deben haber sido obtenidas lícitamente”.

120. Así, a juicio de esta Primera Sala, las pruebas obtenidas directa o indirectamente violando Derechos Fundamentales no surtirán efecto alguno; esta afirmación afecta tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas, por cuenta y riesgo por un particular.

121. Se estima aplicable la tesis aislada CLXII/2011, emitida por esta Primera Sala en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXIV, Agosto de dos mil once, página doscientos veintiséis que establece:

“PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO. La fuerza normativa de la Constitución y el carácter inviolable de los derechos fundamentales se proyectan sobre todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos los sujetos del ordenamiento, sin excepciones, están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones, incluyendo la de búsqueda y ofrecimiento de

pruebas, es decir, de aquellos elementos o datos de la realidad con los cuales poder defender posteriormente sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales. Así, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno. Esta afirmación afecta tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas, por su cuenta y riesgo, por un particular. Asimismo, la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental -las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto-, por lo que, en pura lógica, de acuerdo con la regla de exclusión, no pueden ser utilizadas en un proceso judicial”.

122. Lo anterior es así, ya que resulta obvio que aquellos medios de prueba que deriven de la vulneración de Derechos Fundamentales no deben tener eficacia probatoria. De concedérsela, se trastocaría el diverso Derecho Fundamental de presunción de inocencia, el cual, implica que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, circunstancia que necesariamente implica que las pruebas con las cuales se acrediten tales extremos, deben haber sido obtenidos de manera lícita.

123. Se estima aplicable la tesis jurisprudencial 1a./J. 139/2011 (9a.), sustentada por esta Primera Sala, en la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3, página 2057, que textualmente establece:

“PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES. Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Asimismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”.

**TOCA: 284/2019****IMPUTADA: MARÍA DEL
ROSARIO ROBLES
BERLANGA¹****RECURRENTE: LA DEFENSA
DE LA IMPUTADA**

Ciudad de México, a veintiuno de octubre de dos mil diecinueve. El Magistrado del Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, habilitado para desempeñar funciones de Tribunal de Alzada, declara **VISTO** el toca 284/2019.

RESULTANDO

1. Audiencia inicial. El 13 de agosto de 2019, concluyó la audiencia inicial relativa a la causa 314/2019, en la que el Juez de Distrito Especializado en el Sistema Penal Acusatorio del Centro de Justicia Penal Federal en la Ciudad de México, con sede en el Reclusorio Sur, actuando en carácter de juez de control², resolvió en lo que interesa, imponer a la imputada la medida cautelar de prisión preventiva prevista en el artículo 155, fracción XIV del Código Nacional de Procedimientos Penales.³

2. Apelación. Inconforme con la imposición de dicha medida cautelar, por escrito presentado el 16 de agosto de esta anualidad la defensa de la imputada interpuso recurso de apelación.

Escrito de interposición con el que se dio vista al Ministerio Público de la Federación, así como a la Auditoría Superior de la Federación (en su carácter de ofendida).

¹ En adelante "imputada".

² En lo subsecuente "juez de control".

³ En adelante "Código Nacional".

Quienes dieron contestación al recurso interpuesto por escritos presentados, de manera separada, el 22 de agosto de 2019.

3. Admisión. Por razón de turno, el Cuarto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, habilitado para desempeñar las funciones de tribunal de alzada, conoció del presente asunto, quien lo admitió el 6 de septiembre de 2019.

No obstante, el Ministerio Público planteó recusación en contra de la titular de dicho órgano jurisdiccional, mismo que el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, calificó de fundado por sentencia dictada en sesión de 26 de septiembre de 2019.

Ordenándose en consecuencia, el retorno del asunto.

4. Trámite ante este tribunal de alzada. El 3 de octubre de 2019 y por razón de turno, este tribunal recibió las constancias relativas al recurso de apelación interpuesto, quedando radicado bajo el número de toca 284/2019.

En esa misma fecha, se convalidaron las actuaciones realizadas por el Cuarto Tribunal Unitario y tomando en cuenta que los defensores de la imputada habían solicitado la celebración de audiencia de aclaración de agravios, la misma se fijó para el 15 de octubre de 2019.

En la fecha señalada se llevó a cabo la audiencia de aclaración de agravios, quedando el caso en condiciones de resolverse.

C O N S I D E R A N D O

I. Competencia. Este Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, habilitado para desempeñar las funciones de tribunal de alzada, es competente para conocer y resolver el presente



recurso, pues la decisión impugnada fue emitida por un juez de control adscrito a un Centro de Justicia Penal Federal con residencia en esta ciudad.⁴

II. Alcance del recurso. Como lo dispone el artículo 461, primer párrafo, del Código Nacional, el análisis de la decisión apelada se hará con base en los agravios que fueron formulados por la parte recurrente.

Sin que dicho estudio pueda extenderse a cuestiones no planteadas en los agravios o más allá de los límites del presente recurso.

Con la precisión que si este tribunal de alzada determina que en la decisión traída en apelación se vulneraron los derechos fundamentales de la imputada, procederá a su reparación de manera oficiosa, sin que para ello sea impedimento el que no se hubiere formulado agravio al respecto (sobre este punto abundaremos más adelante).

III. Decisión apelada. De lo sucedido en la audiencia inicial se desprende que con base en los argumentos y datos de prueba señalados por el Ministerio Público, el juez de control determinó que solo a través de la imposición de una medida cautelar podría asegurarse la presencia de la imputada al proceso.

Conclusión a la que arribó al estimar que concurrían una serie de circunstancias que permitían establecer la existencia de un peligro de sustracción por parte de la imputada.

Dichas circunstancias son las siguientes:

1. Falta de arraigo. Que se acreditaba en virtud de que

⁴ Lo anterior, de conformidad con el artículo 104, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; el Transitorio Segundo del Acuerdo General 3/2016 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal; el artículo 67 Bis 4, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y 133, fracción III del Código Nacional de Procedimientos Penales.

tanto agentes de la Policía Federal Ministerial y notificadores del Centro de Justicia Penal Federal, al acudir al domicilio que la imputada señaló como el lugar que habita no la encontraron.

Además, de que la imputada no tenía trabajo alguno, cuyo desempeño, la sujetara a estar en esta ciudad.

- 2. Facilidades para permanecer oculta.** Que se acreditaba en función de que días anteriores a la celebración de la audiencia inicial, la imputada se encontraba fuera del país, específicamente en Costa Rica y al respecto, la defensa en primer lugar había señalado que el motivo de su estancia en dicho país era por vacaciones y con posterioridad señaló que se debía a cuestiones de trabajo.

Esta cuestión también se acreditaba con motivo del sueldo que la imputada devengó al haberse desempeñado como titular de dos Secretarías de Estado.

- 3. Falsedad del domicilio.** Este punto se tuvo por acreditado con base en el informe rendido por el Centro Nacional de Planeación, Análisis e Información para el Combate a la Delincuencia de la Fiscalía General de la República (CENAPI).

Informe del que se desprende que la imputada tramitó una licencia para conducir en la que señaló como domicilio un lugar distinto al que había sido indicado.

- 4. Máximo de la pena.** Al respecto, el juez de control estimó que únicamente podría tomarse en cuenta el mínimo de la



pena que en caso de tenerla por penalmente responsable se le impondría.

Lo que arrojaba una pena mayor de cuatro años de prisión, que le impediría acceder a un beneficio sustitutivo de la pena de prisión o de condena condicional.

Circunstancias anteriores que, de conformidad con las fracciones I y II del artículo 168 del Código Nacional, llevaron al juez de control a estimar que en el caso existía un riesgo de sustracción de la imputada, que ponía en peligro su comparecencia al proceso y por ello, como lo dispone el artículo 153, primer párrafo, del código invocado, hacía necesario que se impusiera una medida cautelar.

Siendo que el juez de control, estimó que la medida idónea y proporcional para el fin cautelar buscado era, como lo solicitó el Ministerio Público, la prisión preventiva prevista en el artículo 155, fracción XIV del Código Nacional.

IV. Síntesis de agravios. Determinación anterior que la defensa de la imputada califica de desacertada, pues señala que, por una parte, el juez de control no tomó en cuenta todas las circunstancias que sobre dicho tema se le hicieron valer y, por la otra, que erróneamente se tuvieron por acreditados los factores de riesgo que sustentan el peligro de sustracción.

Lo que sustenta, esencialmente, con base en los agravios siguientes:

1. El juez de control no tomó en cuenta la entrevista a cargo de **Mariana Moguel Robles**, hija de la imputada, quien señaló que creció durante su adolescencia y vivió por muchos años en el domicilio de la imputada.

Entrevista que revela cuál es el domicilio de la imputada y

por tanto el arraigo que tiene en esta ciudad.

2. De manera desacertada se concluyó que la imputada no tenía arraigo en esta ciudad, sobre el hecho de que no fue encontrada en su domicilio cuando personal judicial y ministerial acudió al mismo.

Pues señalan que ninguna persona se encuentra en todo momento en su domicilio, ya que por cuestiones personales, laborales o de cualquier otra índole, no puede permanecer en todo momento, lo que no implica necesariamente que no lo habite.

Además, respecto la visita que al domicilio realizó personal de la Policía Federal Ministerial, no se desprende que se haya verificado por algún conducto si la imputada vivía o no en dicho lugar.

3. Quedó demostrado que la imputada no se encontraba en su domicilio al momento en que acudió el personal señalado, en razón de estar en Costa Rica.

No obstante, el hecho de que atendió el citatorio que en ese domicilio dejó personal del centro de justicia –a pesar de no encontrarse– pone de manifiesto que habita en dicho lugar.

4. Si bien del informe del CENAPI se desprende que la imputada al momento de solicitar una licencia de conducir proporcionó un diverso domicilio, lo cierto es que –de acuerdo a la lógica argumentativa del juez de control– lo único que de dicho informe puede inferirse, es que ese domicilio diverso existe, más que no la imputada lo habite.



5. Aunado a que para establecer una falsedad en el domicilio, es necesario que la imputada habite un domicilio diverso del señalado, más no que cuente con uno o varios domicilios.

Sin pasar por alto que en el caso no se justificó con datos de prueba objetivos, que ese domicilio diverso fuera propiedad o no de la imputada.

6. Asimismo, el juez de control pasó por alto que el informe del CENAPI no fue descubierto a la defensa por parte del Ministerio Público, con lo que se vulneró el principio de contradicción.

7. En el caso y como lo dispone la fracción I del artículo 168 del Código Nacional, se demostró el arraigo que la imputada tiene en esta ciudad; pues se allegó su credencial para votar, testimonios y la escritura pública de su domicilio, que pone de manifiesto lo anterior.

8. El juez de control pasó por alto que en términos de la fracción III del artículo 168 del Código Nacional, debía tomarse en cuenta el comportamiento desplegado por la imputada.

Al respecto, tenemos que la imputada se presentó de manera voluntaria a ambas audiencias; máxime que cuando se le citó a la primera de ellas, se encontraba fuera del país, específicamente en Costa Rica, por lo que una vez que fue notificada, realizó los trámites necesarios para regresar a México.

Lo que se acreditó con el pasaporte de la imputada, el

cual cuenta con sello de ingreso por parte del Instituto Nacional de Migración; así como con el pase de abordar de la aerolínea Aeromexico; de los que el 4 de agosto de 2019, la imputada tomó un vuelo desde San José, Costa Rica hasta la ciudad de México.

Entonces, el haberse sometido de manera voluntaria al procedimiento judicial, se pone de manifiesto que no existía una necesidad de cautela que justificara la imposición de la prisión preventiva.

V. Decisión. Es innecesario dar contestación a los agravios planteados por la defensa de la imputada, así como pronunciarnos sobre las aclaraciones que de los mismos se realizó en la audiencia respectiva.

En razón de que este tribunal de alzada al analizar oficiosamente la decisión apelada, advierte que con la misma se vulneró la libertad personal de la imputada, por cuestiones sobre las que la defensa no formuló agravio ni planteó alegato en la audiencia respectiva (esto lo abordaremos en el apartado V.1 siguiente).

Para reparar lo anterior, lo procedente es que se reponga el procedimiento para los efectos que se establecerán en el apartado V.2.

Por último y con el objeto de brindar certeza a las partes, en el apartado V.3, fijaremos las condiciones que habrán de imperar respecto la impugnación aquí planteada.

V.1. De la falta de motivación en la imposición de la prisión preventiva

Como se precisó en el considerando III de esta sentencia, el juez de control determinó que era procedente imponer a la imputada –



como medida cautelar– la prisión preventiva⁵⁵, con base en las consideraciones siguientes:

Que la falta de arraigo de la imputada; las facilidades que tenía para permanecer oculta; la falsedad en el domicilio; y el monto (mínimo) de la pena, eran factores que, de conformidad con el artículo 168, fracciones I y II del Código Nacional, llevaban a estimar que en el caso existía un riesgo de sustracción de la imputada, que ponía en peligro su comparecencia al proceso.

Y por ello, como lo dispone el artículo 153, primer párrafo, del código invocado, hacía necesario que se impusiera una medida cautelar.

De ahí que la medida idónea y proporcional era la prisión preventiva, prevista en el artículo 155, fracción XIV del Código Nacional.

Véase que la **PDF Reducir Demo** decisión apelada descansa en las consideraciones relativas a:

1. La necesidad de cautela; y a la,
2. Proporcionalidad e idoneidad de la prisión preventiva.

Ahora, si bien el juez de control estableció las razones por las cuales se acreditaba la necesidad de cautela, lo cierto es que dicho ejercicio no se replicó al imponer la prisión preventiva.

Aquí es importante destacar que la imposición de una medida cautelar debe estar precidida por dos pronunciamientos que haga el juez de control respecto de dos cuestiones diferenciadas.

En el primero y de conformidad con el artículo 153, en relación con los artículos 168, 169 y 170 todos del Código Nacional, habrá de

⁵⁵ A la que también nos referiremos como “prisión preventiva justificada”.

llevarse a cabo el contradictorio con la finalidad de establecer la existencia de un peligro procesal que sea necesario cautelar.

Concluido dicho debate el juez de control deberá establecer si existe la necesidad de cautela o no.

En caso de que la decisión se tome en sentido negativo, la audiencia habrá de concluir sin la imposición de una medida cautelar, al no acreditarse la necesidad de ello.

Ahora, si la decisión se toma en sentido positivo, el juez deberá establecer qué riesgo o riesgos presenta el o la imputada que amerita ser cautelado.

Con base en lo anterior se deberá continuar con el segundo momento procesal; en el mismo, habrá de llevarse el contradictorio entre las partes para establecer cuál de las catorce medidas cautelares previstas en el artículo 155 del Código Nacional, es la idónea, proporcional y menos lesiva para la o el imputado, que asegure el riesgo acreditado; estableciendo en términos del artículo 156 del código en cita, las razones por las cuales la medida que se elija cumple con dichas características.

En el caso, se cumplió con lo relativo a la necesidad de cautela (primer momento procesal) pero no se estableció de manera individualizada y puntual lo relativo a las características que la medida cautelar debe cumplir (segundo momento procesal).

Lo anterior, permite a este tribunal de alzada concluir, que el juez de control impuso la prisión preventiva, sin analizar ni establecer las razones por las cuales dicha medida era la idonea, proporcional y menos lesiva para la imputada, y que a su vez el riesgo procesal que se tuvo por acreditado.

De ahí que dicha determinación carezca de una suficiente



motivación.

Ahora, del escrito de agravios por el cual se aperturó el presente recurso –cuya síntesis pormenorizada se realizó en el considerando IV– se desprende que la defensa de la imputada ningún agravio formuló a través del cual se impugnara la falta de motivación en que incurrió el juez de control.

Situación de la que tampoco se ocupó la defensa –vía alegato– en la audiencia respectiva.

Pues como puede apreciarse del considerando IV y de lo sucedido en la audiencia de aclaración de alegatos, los disensos están encaminados –únicamente– a establecer el porqué fue desacertada la decisión del juez de control de tener por acreditada la necesidad de cautela.

Y por ende, la contestación que a dichos agravios –y alegatos formulados en la audiencia respectiva– dio el Ministerio Público así como la Auditoría Superior de la Federación, también se sustentan en el porqué sí está acreditada la necesidad de imponer una medida cautelar.

Así entonces, nos encontramos ante la falta de motivación en la decisión de imponer la prisión preventiva como medida cautelar; deficiencia respecto la cual ningún agravio ni alegato se formuló por la parte recurrente, sino que fue advertida de oficio por este órgano jurisdiccional.

Ante el panorama anterior *¿de qué forma debe proceder el tribunal de alzada?*

Para dar contestación a la interrogante anterior, es necesario que realicemos los apuntes preliminares siguientes.

En el considerando II señalamos que –de conformidad con el artículo 461 del Código Nacional– el tribunal de alzada que conozca del recurso de apelación, solo podrá analizar la decisión impugnada a la luz de los agravios que expresen los recurrentes; sin que dicho examen pueda extenderse a cuestiones no planteadas por las partes; a menos que se encuentren vulneraciones a derechos fundamentales que deban repararse de oficio.

Con base en ello y de acuerdo a lo que se plantea en el presente caso, debemos preguntarnos *la imposición de la prisión preventiva justificada sin una motivación respecto de la idoneidad y proporcionalidad de dicha medida cautelar ¿vulnera algún derecho fundamental de la imputada?*

La respuesta es **sí**, específicamente el relativo a su libertad personal.

Para una mejor explicación del porqué lo anterior es así, analizaremos lo que respecto a la prisión preventiva como medida cautelar ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para después examinar dichas consideraciones a la luz de la Constitución Federal y el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En primer lugar, tenemos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 7.3 reconoce como una garantía al derecho a la libertad personal el que “...*Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios...*”

Sobre la relación que existe entre la prisión preventiva y la detención o encarcelamiento arbitrarios, la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones; sin embargo, para efectos del presente estudio destacan los siguientes.



En el *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam* estableció que la detención arbitraria se origina por causas o métodos que, siendo legales, “*pued[e]n reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales (...) por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad*”⁶.

Posteriormente, en el *Caso J. Vs. Perú*, el tribunal interamericano indicó que la prisión preventiva es de aplicación excepcional y se rige por los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Con la importante precisión que “[*cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria*”⁷.

Abundando a lo anterior, en el *Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica*, la Corte Interamericana fijó los parámetros que debe cumplir la prisión preventiva para no ser considerada como detención arbitraria⁸.

PDF Reducer Demo

Dichos parámetros son los siguientes:

- i. Debe tener una finalidad compatible con la Convención Americana;
- ii. Debe ser idónea para el fin perseguido;
- iii. Debe ser necesaria, es decir, indispensable para conseguir el fin deseado –de ahí que sea excepcional–; y;
- iv. Debe ser estrictamente proporcional.

Insistiendo que cualquier decisión, que restrinja la libertad personal, resulta arbitraria si carece de una motivación adecuada que explique las razones por las que dicha detención se estima compatible con los principios previamente señalados.

⁶ Corte IDH. *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47.

⁷ Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 158.

⁸ Corte IDH. *Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, párr. 355.

Finalmente y solo a mayor abundamiento, en el *Caso Pollo Rivera Vs. Perú*, se estableció como garantía del respeto a la libertad personal por la imposición de la prisión preventiva, el deber de su revisión periódica, entendiéndose por ello que *“no deb[a] prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción, por lo que las autoridades deben valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta y que el plazo de la detención no haya sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón”*⁹.

Entonces, de acuerdo al sistema interamericano de derechos humanos, la prisión preventiva por sí misma no puede estimarse como una detención arbitraria que vulnera el artículo 7.3 de la Convención Americana; sino que ello ocurrirá cuando dicha medida: no sea necesaria; no sea proporcional; no sea idónea; no sea previsible por no estar prevista de antemano por la ley o por no preverse el medio de imposición (principio de legalidad); o cuando exista una motivación insuficiente sobre su necesidad y proporcionalidad.

Elementos anteriores que también están regulados por el derecho interno de nuestro país.

La previsibilidad se encuentra regulada por los artículos 18, párrafo primero, y 19, párrafo segundo, de la Constitución Federal así como los artículos 154, 155, fracción XIV, 157, párrafos primero y segundo, 165 y 167, párrafo primero, del Código Nacional que establecen:

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.”

⁹ Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 122.c).



“Artículo 19. (...) El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. (...)”

“Artículo 154. Procedencia de medidas cautelares

El Juez podrá imponer medidas cautelares a petición del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, en los casos previstos por este Código, cuando ocurran las circunstancias siguientes:

I. Formulada la imputación, el propio imputado se acoja al término constitucional, ya sea éste de una duración de setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro, según sea el caso, o

II. Se haya vinculado a proceso al imputado.

En caso de que el Ministerio Público, la víctima, el asesor jurídico, u ofendido, solicite una medida cautelar durante el plazo constitucional, dicha cuestión deberá resolverse inmediatamente después de formulada la imputación. Para tal efecto, las partes podrán ofrecer aquellos medios de prueba pertinentes para analizar la procedencia de la medida solicitada, siempre y cuando la misma sea susceptible de ser desahogada en las siguientes veinticuatro horas.”

PDF Reducer Demo

“Artículo 155. Tipos de medidas cautelares

A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares: (...) XIV. La prisión preventiva.”

“Artículo 157. Imposición de medidas cautelares

Las solicitudes de medidas cautelares serán resueltas por el Juez de control, en audiencia y con presencia de las partes.

El Juez de control podrá imponer una de las medidas cautelares previstas en este Código, o combinar varias de ellas según resulte adecuado al caso, o imponer una diversa a la solicitada siempre que no sea más grave. Sólo el Ministerio Público podrá solicitar la prisión preventiva, la cual no podrá combinarse con otras medidas cautelares previstas en este Código, salvo el embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero. (...)”

“Artículo 165. Aplicación de la prisión preventiva

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. La prisión preventiva será ordenada conforme a los términos y las condiciones de este Código.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.”

“Artículo 167. Causas de procedencia

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente Código. (...).”

Las disposiciones señaladas ponen de manifiesto que la previsibilidad que debe exigirse a la prisión preventiva se encuentra colmada puesto que tanto en la Constitución Federal como en el Código Nacional se establece de manera clara las causas, requisitos y procedimiento para su imposición.

Por lo que hace a la necesidad de la prisión preventiva, este se encuentra contemplado en el artículo 153, primer párrafo del Código Nacional, que establece:

“Artículo 153. Reglas generales de las medidas cautelares

Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.

Entonces, la prisión preventiva –como toda medida cautelar– no podrá imponerse a menos que exista la necesidad de cautela a que se refiere el artículo citado.

La exigencia de motivar la proporcionalidad, idoneidad y menor lesividad de la medida, la encontramos en los artículos 156 y 157 del Código Nacional, que señalan:



“Artículo 156. Proporcionalidad

El Juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en este Código, deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución.

Para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable.

En la resolución respectiva, el Juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado.”

“Artículo 157. Imposición de medidas cautelares

(...) En ningún caso el Juez de control está autorizado a aplicar medidas cautelares sin tomar en cuenta el objeto o la finalidad de las mismas ni a aplicar medidas más graves que las previstas en el presente Código.”

Finalmente, lo concerniente a la revisión periódica, tenemos que el artículo 161 del Código Nacional señala que:

“Artículo 161. Revisión de la medida

Cuando hayan variado de manera objetiva las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar, las partes podrán solicitar al Órgano jurisdiccional, la revocación, sustitución o modificación de la misma, para lo cual el Órgano jurisdiccional citará a todos los intervinientes a una audiencia con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de las condiciones o circunstancias que se tomaron en cuenta para imponer la medida y la necesidad, en su caso, de mantenerla y resolver en consecuencia.”

Entonces, con base en lo expuesto en los párrafos que anteceden, tenemos que de acuerdo a la Constitución Federal, el Código Nacional de Procedimientos Penales y los criterios que respecto el artículo 7.3 de la Convención Americana, ha emitido la Corte Interamericana, **la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar será arbitraria, cuando:**

- a. No sea posible revisarla o reevaluarla;

- b. No sea necesaria;
 - c. No sea proporcional;
 - d. No esté prevista en la ley;
 - e. El riesgo pueda cautelarse por medidas menos lesivas;
- y,
- f. Exista una insuficiente o nula motivación sobre la necesidad y proporcionalidad en su imposición.

Como se precisó en párrafos que anteceden, del análisis de la decisión impugnada se desprende que el juez de control impuso la prisión preventiva justificada sin establecer las razones –suficientes– para estimar que la misma es idónea, proporcional y la menos lesiva para cautelar el peligro de sustracción que de la imputada tuvo por acreditado.

Lo anterior, visto a la luz de la línea argumentativa que desarrollamos con antelación, nos permite **concluir** que el juez de control al imponer la prisión preventiva justificada, sin establecer de manera suficiente los motivos por los cuales dicha medida era proporcional –como lo dispone el artículo 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales– vulneró el derecho fundamental de libertad personal que le asiste a la imputada.

Entonces, con independencia de que no haya sido planteado agravio al respecto, lo cierto es que en virtud de que la irregularidad destacada vulnera un derecho fundamental de la imputada, con fundamento en el artículo 461, primer párrafo, del Código Nacional, este tribunal de alzada se encuentra obligado a su reparación.

Pero –volviendo a la pregunta inicial– *¿de qué forma llevar a cabo lo anterior?*

Sobre dicho tema, tenemos que al resolver la contradicción de



tesis 311/2017¹⁰ la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, retomó lo resuelto en el amparo directo en revisión 4321/2017 de su índice y concluyó que el Código Nacional de Procedimientos Penales [en su artículo 461] reconoce, de manera implícita, el principio de suplencia de la queja a favor de la y el imputado en los recursos de apelación.

De igual forma, los Ministros precisaron lo siguiente:

“...Por otro lado, debe tenerse presente que la suplencia de la queja en el sistema penal acusatorio opera de manera distinta a como lo hacía en el sistema mixto. La suplencia de la queja en el nuevo sistema de justicia penal no implica que el recurso de apelación sea una repetición del juicio oral, ni que el tribunal de alzada deba reasumir jurisdicción como sí ocurría en el sistema penal tradicional. Así, en un recurso de apelación sustanciado conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales sólo se justifica que se estudien cuestiones ajenas a los agravios cuando, oficiosamente, el tribunal de alzada advierta violaciones a los derechos fundamentales del imputado. De este modo se mantiene la operatividad del proceso penal y se respetan los principios regulares del sistema...”

Consideración de la que se advierte que si bien en función de la

¹⁰ De la que derivó la jurisprudencia 17/2019, consultable en el Semanario Judicial de la Federación bajo el registro 2019737, cuyo rubro y texto dicen: **“RECURSO DE APELACIÓN PENAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO. LAS SALAS DEBEN SUPLIR LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA PARA REPARAR OFICIOSAMENTE VIOLACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL IMPUTADO.** De una lectura del artículo 461 del Código Nacional de Procedimientos Penales se desprenden dos reglas: (i) el órgano jurisdiccional debe reparar oficiosamente las violaciones a derechos fundamentales; pero (ii) cuando no se esté en ese supuesto, el órgano jurisdiccional debe limitarse al estudio de los agravios planteados, sin tener que fundar y motivar la ausencia de violaciones a derechos. Para precisar lo anterior es importante distinguir entre dos momentos diferentes: el análisis del asunto y el dictado de la sentencia. Así, aunque las reglas antes descritas cobran vigencia al momento de dictar la sentencia de apelación, el Tribunal de Alzada debe analizar la sentencia impugnada en su integridad para verificar que no existan violaciones a derechos humanos; y posteriormente, al emitir su decisión, debe limitarse al estudio de los agravios, salvo que hubiere advertido violaciones a los derechos fundamentales del imputado, en cuyo caso deberá reparar las violaciones oficiosamente. Por lo tanto, aunque los Tribunales de Alzada deben analizar toda la sentencia, no tienen el deber de reflejar ese análisis en los considerandos de su decisión. En consecuencia, se puede concluir que el Código Nacional de Procedimientos Penales contempla –de manera implícita– el principio de suplencia de la queja a favor del imputado. Es importante precisar que la facultad de reparar violaciones a derechos de forma oficiosa se encuentra acotada a la materia del recurso. En este sentido, la suplencia de la queja no opera del mismo modo en procesos abreviados, que en procesos ordinarios. En el primer caso, tal como esta Primera Sala sostuvo en la contradicción de tesis 56/2016, sólo puede analizarse la violación a los presupuestos jurídicos para la procedencia de esa forma de terminación anticipada del proceso penal. Mientras que en el segundo, se podrá analizar cualquier acto que sea materia de la sentencia que resuelva el juicio oral y que implique una violación a los derechos fundamentales del acusado, como lo podrían ser, según sea el caso: la valoración de pruebas, el estudio de tipicidad, la reparación del daño y la individualización de la pena, entre otras cuestiones. Ahora, también debe aclararse que sólo se hace referencia a la suplencia de la queja en favor del imputado, por lo que la Primera Sala, en este momento, no se pronuncia sobre la aplicabilidad de ese principio en favor de otras partes.”

suplencia de la queja que reconoce el artículo 461 del Código Nacional el tribunal de alzada puede analizar cuestiones ajenas a los agravios cuando se vulneren derechos fundamentales de la o el imputado (como en el caso acontece).

Ello no significa que para repararlas el tribunal de alzada deba reasumir jurisdicción (como ocurría en casos tramitados conforme al sistema penal tradicional); pues de lo contrario, no se mantendría la operatividad del proceso penal ni se respetarían los principios reguladores del sistema, situación jurídicamente desacertada.

Con base en lo anterior, este tribunal de alzada **concluye** que para reparar las vulneraciones a derechos fundamentales que de oficio se adviertan por el tribunal de alzada, lo procedente es ordenar la reposición del procedimiento del acto que motivó o en el marco del cual se dio la vulneración.

Pues solo así, **puede conciliarse la necesidad de reparar una vulneración de dicha naturaleza y el respeto a la operatividad del proceso penal acusatorio y los principios que lo rigen.** Veamos las razones que sustentan lo anterior.

En primer lugar, al ordenar la reposición se asegura que el juez de control, subsane la omisión de motivar su decisión, es decir, establecer la proporcionalidad e idoneidad de la medida a imponer y justificar las razones por los que la medida cautelar que considere adecuada es la que resulta la menos lesiva para la imputada, acorde a lo establecido por el artículo 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En caso de que alguna de las partes decida inconformarse con dicha decisión, podrá interponer recurso de apelación, sobre la base del pleno conocimiento de los argumentos que sustentan no solo que en el caso se acredita una necesidad de cautela sino



también de aquellos que dan cuenta de la proporcionalidad, idoneidad y menor lesividad de la medida.

Luego, si se llegare a interponer recurso de apelación, en términos del artículo 471, la parte distinta a quien impugnó lo decidido por el juez de control, podrá contestar los agravios que se formulen al respecto o en su caso adherirse al recurso, estableciendo las razones por las cuales no le asiste la razón a la parte impugnante o porqué debe subsistir la decisión del juez de control; con ello, se salvaguarda el principio de contradicción en la segunda instancia.

Finalmente, fijadas las razones que sustentan la totalidad de la decisión impugnada, los agravios que pretendan desvirtuar lo anterior, así como los alegatos de la contraparte que establecen el porqué dicha decisión debe subsistir, el tribunal de alzada procederá a resolver el recurso y decidir conforme a derecho.

Por el contrario, estimar como procedente que este tribunal de alzada reasuma jurisdicción y subsane por sí la omisión del juez de control, no solo significaría ir en contra de lo resuelto por la Primera Sala en la contradicción de tesis 311/2017.

Sino que además, conllevaría que la determinación respecto a la proporcionalidad o no, de la prisión preventiva como medio para cautelar el riesgo procesal acreditado, no se sujete a control horizontal por parte de un diverso órgano jurisdiccional; pues recordemos que contra lo decidido por el tribunal de alzada no procede recurso ordinario alguno; vulnerando así el derecho a un recurso judicial efectivo.

Máxime que lo decidido en segunda instancia, beneficiaría por un lado y perjudicaría por el otro a alguna de las partes y si bien ello es propio de la resolución de cualquier controversia, lo cierto es que en el caso de reasumir jurisdicción, ello se daría sin el control horizontal que entre las partes caracteriza al recurso de apelación.

Entonces, con la reasunción de la jurisdicción no solo se vulneraría el principio de contradicción, sino también el de igualdad procesal, propios de la segunda instancia.

Aunado a que con ello se vulneraría también el derecho de las partes a contar con un recurso judicial efectivo, en tanto no podrían controvertir a través un recurso ordinario lo decidido por este tribunal de alzada.

Anteriores consideraciones con base en las cuales, se reitera, para el caso concreto, lo procedente es reponer el procedimiento.

Pues así, no solo se repara la vulneración del derecho fundamental de la libertad personal de la imputada, dado la omisión argumentativa en que incurrió el juez de control.

Sino que además, se asegura no solo el derecho a recurrir lo que en su caso decida el juez de control, sino también que ello se realice respetando los principios de contradicción e igualdad procesal en la segunda instancia.

Principios propios del sistema penal acusatorio y cuyo respeto asegura la operatividad del mismo.

V.2 Reposición del procedimiento

En virtud de lo expuesto en el apartado que antecede lo procedente es que se reponga la audiencia inicial de la causa **314/2019**, para el efecto de que el juez de control de manera motivada establezca qué medida es la idónea y proporcional para cautelar el riesgo procesal que tuvo por acreditado y por ende justificar las razones por los que considere que la medida cautelar que imponga es la que resulta menos lesiva para la imputada.

Lo anterior, siguiendo los lineamientos que al respecto se han



establecido en esta sentencia, acorde con lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Federal y 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Lo anterior, de acuerdo con lo siguiente:

1. De manera inmediata a que se reciba la presente sentencia, el juez administrador deberá citar a las partes para la continuación de la audiencia inicial.

La que deberá llevarse a cabo dentro de las 48 horas siguientes contadas a partir de que reciba la presente determinación.¹¹

2. Audiencia que deberá retomarse a partir de que el juez de control estableció que existía peligro de sustracción por parte de la imputada que ponía en riesgo su comparecencia al proceso y que por ello era necesario imponer una medida cautelar.

3. Lo anterior con la finalidad de que establezca de manera motivada cuál de las medidas cautelares previstas en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales, es la idonea y proporcional –justificando las razones por las que la medida cautelar a imponer es la que resulta menos lesiva para la imputada como lo dispone el artículo 156 del código en cita– para cautelar el riesgo procesal que tuvo por acreditado.

4. Siendo importante precisar que en la continuación de la audiencia, no habrá de darse uso de la voz a las partes

¹¹ Plazo que se estima aplicable, tomando como base lo dispuesto en el artículo 162 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece: “De no ser desechada de plano la solicitud de revisión, la audiencia se llevará a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes contadas a partir de la presentación de la solicitud.”

previo a determinar lo anterior, en la medida que el juez de control habrá de resolver respecto la proporcionalidad e idoneidad de la medida con base en los alegatos ya formulados en la continuación de la audiencia inicial que concluyó el 13 de agosto de 2019.

5. En atención al principio de inmediación, así como a lo dispuesto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 29/2018¹², el juez de control que deberá presidir la continuación de la audiencia inicial, debe ser el que inicialmente llevó a cabo la misma, salvo la existencia de una causa justificada para ello.

V.3. Consideraciones finales

¹² Que se cita por identidad de razón jurídica y que puede ser consultado en el Semanario Judicial de la Federación bajo el registro 2017367, cuyo rubro y texto dicen: **“PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN. EL JUEZ DE CONTROL QUE DICTE EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO DEBE SER EL MISMO QUE CONOCIÓ DE LA IMPUTACIÓN Y LA SOLICITUD DE VINCULACIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO.** El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla el principio de inmediación, el que comprende que toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas. A través de este principio se pretende que el juez esté en contacto permanente con las partes durante el desarrollo de su intervención en cualquier audiencia, puesto que dicha máxima no tiene aplicación únicamente durante la etapa de enjuiciamiento, sino que debe regir en las audiencias preliminares al juicio. Por otra parte, el artículo 19 de la Constitución Federal, regula bajo la nueva lógica del proceso penal el denominado auto de vinculación a proceso, el que se sitúa en la llamada audiencia inicial, mediante la cual el juzgador establece que hay méritos para iniciar un proceso penal en contra del imputado, pues en él se expresará el delito que se le impute, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. En ese tenor, el hecho de que la audiencia en la que el fiscal formuló la imputación y solicitó la vinculación a proceso, sea suspendida a solicitud del imputado cuando se acoja al plazo constitucional del artículo 19 constitucional, no justifica que en su continuación sea un juez distinto al que presencié la imputación y el ejercicio de motivación de los datos de prueba que realizó la fiscalía, quien resuelva la situación jurídica del imputado, porque si a través de sus sentidos el juzgador conoció la formulación de la imputación y los datos de prueba, no sería dable que sea un diverso juez quien resuelva la situación jurídica del imputado, ya que éste no percibió de viva voz las acciones u omisiones que se atribuyen, la declaración del imputado –en su caso– así como la referencia o recepción de los datos de prueba a cargo de la representación social, porque no estuvo en contacto directo con la fuente de la que emanaron. Además, la circunstancia de que sea un mismo juzgador el que conozca de la imputación, los datos de prueba y resuelva la vinculación, al tratarse de actos procesales íntimamente relacionados, implica transparentar la toma de decisiones, en la medida en que ese juez será quien conozca totalmente la información sobre la que tomará la determinación de vincular o no a proceso, lo que reducirá el riesgo del error judicial. Actuar en contrario, podría trastocar los principios de continuidad y concentración, pues el objetivo es que la audiencia inicial tenga una secuencia lógica y se verifique en el menor tiempo posible, a fin de que el resolutor, por el poco tiempo transcurrido, tenga presente la totalidad de los argumentos de las partes y los datos de prueba, porque serán precisamente éstos los que le sirvan para fundar y motivar adecuadamente su determinación.”



Como vimos al inicio del presente considerando, la parte recurrente formuló agravios –y aclaración sobre los mismos en la audiencia respectiva– para combatir las razones por las cuales el juez de control había tenido por acreditada la necesidad de cautela.

No obstante, la insuficiencia del juez de control en motivar la proporcionalidad, idoneidad y menor lesividad para la imputada en la imposición de la prisión preventiva justificada, hace necesario que se reponga el procedimiento.

Lo que trae como consecuencia que este tribunal de alzada se encuentre imposibilidad para analizar la legalidad de lo decidido respecto la necesidad de cautela.

Pues como se indicó con antelación, el debate de las medidas cautelares tiene que darse en dos momentos –cuyo uno sobre dos aspectos diferenciados–; en primer lugar, el contradictorio sobre los elementos que sustentan la necesidad de cautela; una vez acreditada lo anterior y en segundo lugar, deberá llevarse a cabo el contradictorio, para efecto de establecer cuál de las catorce medidas cautelares que contempla el artículo 155 del Código Nacional, es la idónea, proporcional y menos lesiva para la o el imputado.

Segundo momento de la imposición de las medidas cautelares que como vimos, no ocurrió.

Entonces, queda a salvo el derecho de las partes de interponer recurso de apelación en contra de la determinación a la que se llegue respecto la imposición de medidas cautelares sobre la imputada.

Decisión que, una vez cumplidos los efectos de la reposición del procedimiento, contendrá todos los elementos relativos a la

imposición de las medidas cautelares, esto es, necesidad de cautela, proporcionalidad, idoneidad y menor lesividad.

Por lo expuesto y fundado, se

RESUELVE

Único. Por las razones expuestas en esta resolución, se ordena reponer el procedimiento para los efectos y en las condiciones precisadas en el considerando V.2.

Notifíquese personalmente; háganse las anotaciones respectivas en el libro de gobierno y sistema estadístico de este tribunal; expídanse las copias auténticas que sean necesarias y con testimonio autorizado de esta ejecutoria, devuélvanse los registros de audio y video, así como la copia auténtica de la causa penal al centro de justicia de procedencia.

En cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 73, fracción II y 3, ambos de la Ley General y Federal –respectivamente– en materias de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se ordena capturar la presente resolución en el módulo de sentencias contenido en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE), de conformidad al *“Protocolo para la elaboración de versiones públicas de documentos electrónicos generados por los tribunales de Circuito y juzgados de Distrito, a partir de la identificación y el marcado de información reservada, confidencial o datos personales”*, suprimiendo la información considerada legalmente como reservada o confidencial que encuadra en esos supuestos normativos. En su oportunidad archívese este expediente como asunto concluido.

Lo resolvió y firma Ricardo Paredes Calderón, Magistrado titular del Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, habilitado para desempeñar funciones de tribunal de alzada.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



PDF Reducer Demo

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN