



**PODER JUDICIAL DEL ESTADO
DE AGUASCALIENTES**

**EL JUEZ DE CONTROL
COMO GARANTE DE LA**

**CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS
EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO**

II

Hesbert Benavente Chorres

43



EDICIÓN

MAG. FERNANDO GONZÁLEZ DE LUNA
PRESIDENTE DEL H. SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTICIA DEL ESTADO

SUSANA IVETH NEGRETE VALDÉS
ENCARGADA DE DESPACHO DEL INSTITUTO DE
CAPACITACIÓN DEL PODER JUDICIAL

GABRIEL DE ANDA MARTÍNEZ
COORDINADOR EDITORIAL DEL INSTITUTO DE
CAPACITACIÓN DEL PODER JUDICIAL

IMPRESIÓN

INSTITUTO DE CAPACITACIÓN DEL
PODER JUDICIAL DEL ESTADO
ENERO DE 2012

MONOGRAFÍAS

NÚMERO CUARENTA Y TRES

**EL JUEZ DE CONTROL
COMO GARANTE DE LA
CONVENCIONALIDAD DE LAS
NORMAS EN EL
PROCESO PENAL ACUSATORIO**

II

Hesbert BenaventeChorres

ACERCA DEL AUTOR:

Es Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Perú), Especialista en Derecho procesal por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (Argentina), Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú) y candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México.

Instructor certificado por SÉTEC y docente universitario en la Universidad de la Amazonía Peruana (Perú), así como colaborador en la Universidad Alberto Hurtado (Chile) y Universidad Autónoma del Estado de México. Asimismo, forma parte del claustro académico de la Escuela Judicial de Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero y Zacatecas.

Ha publicado más de diez libros en torno al Derecho penal y procesal penal en Argentina, España, México y Perú, resaltándose: "La Protección Jurídica de los Secretos de Empresa", Editorial Reus, Madrid, 2005. "La Omisión. Concepto e Imputación Objetiva", Editorial Doplacido, Buenos Aires, 2007. "Guía de Defensas Penales", Tomos I y II, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2008. "Código de Procedimientos Penales del Estado de México, Comentado", Tomos I y II, Editorial Flores, México 2009. "Estrategias Para el Desahogo de la Prueba en el Juicio Oral", Editorial Flores, México, 2010. "La Audiencia de Control de la Detención", Editorial Flores, México 2011. "La Aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio", Editorial JM Bosch, Barcelona, 2011. "Reincidencia y Habitualidad", Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

Finalmente, ha publicado más de treinta artículos en revistas indexadas, arbitradas y en no indexadas en Argentina, Colombia, Chile, España, México y Perú, colaborando en las revistas Estudios Constitucionales y sus el Praxis (Chile) y Gaceta Jurídica (Perú), así como en las revistas de las Facultades de Derecho de la Universidad Autónoma de Estado de México, de Medellín y Complutense de Madrid.

INDICE

Volumen I	Página
1. INTRODUCCIÓN	5
2. UNA NECESARIA DIFERENCIACIÓN: LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS Y LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS	9
2.1 LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS Y EL CASO ESPECIAL DE MÉXICO	9
2.2 LOS SISTEMAS DE CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS, SU APLICACIÓN EN MÉXICO Y EL CASO ROSENDO SADRILA PACHECO	23
3. LA FIGURA DEL JUEZ DE CONTROL EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO MEXICANO	43
3.1 LA DENOMINACIÓN	43
3.2 CONCEPTO DE JUEZ DE CONTROL	46
3.3 FUNCIONES DEL JUEZ DE CONTROL EN EL PROCESO PENAL MEXICANO	52
3.4 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD DEL JUEZ DE CONTROL	56
Volumen II	
4. EL JUEZ DE CONTROL COMO GARANTE DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS	64
4.1 CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS	64
4.2 PRINCIPIOS QUE HAN DE SER OBSERVADOS PARA EL CONTROL DIFUSO DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS	79
4.3 LAS NORMAS JURÍDICAS MATERIA DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS	74
4.4 EL CONTROL DIFUSO DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS PENALES. CASOS PRÁCTICOS RELACIONADOS CON LAS ATRIBUCIONES DEL JUEZ DE CONTROL	78
4.4.1 EL ACCESO RESTRINGIDO DEL IMPUTADO A LOS REGISTROS DE LA INVESTIGACIÓN	80
4.4.2 LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO	85
4.4.3 LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS SIN ORDEN JUDICIAL	91
4.4.4 LA PRÁCTICA DE EXÁMENES CORPORALES SIN CONSENTIMIENTO DEL EXAMINADO	98
5. EPÍLOGO	110
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112
7. SENTENCIAS CONSULTADAS	118

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

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.¹

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

4.1 CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS

Siguiendo al jurista que ha estudiado más el tema del control de convencionalidad en México, el Dr. Ferrer Mac-Gregor,² podemos

¹ Carta Interamericana de Derechos Humanos, *Cabrera García y Masadell Flores con México*, (2010).

² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Reflexiones...", *Ob. Cit.*, pp.928 y sgts. "El control difuso...", *Ob. Cit.*, pp. 151 y sgts. Ferrer & Silva, *Ob. Cit.*, pp. 66-68.

identificar las siguientes características del control difuso de la convencionalidad de las normas:

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

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

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

Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho constitucional, que está presente desde el origen y desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos, especialmente al crearse las "garantías" y "órganos" internacionales de protección de los

derechos humanos. Se advierte claramente una *internalización del derecho constitucional*, particularmente al trasladar las "garantías constitucionales" como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la "supremacía constitucional", a las "garantías convencionales" como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una "supremacía convencional".

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

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

- d) **Bloque de convencionalidad**.- Si bien la doctrina de la Corte Interamericana limita el ámbito de control a la Convención Americana, lo cierto es que atendiendo al *corpus iuris* interamericano, debe extenderse a sus protocolos adicionales (y en ciertos casos a otros

instrumentos internacionales), de conformidad al reconocimiento de cada Estado y de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana; asimismo, debe también extenderse a la jurisprudencia de dicho tribunal regional.

Al respecto, la Corte Interamericana ha indicado que:

"El corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo."²

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

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

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99, (1999).

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

En ese sentido, el resultado del examen de compatibilidad entre la norma nacional y el bloque de convencionalidad consiste en dejar sin efectos jurídicos aquellas interpretaciones inconvencionales o las que sean menos favorables; o bien, cuando no puede lograrse interpretación convencional alguna, la consecuencia consiste en dejar sin efectos jurídicos la norma nacional, ya sea en el caso particular o con efectos generales realizando la declaración de invalidez de conformidad con las atribuciones del juez que realice dicho control –que en el caso del juez de control, únicamente podrá disponer la no aplicación de la norma inconvencional al caso concreto que está conociendo.

4.2 PRINCIPIOS QUE HAN DE SER OBSERVADOS PARA EL CONTROL DIFUSO DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS

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

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

La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales.⁴

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

"Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribución que señale el derecho interno."⁵

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

b) **Principio pro homine.**- Este principio implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es

⁴ Ferrer, "Reflexiones...", *Op. Cit.*, p. 949.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Mack Chang vs Guatemala*, (2003).

decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

Ahora bien, este principio se ve contemplado en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscritos por México; por lo que, y conforme al artículo 133 constitucional, este principio debe aplicarse en forma obligatoria por los operadores jurídicos.

En esa inteligencia, si el juez de control encuentra una incompatibilidad entre la norma interna con algún tratado internacional de derechos humanos, el principio *pro homine* le exige que aplique la norma que ampare de modo más amplio los derechos humanos.

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

En ese orden de ideas, el juez de control –y todos los operadores jurídicos– debe de conocer que hasta la fecha, México ha suscrito los

siguientes tratados internacionales en los que se reconocen derechos humanos:

1. Carta de la Organización de los Estados Americanos (13.01.1949).
2. Carta de las Naciones Unidas (09.10.1946).
3. Convención Americana sobre Derechos Humanos (07.05.1981).
4. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (25.08.2000).
5. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (09.10.1946).
6. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (22.06.1981).
7. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (12.05.1981).
8. Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (01.09.1998).
9. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (03.05.2002).
10. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinados a abolir la pena de muerte (26.10.2007).

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

d) **Principio de supremacía convencional.**- La supremacía "constitucional" se está redimensionando, a partir del surgimiento del Derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo pasado. Los Estados se comprometen a respetar los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales, creándose asimismo órganos de promoción, supervisión y control, donde los tribunales regionales en la protección de estos derechos tienen una especial incidencia en los órdenes jurídicos nacionales. Lo anterior se advierte en nuestra región, en la que la Convención Americana sobre Derechos Humanos adquiere una prevalencia superior respecto de cualquier norma interna, como se ha puesto en evidencia con la evolutiva jurisprudencia convencional, que hace suponer una "supremacía convencional".⁶

4.3 LAS NORMAS JURÍDICAS MATERIA DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS

Una consecuencia de la violación de las disposiciones supranacionales es la necesidad de 'adecuar' o, lo que es lo mismo, 'amoldar' o 'adaptar' las reglas del derecho interno a los tratados. Esto implica que si los preceptos domésticos –sean legislativos o de cualquier otro carácter, y las prácticas estatales de cualquiera de los tres poderes, no protegen debidamente las libertades fundamentales enunciadas por el Derecho internacional, la nación debe adecuarlas y en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema, o crear las que correspondan.⁷ Ello, de acuerdo con el deber general del Estado de 'adecuación' de las reglas domésticas, establecido en

⁶ *Ibid.*, p. 66.

⁷ *Hitters, Ob. Cit.*, p. 128.

los artículos 1.2 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, Sagües señala que:

"...cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) está sometida al control de convencionalidad. En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de norma, y por ende, está captada por dicho control. Incluso, la constitución nacional no exceptuada en los veredictos aludidos. En este tramo tan importante de la doctrina que referimos, se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así condición de supraconstitucionalidad. Por ello, como en el caso de 'La Última Tentación de Cristo', cit., por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto," cómo efectivamente se hizo después...".⁸

En ese orden de ideas, el control de convencionalidad tiene que hacerse a través de una 'comparación' -que deben cumplir los judicantes del país- entre las reglas internas de esencia legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter, por un lado, y los tratados aludidos, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en suma, con todo el bloque de convencionalidad, por el otro.

⁸ Sagües, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad. En particular sobre las circunstancias nacionales" en *La Ley* (19.02.2009), p. 63.

Sin embargo, no obstante que la Corte Interamericana no ha hecho una descripción de qué tipo de preceptos locales deben ser controlados, se considera que cualquier regla de alcance general y abstracta mal aplicada (ley, decreto, ordenanza, actos administrativos, constituciones federales y estatales), tiene que estar incluida en el concepto aludido.

En esa inteligencia, el afirmar, por ejemplo, que el Juez de control, aplicando la cláusula de convencionalidad, inaplica una norma federal por considerarla contraria al bloque de convencionalidad, llevaría a más de un jurista en México a romperse las vestiduras. En efecto, el actual ministro de la SCJN, Aguirre Anguiano, en su análisis en torno al control difuso de la constitucionalidad de las normas, ha precisado que el mismo generaría un escenario de inseguridad jurídica:

“La multiplicidad de interpretaciones constitucionales generará incerteza del derecho, pues como el juicio de amparo es un proceso constitucional dispositivo en la acción procesal, sólo cuando alguien acuda a la jurisdicción federal podrá acceder a interpretaciones de tribunales de la Federación. El resto del derecho constitucional sería definido por tribunales locales, incluidos algunos no judiciales como los laborales y algunos contencioso administrativos, creándose un desorden jurisprudencial que mermará la calidad del Estado de Derecho.”²

Si este es el temor por el control difuso de la constitucionalidad, entonces será una pesadilla el control difuso de la convencionalidad, dado que, si dudamos de la calidad de interpretaciones constitucionales por parte de

² Versión teletípica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 11 de Julio de 2011.

nuestros operadores jurídicos, qué nos queda en cuanto a sus interpretaciones convencionales. Ello, sin perjuicio de indicar que las palabras del ministro Aguirre conllevan a descalificar el profesionalismo de los jueces estatales mexicanos, y por ende, de todo el aparato de justicia del país.

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

Finalmente, queremos señalar que, en los países donde la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema es obligatoria para los tribunales inferiores, ella reviste el carácter de

'norma' o 'ley' y por ende puede y debe ser incluida en el contralor al que nos venimos refiriendo.¹⁰

4.4 EL CONTROL DIFUSO DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS NORMAS PENALES. CASOS PRÁCTICOS RELACIONADOS CON LAS ATRIBUCIONES DEL JUEZ DE CONTROL

Son muy variadas las proposiciones que como consecuencia de la consagración del bloque de convencionalidad se pueden extraer para todas y cada una de las parcelas que conforman el ordenamiento jurídico de México, pero en ningún sector logran la especial relevancia que alcanzan en la parcela destinada al Derecho penal; fundamentalmente, en razón de que la principal de las herramientas con que cuenta el Derecho punitivo: la pena privativa de libertad, se constituye en la intervención más violenta que el Estado social y democrático de Derecho se puede permitir en el ámbito de las libertades y derechos fundamentales de la persona humana.¹¹

En el ámbito del proceso penal esta relevancia alcanza su grado máximo, pues es en él, en que el Estado ejercerá toda su fuerza para pretender aplicar dicha pena al responsable de un delito. El Estado define las reglas procesales, diseña el proceso, determina la competencia de los funcionarios estatales, fija los casos de afectación de los derechos fundamentales del imputado, con la finalidad de aplicar el Derecho Penal, mientras que el imputado, es la persona humana que ingresa al proceso penal dominado por el Estado, en franca desigualdad material, para

¹⁰ Hitters, Ob. Cit., p. 121. Rosell Seshans, Jorge, "La jurisdicción penal, la sala constitucional y el control difuso de la constitucionalidad" en *Capítulo etimológico. Revista de las disciplinas del control social*, Vol. 35, N° 04, 2007, p. 468.

¹¹ Maurach, Beinhart & Dipl. Heinz, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos generales del derecho penal y estructura del hecho punible*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1974, p. 68. Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 65.

defender su libertad personal. En el proceso penal tiene lugar el conflicto entre el poder punitivo estatal y la libertad personal del imputado, y como se verá, es un conflicto que tiene raíces constitucionales. De ahí que se afirme con razón, que es el Derecho procesal penal el que se encuentra más fuertemente condicionado por la normatividad constitucional¹², y ahora, convencional.

En esa inteligencia, tanto la Constitución, como los instrumentos internacionales de Derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cristalizan las grandes decisiones tomadas o adquiridas por la nación en materia de política criminal.¹³

Sin embargo, ello no nos impide afirmar que en la actualidad, observamos una proliferación de normas penales lesivas a los derechos humanos; es decir, un abuso de las normas penales, el cual se caracteriza de un lado por la excesiva proliferación de leyes penales y del otro por la ampliación y ambigüedad de los tipos penales, así como por el relajamiento de garantías en la ley penal.¹⁴

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

¹² Tiedemann, Klaus, "Constitución y Derecho penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, N° 33, 1991, p. 57.

¹³ Binder, Alberto, "Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal", en *Revista Justicia penal y sociedad*, N° 62, 1992, p. 55.

¹⁴ Rosales, Elías, "Control judicial de constitucionalidad de las leyes penales" en *Capítulo criminológico. Revista de las disciplinas del control social*, Vol. 34, N° 84, 2006, p. 431.

1. El acceso restringido del imputado a los registros de la investigación, artículo 153, fracción VI, segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México de 2009.
2. La aplicación de medidas cautelares por parte del Ministerio Público, artículo 180, segundo y tercer párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México de 2009.
3. La intervención de comunicaciones privadas sin orden judicial, artículo 280ter, fracción III del Código Procesal Penal de Zacatecas de 2008.
4. La práctica de exámenes corporales sin consentimiento del examinado, artículo 278 del Código Procesal Penal de Durango de 2009.

A continuación, se examinarán estos casos.

4.4.1 EL ACCESO RESTRINGIDO DEL IMPUTADO A LOS REGISTROS DE LA INVESTIGACIÓN

El artículo 153, fracción VI, segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México de 2009, dispone que:

"El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarle. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa..."

La citada disposición regula el derecho del imputado a conocer los registros de la investigación a que se le está sometiendo. Ello guarda relación con el derecho a la defensa, dado que, el acceder a los datos de investigación, le permitirá al imputado preparar mejor su defensa.

Sin embargo, de la citada norma legal se desprende que el ejercicio del derecho al acceso a los registros de investigación se ve condicionado a los siguientes supuestos:

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

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

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

La situación se complica cuando el dispositivo en estudio es una reproducción exacta del artículo 20 constitucional, fracción VI, segundo

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

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

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

Claro está que cuando el Juez de control convoque a las partes a una audiencia, a fin de resolver el pedido del imputado de acceder a los registros de la investigación, el Ministerio Público indicará que no hay derecho fundamental afectado, dado que, simplemente no se ha actualizado los supuestos de acceso a la información señalados en el artículo 20 constitucional, fracción VI, segundo párrafo. En esa inteligencia, ¿cabarán las esperanzas del imputado? ¿El Juez de control

podrá encontrar en alguna fuente jurídica distinta al artículo 20 constitucional, el argumento para acceder a lo solicitado por el imputado!

Al respecto, el artículo 8º, fracción II, letra c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrito por México el 07 de mayo de 1981, establece que: "2. (...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa".

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

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno al artículo 8.2 letra c) de la Convención Americana; en efecto, el citado organismo señaló que afecta al derecho a una defensa adecuada cuando al imputado recién le conceden el acceso al expediente un día antes al dictado de su sentencia.¹⁵

Si bien es cierto, a tal extremo no llega el artículo 153, fracción VI, segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México de 2009, así como el artículo 20 constitucional, fracción VI, segundo párrafo, también lo es que no existe una razón que justifique que el imputado –no detenido– espere ser entrevistado o vaya a comparecer

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Castillo Petruzzi y Otros con Perú*, (1999); *Castro Benavides con Perú*, (2000); *Loizidou con Grecia*, (2004).

por primera vez ante el juez para que recién pueda acceder a los registros de la investigación, cuando por el solo hecho de tomar conocimiento de una investigación en su contra, pueda ya acceder al contenido de dichos registros, con independencia del tipo de diligencia que se vaya o se esté realizando; de lo contrario, el indiciado no tendrá un conocimiento completo y oportuno de aquella información que impactará en su situación jurídica.

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

Por tanto, en aplicación de los tratados internacionales y jurisprudencia de la Corte Interamericana mencionados en los párrafos anteriores (*principio de convencionalidad*), los cuales detentan preferencia en su aplicación antes que a la normatividad interna (*principio de supremacía convencional*), y adecuando la legislación procesal a lo más favorable al imputado, como titular de derechos por su sola condición de persona humana (*principio pro homine*), el juez de control está justificado en *inaplicar el artículo 153, fracción VI, segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales de Estado de México de 2009, así como, el artículo 29 constitucional, fracción VI, segundo párrafo, por ser violatorios al derecho humano de que todo imputado tiene el derecho a preparar adecuadamente su defensa, previsto en el artículo 8.2 letra c) de la Convención Americana, ordenando que el imputado no detenido tenga*

acceso a los registros de la investigación sin estar condicionado a que previamente sea entrevistado o vaya a ser conducido ante el juez.

4.4.2 LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

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

“La imposición de medidas cautelares y providencias precautorias compete al Juez de control y al Ministerio Público, conforme a lo dispuesto en este Código.

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

Al respecto, y mediante el recurso de interpretación sistemática (artículo 192, último párrafo del texto adjetivo mexiquense), las medidas cautelares que el Ministerio Público puede imponer al imputado son:

- a) La exhibición de una garantía económica en los términos fijado por el Código de Procedimientos Penales;
- b) La obligación de presentarse periódicamente ante el Ministerio Público;
- c) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;
- d) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

- e) La separación inmediata del domicilio cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima u ofendido conviva con el destinatario de la medida.

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

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

Sin embargo, hay que mencionar que el Estado de México es la única Entidad federativa que al implementar el proceso penal acusatorio, faculta al Ministerio Público el imponer hasta cinco medidas cautelares.

Ahora bien, la omisión de mención en la Constitución Federal no impide recurrir al bloque de convencionalidad para establecer si tal facultad a la autoridad ministerial implica una afectación a los derechos humanos.

Al respecto, el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que: *"Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas."*

Asimismo, en cuanto a la jurisprudencia, la Corte Interamericana ha establecido lo siguiente:

"... en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse. (...) la Corte considera que la adopción de medidas cautelares reales debe justificarse previamente en la inexistencia de otro tipo de medidas

*menos restrictivas del derecho a la propiedad (...) Asimismo, la adopción y supervisión de estas medidas debe recaer en funcionarios judiciales, teniendo en cuenta que si desaparecen las razones que justificaron la medida precautoria, el juez debe valorar la pertinencia de continuar con la restricción, aún antes de la finalización del proceso.*²⁶

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

En esa inteligencia, la normatividad interna mexicana ha dispuesto que la privación de libertad, a través de la prisión preventiva o el arraigo, es de competencia del juez (artículo 16 constitucional), por lo que, *no sería inconvencional lo señalado por los artículos 180 y 192, último párrafo, del Código de Procedimientos Penales, en el sentido que el Ministerio Público imponga medidas cautelares diferentes a las delegadas en forma exclusiva y excluyente al Poder Judicial.*

No obstante, *la autoridad ministerial deberá justificar la medida cautelar impuesta, de lo contrario sí habría una vulneración a los derechos*

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez con Ecuador*, (2007). Lo resultado es nuestro.

humanos, que será de conocimiento del órgano jurisdiccional, no para inaplicar la norma por inconvencional, sino para revisar la medida cautelar impuesta con la finalidad de dejarla sin efecto.

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

- a) La **aparición de un hecho delictuoso**, así como la **probable intervención del imputado** (*fumus comissi delicti*).

Consiste en la existencia de datos de prueba pertinentes, idóneos y en su conjunto suficientes en torno a la presencia, en el caso concreto, de razones plausibles que permitan sospechar la comisión de un ilícito penal –el tipo de sanción penal con el cual se ve castigado el citado ilícito punitivo, también incidirá en la procedencia de una concreta medida cautelar.

La plausibilidad de los datos de prueba, en tanto elemento esencial, connota la existencia de hechos –enunciados fácticos que permiten inferir, para un observador objetivo, la probabilidad que el imputado intervino en un hecho calificado por la ley como delictuoso¹⁰.

Para Ortells Ramos, nos encontramos ante el primer presupuesto material de la medida cautelar en materia penal, el cual consta de dos reglas: **la primera**, referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a sus aspectos objetivos, la cual debe ser mostrada por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento; y **la segunda**, que está en función del juicio de imputación contra el inculgado, juicio que debe

contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud –o alto grado de probabilidad– acerca de su intervención en el delito.

b) Evitar la materialización de un peligro procesal (*periculum libertatis*).

Aparte de demostrar la apariencia de un hecho delictuoso, la concesión de una medida cautelar depende de la existencia de una razón o para qué, la cual justifique la restricción de un determinado derecho constitucional.

Esta razón gira en torno en la necesidad de evitar un peligro procesal (*periculum libertatis*): esto es, riesgos que pongan en peligro el inicio y continuación del proceso punitivo, así como, el dictado de una decisión justa y arreglada a Derecho. En esa inteligencia, cuando se inicia un proceso penal contra alguien, surge el peligro que el imputado trate de eludir la acción de la justicia, destruir u ocultar el material probatorio o realizar cualquier otra conducta tendiente a obstaculizar la materialización o cristalización tanto de la pretensión de sanción como la reparación del daño (ejemplo de este último es el ocultar sus bienes o transferirlos a terceras personas a fin de eludir el pago de la indemnización, todo ello con conocimiento de los terceros adquirentes). Para evitar estos riesgos o peligros procesales, es que se han diseñado concretas medidas coercitivas como la prisión preventiva o el embargo, a fin de evitar que se frustre la eficacia de las pretensiones que se ventilan en el proceso penal debido a conductas maliciosas del procesado.

Por tanto, no es inconvencional aquella norma que faculta al Ministerio Público para imponer medidas cautelares que no son de competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial; pero sí sería atentatoria a los

derechos humanos la falta o indebida motivación en la determinación de la autoridad ministerial, que conllevará que la medida cautelar impuesta sea revisada por el órgano jurisdiccional, con fines de ser modificada o dejada sin efecto.

4.4.3 LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS SIN ORDEN JUDICIAL

El artículo 280ter, fracción III, del Código Procesal Penal de Zacatecas de 2008 precisa que:

“Las comunicaciones entre particulares podrán ser intervenidas y grabadas, sin orden judicial, para su utilización en el proceso penal como prueba cuando:

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

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

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

Ahora bien, la cuestión a analizar es si el Ministerio Público, así sea para determinados delitos, puede intervenir comunicaciones privadas entre particulares, sin el consentimiento de los interlocutores y sin autorización judicial. Para ello, recurrimos, en primer lugar, al **principio de convencionalidad**.

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

Asimismo, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos precisa que:

1. *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*
2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*"

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

En lo que respecta a la Jurisprudencia Interamericana, la Corte Interamericana ha establecido lo siguiente:

"La Corte considera que la conversación telefónica entre el señor Adel Zayed y el señor Tristán Donoso era de carácter privado y ninguna de las dos personas consintió que fuera conocida por terceros. Más aún, dicha conversación, al ser realizada entre la presunta víctima y uno de sus clientes debería, incluso, contar con un mayor grado de protección por el secreto profesional. La divulgación de la conversación telefónica por parte de un funcionario público implicó una injerencia en la vida privada del señor Tristán Donoso. La Corte debe examinar si dicha injerencia resulta arbitraria o abusiva en los términos del artículo 11.2 de la Convención o si resulta compatible con dicho tratado. Como ya se indicó (supra párr. 56), para ser compatible con la Convención Americana una injerencia debe cumplir con los siguientes requisitos: estar prevista en ley, perseguir un fin legítimo, y ser idónea, necesaria y proporcional. En consecuencia, la falta de cumplimiento de alguno de dichos requisitos implica que la medida es contraria a la Convención."¹⁷

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Felisa con Panamá*, (2009). Lo resultado es nuestro.

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

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

"(..."

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

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

(...)"

En ese orden de ideas, si bien la autoridad ministerial, en cumplimiento del artículo 280ter, fracción III del Código Procesal Penal de Zacatecas puede motivar su determinación de intervención de comunicaciones entre

particulares: que es un mecanismo previsto en la ley, que persigue un fin legítimo; que busca la eficacia de los actos de investigación referidos a una gama de delitos graves previstos en el artículo antes citado, así como, que dicha intervención es un mecanismo idóneo, necesario y proporcional para el esclarecimiento de los hechos (debido a la falta de consentimiento por parte de los interlocutores), *dicha autoridad no puede eludir lo establecido en el artículo 16 constitucional.*

En efecto, ya la SCJN indicó que:

*"Conforme al citado precepto constitucional, el derecho público subjetivo y, por tanto, fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas es relativo, en tanto que la autoridad judicial federal puede autorizar su intervención, mediante el cumplimiento de determinados requisitos. Ahora bien, la intervención a que alude dicha norma se dirige a los sujetos que no llevan a cabo la comunicación respectiva, es decir, a quienes no son comunicantes o interlocutores, pues una vez colmados los requisitos legales para efectuar la intervención relativa, sólo la autoridad judicial federal puede autorizarla, a petición de la autoridad federal facultada por la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente..."*¹⁸

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

¹⁸ Benavente Chorres, Herbert, *Código Procesal Penal del Estado de Zacatecas Comentado*, México, Flores editor, 2011, p. 595.

particulares, sin el consentimiento de los comunicantes ni por orden judicial, en términos del artículo 16 constitucional.

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

Al respecto, ¿cómo el Juez de control resolverá lo solicitado por el imputado? Nosotros consideramos que el citado operador jurídico cuenta con los suficientes argumentos para disponer la no aplicación del artículo 280ter, fracción III del Código Procesal Penal de Zacatecas y disponer la falta de eficacia jurídica de las grabaciones obtenidas por orden del Ministerio Público sin el consentimiento de los interlocutores ni por orden judicial. En efecto, el Juez de control cuenta con los siguientes argumentos para fundar nuestra postura:

1. Por el principio de **supremacía constitucional**, reconocido en el artículo 133 constitucional, cuando exista una colisión entre lo dispuesto por una norma secundaria con lo señalado por la norma constitucional, se debe preferir esta última; es decir, hay una primacía, una preferencia entre la normatividad federal sobre la local, por lo que, y retomando el caso en análisis, el Ministerio Público no presenta competencia constitucional para ordenar la intervención de comunicaciones privadas.

2. Por el principio de **supremacía convencional**, establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en donde, si el Ministerio Público ordenó la intervención de comunicaciones privadas se habrá dado una violación a lo señalado por la Constitución, originando responsabilidad del Estado, al haberse dado una *injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada del afectado* (artículo 11.2 de la Convención), surgiendo la obligación, tanto por los fueros nacionales como internacionales, de dotar de *protección jurídica* a la persona afectada (artículo 11.3 de la Convención), como por ejemplo, declarar la *inconveniencia* del artículo 280ter, fracción III del Código Procesal Penal de Zacatecas y el deber del legislador estatal de derogarla o adecuarla a las disposiciones constitucionales y convencionales.

3. Por el principio de **legalidad de la prueba**, regulado en los artículos 21 y 375 del Código Procesal Penal de Zacatecas, así como, por el principio de **nulidad de los actos procesales**, establecido en el artículo 74 de la ley adjetiva de Zacatecas, se debe declarar la nulidad tanto de la orden dada por el Ministerio Público y de las comunicaciones *privadas grabadas a consecuencia de dicha orden, así como de todos aquellos actos procesales que en forma directa e inmediata se desprende de los actos nulos* (tesis del fruto del árbol envenado), restándoles toda eficacia probatoria.

Por tanto, el juez de control, por los principios antes señalados, está facultado para declarar la **inconveniencia** del artículo 280ter, fracción III del Código Procesal Penal, su **colisión** con el artículo 16 constitucional – con la necesidad de darle preferencia al dispositivo constitucional–, así

como, la ausencia de efectos jurídicos para aquellos actos surgidos a consecuencia de la aplicación del citado artículo de la normatividad zacatecana.

4.4.4 LA PRÁCTICA DE EXÁMENES CORPORALES SIN CONSENTIMIENTO DEL EXAMINADO

El artículo 278 del Código Procesal Penal de Durango de 2009, ha establecido lo siguiente:

“Si fuera necesario para constatar circunstancias decisivas para la investigación, podrán electuarse en la persona del imputado, el afectado por el hecho punible u otras personas, con su consentimiento, exámenes corporales, pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros similares, siempre que no exista riesgo o menoscabo para su salud o dignidad y que tenga como fin la investigación del hecho punible.

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

En forma similar el artículo 258 del Código de Procedimientos Penales de Baja California de 2007 ha indicado lo siguiente:

“Si fuere necesario para constatar circunstancias decisivas para la investigación, podrán electuarse en la persona del imputado, el afectado por el hecho punible, u otras personas, con su consentimiento, exámenes corporales, pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros similares, siempre que no exista riesgo

o menoscabo para su salud o dignidad y que tenga como fin la investigación del hecho punible.

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

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

En esa inteligencia, estamos ante las denominadas **medidas de búsqueda y aseguramiento de pruebas**; estas medidas, a diferencia de las cautelares, tienen como objetivo la identificación, acopio y conservación de toda información conducente a la probanza de los hechos materia de delito. En efecto, mientras las medidas cautelares buscan conjurar los peligros procesales que puedan afectar la eficacia de las investigaciones, la presencia del imputado en el proceso o la seguridad de la víctima o testigos; las **medidas de búsqueda y aseguramiento de pruebas** ubican fuentes de información probatoria, a fin de extraer los datos respectivos y que puedan generar valor probatorio.

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

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, ¿cuáles de las disposiciones son más acordes con el sistema de protección internacional de los derechos humanos y con los principios propios de un Estado constitucional de Derecho? ¿Acaso serán

las normas de Durango y Baja California, las cuales apuestan a la intervención judicial para la toma de muestras o fluidos corporales; o bien, lo dispuesto por Estado de México¹⁹

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

En ese orden de ideas, la Comisión Interamericana ha precisado que *la consagración de un derecho a la integridad personal revela dos aspectos: genera, por una parte, la obligación del Estado de no realizar ninguna acción u omisión de las prohibidas por el artículo 5º de la Convención y de impedir que otros las realicen; por otra parte, alude a la cualidad de todo individuo de ser merecedor de respeto, sin que nadie pueda, en principio, interferir con él o con sus decisiones respecto de él, sugiriendo, de este modo, que el individuo es el dueño de sí mismo, tiene autonomía personal, y por lo tanto, está facultado para decidir a su respecto, sin que el Estado tenga, en principio, la facultad de impedirsele; mirado el derecho de esta manera, está en íntima conexión con el derecho a la vida privada, lo que no es extraño, puesto que el catálogo de derechos busca proteger la dignidad de la persona desde diversos flancos.*¹⁹

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

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Morán de Mejía con Perú*, (1996) 102

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

En efecto, se afirma que los derechos humanos no son derechos absolutos, siendo el concepto de restricción una noción familiar y no problemático.²⁰ En esa inteligencia, la posibilidad de limitar los derechos, es solo en razón de garantizar el ejercicio de esos mismos derechos a los demás individuos y únicamente por medio de la ley, como expresión de la voluntad soberana, abstracta y general.

Al respecto, Aba Catoría indica lo siguiente:

*"no solo en la coexistencia entre los derechos de la pluralidad de titulares, sino que ahora se habla de función social y de intereses públicos que se han de realizar... desde el momento en que los derechos son ejercitados en un plano colectivo, no pueden tener reconocido un carácter absoluto en lo que atañe a su ejercicio..."*²¹

El carácter absoluto de los derechos cede ante la necesidad de que su ejercicio se ajuste a normas, valores y principios, que también forman parte del ordenamiento jurídico e integran un marco de referencia dentro del cual los derechos del individuo alcanzan sentido y utilidad.

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

²⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 267.

²¹ Aba Catoría, Ana, *La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1999, p. 76.

1. Se respete la dignidad del examinado

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

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

De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho constitucional e internacional, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como *"(...) un*

*minimum inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover*²².

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

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

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

La noción de dignidad como principio es fundamental para analizar la injerencia del Estado en el derecho a la integridad personal; es decir, en aras de velar por el cumplimiento de las obligaciones estatales para con

²² Tribunal Constitucional del Perú, *Trase Silva y más de cinco mil ciudadanos con Congreso de la República del Perú*, (2002).

la sociedad en torno a la persecución y sanción de los delitos, se justifica la práctica de exámenes y pruebas en aquellas personas, que por su pertinencia e idoneidad posibilitarán el esclarecimiento adecuado de los hechos, sin que se castigue al inocente y se deje en impunidad al culpable de un ilícito penal.

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

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

2. Que no se menoscabe o se ponga en riesgo la salud del examinado

Este requisito debe aplicarse tanto en el procedimiento de toma de muestra, así como en la cantidad de muestra o fluido corporal que se pretende obtener de la persona del examinado; en ese sentido, se excluye todo acto de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como todo aquel acto que deje secuelas físicas o psíquicas en la persona del examinado que vaya más allá de lo razonablemente tolerado, que comprometa la vida o la integridad psico-física del examinado.

3. Que guarde relación con la investigación de un hecho punible

El artículo 241 de la Ley del Proceso Penal del Estado de Guanajuato de 2011, ha establecido las razones por las cuales el juez de control puede ordenar, en audiencia, la toma de muestra o fluidos corporales, ante la falta de consentimiento del revisado o la imposibilidad de prestar dicho consentimiento.

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

a) La importancia de la diligencia en el resultado de la investigación

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

b) La naturaleza del hecho punible

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

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

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

c) La magnitud del ataque al bien jurídico lesionado o puesto en peligro

Este criterio guarda conexión con el indicador anteriormente comentado, es decir, mientras mayor sea el grado de dañosidad al bien jurídico penalmente protegido, mayor será el deber estatal para el esclarecimiento de los hechos, justificándose intromisiones en la esfera personal de aquellos sujetos que intervienen en el drama penal.

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

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

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

5. EPILOGO

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

En esa inteligencia, debe desaparecer el fantasma de la inseguridad jurídica derivada de la interpretación judicial; por el contrario, las contribuciones que generen los jueces de control enriquecerán la convencionalidad del sistema de justicia penal, encontrando los justiciables una tutela judicial efectiva más oportuna, sin la necesidad de esperar la apertura del proceso de amparo.

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

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

aras de una mejor protección de los derechos humanos ante la justicia punitiva.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABA CATORRA, Ana (1999). *“La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia. pp. 263.
- ALBANESE, Susana et. al. (2008). *“El Control de Convencionalidad”*. Editorial Ecliar, Buenos Aires, pp. 288.
- ALEXY, Robert (2002). *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. pp. 607.
- APONTE CARDONA, Alejandro (2004). *“Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal. 2ª edición, Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá, pp. 111.*
- ATIENZA, Manuel (1993). *“Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico”*. Editorial Ariel, Barcelona. pp. 267.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert (2009). *“Nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de México Comentado”*. Tomos I y II, Flores editor. México. pp. 1727.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert (2011). *“Código Procesal Penal del Estado de Zacatecas Comentado”*. Flores editor. México. pp. 1161.
- BINDER, Alberto (1992). *“Política Criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal”*, en *Revista Justicia penal y sociedad* (Nº 02). pp. 51-66.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio (1997). *“Derecho Constitucional Mexicano”*. 11ª edición. Editorial Porrúa. México. pp. 1087.

CAPPELLETI, Mauro (2007). *“El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado”*. Editorial Porrúa, México, pp. 46-4).

CASSEL, Douglas (2000). “El Perú se retira de la Corte: ¿Afrontará el reto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (N° 29), pp. 69-94.

CASTILLO ALVA, José Luis (2004). *“Razonamiento Judicial. Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales”*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, pp.549.

COSSIO, José Ramón (1997). “La Justicia Constitucional en México”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (N° 01), pp. 221-254.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2010). “El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional”, en A.A.V.V. *Formación y perspectivas del Estado en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México), pp. 151-188.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011) “Reflexiones Sobre el Control Difuso de Convencionalidad a la Luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (N° 131), pp. 917-967.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo & SILVA GARCÍA, Fernando (2011). *“Jurisdicción Militar y Derechos Humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*. Editorial Porrúa, México, pp. 63-4.

**EL JUEZ DE CONTROL COMO GARANTE DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS
NORMAS EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO**

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1985) *"La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional"*. 3ª edición. Editorial Civitas, Madrid, pp. 264.
- GONZÁLEZ, Samuel & MENDIETA, Ernesto (2005). *"El Sistema de Justicia Penal y su Reforma. Teoría y Práctica"*. Editorial Fontamara. México. pp. 768.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús (1999). *"Introducción al Amparo Mexicano"*. 3ª edición. Editorial Noriega. México. pp. 520.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús (2005). "Lo Confuso del Control Difuso de la Constitución. Propuesta de Interpretación del Artículo 133 Constitucional", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (Nº 03). pp. 159-187.
- HAMILTON, Alexander et. al. (2000). *"El Federalista"*. 7ª reimposición, Fondo de Cultura Económica. México. pp. 431.
- HARO GARCÍA, José Vicente (2005). "El Control Difuso de la Constitucionalidad en Venezuela: El Estado Actual de la Cuestión", en *Revista Provincia* (Nº 14). pp. 283-315.
- HERNÁNDEZ REYES, René (2008). "Los Sujetos Procesales en el Nuevo Proceso Penal" en A.A.V.V. *Juicio Oral Penal. Reforma Procesal Penal en Oaxaca*. Editorial Andrés Bello. México. pp. 80-134.
- HITTERS, Juan Carlos & FAPPIANO, Óscar (2007). *"Derecho Internacional de los Derechos Humanos"* 2ª edición, Tomo I, Volumen II. Editorial Ediar. Buenos Aires. pp. 1250.

HITTERS, Juan Carlos (2009). "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Revista Estudios Constitucionales* Vol. 07, N° 02. pp. 109-128.

HORVITZ LENON, María Inés (2002). "Derecho Procesal Chileno" (Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. pp. 638.

LINARES QUINTANA, Segundo (2005). "La Interpretación Constitucional" en A.A.V.V. *Interpretación Constitucional*, Tomo II. México. Editorial Porrúa, pp. 753-771.

MARTINEZ CISNEROS, Germán (2009): "El juez de Control en México. Un Modelo para Armar" en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* (N° 27). pp. 173-194.

MAURACH, Reinhart & ZIPF, Heinz (1994). "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos Generales del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible". Editorial Astrea. Buenos Aires. pp. 720.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006). "Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur". Editorial Palestra, Lima, pp. 448).

PASTRANA BERDEJO, Juan David & BENAVENTE CHORRES, Hesbert (2009). "Implementación del Proceso Penal Acusatorio en Latinoamérica". Flores editor. México. pp. 380.

REY CANTOR, Ernesto (2008). "Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos". Editorial Porrúa. México. pp. 283.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2002). "El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile", en *Revista Ius et Praxis* (Año 08, N° 01), pp. 389-418.

ROSALES, Elsie (2006) "Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes Penales" en *Capítulo Criminológico. Revista de las Disciplinas del Control Social* (Vol. 34, N° 04), pp. 429-493.

ROSELL SENHENN, Jorge (2007) "La Jurisdicción Penal, la Sala Constitucional y el Control Difuso de la Constitucionalidad" en *Capítulo Criminológico. Revista de las Disciplinas del Control Social* (Vol. 35, N° 04), pp. 447-470.

ROXIN, Claus (1997). "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito". Editorial Civitas. Madrid. pp. 1072.

SAGÓES, Néstor Pedro (2001). "Teoría de la Constitución". Editorial Astrea. Buenos Aires. pp. 519.

SAGÓES, Néstor Pedro (2009). "El Control de Convencionalidad. En Particular Sobre las Circunstancias Nacionales" en *La Ley* (19.02.2009), pp. 01-03.

SAGÓES, Néstor Pedro (2010). "El Control de Convencionalidad como Instrumento para la Elaboración de un *Ius Commune Interamericano*", en A.A.V.V. *La justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?*. Tomo II. México. Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 449-468.

SÁNCHEZ GIL, Rubén (2004). "El Control Difuso de la Constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002", en *Revista Cuestiones Constitucionales*. N° 11. pp. 199-229.

STRUENSEE, Eberhard & MAIER, Julio (2000). "Las Reformas Procesales Penales en América Latina". Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. pp. 896.

TIEDEMANN, Klaus (1991). "Constitución y Derecho Penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11, N° 33. pp. 145-174.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2000). "América Latina: Análisis Regional". 2ª edición. Editorial Porrúa. México. pp. 461.

7. SENTENCIAS CONSULTADAS

Almonacid con Chile, (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de septiembre de 2006 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: *Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, formato electrónico. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Cabrera García y Montiel Flores con México, (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2010 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: *Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, formato electrónico. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

Castoral Benavides con Perú, (2000): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18 de agosto de 2000 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: *Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, formato electrónico. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf

Castillo Chirinos con Jurado Nacional de Elecciones, (2006): Tribunal Constitucional del Perú (Proceso de Amparo) en: *Gaceta Constitucional*, formato electrónico. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.html>

Castillo Petruzzi y Otros con Perú (1999): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de mayo de 1999 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos

Humanos) en: *Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, formato electrónico. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf

Congresistas con Congreso de la República del Perú, (2005): Tribunal Constitucional del Perú (Proceso de Incumplimiento) en: *Gaceta Constitucional*, formato electrónico. Disponible en:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.html>

Chaparro Álvarez y Lapo Itiguez con Ecuador, (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de noviembre de 2007 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: *Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, formato electrónico. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

Espinoza Redéguí con Sala Nacional de Terrorismo, (2005): Tribunal Constitucional del Perú (Proceso de Hábeas Corpus) en: *Gaceta Constitucional*, formato electrónico. Disponible en:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02502-2005-HC.html>

Genie Lacayo con Nicaragua, (1997): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de enero de 1997 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: *Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, formato electrónico. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf

Lori Berenson Mejía con Perú, (2004): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2004 (violación a los derechos humanos

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

protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: *Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, formato electrónico. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf

Mack Chang con Guatemala, (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2003 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: *Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, formato electrónico. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

Martín de Mejía con Perú, (1996): Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 01 de marzo 1996, Informe N° 05/96, Caso 10.970 Perú, formato electrónico. Disponible en:

<http://cidh.org/annualrep95span/cap.iii.peru10.970.htm>

Ortega Rodríguez con Congreso de la República de Colombia, (2005): Corte Constitucional de Colombia, formato electrónico. Disponible en: [www.ramajudicial.gov.co/cs/jdownloads/.../File.../Primera%20Parte\[1\].pdf](http://www.ramajudicial.gov.co/cs/jdownloads/.../File.../Primera%20Parte[1].pdf)

Radiña Pacheco con Estados Unidos Mexicanos, (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2009 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: *Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, formato electrónico. Disponible en:

www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.doc

Suárez Rosero con Ecuador (1997): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12 de noviembre de 1997 (violación a los derechos humanos

protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: *Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, formato electrónico. Disponible en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

Tibi con Ecuador, (2004): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 07 de septiembre de 2004 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: *Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, formato electrónico. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

Tiseo Silva y más de cinco mil ciudadanos con Congreso de la República del Perú, (2002): Tribunal Constitucional del Perú (Proceso de Incumplimiento) en *Gaceta Constitucional*, formato electrónico. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-A1.html>

Tristán con Panamá, (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de enero de 2009 (violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos) en: *Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, formato electrónico. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf

Opinión consultiva N° 16/99 (1999): Corte Interamericana de Derechos Humanos 02 de octubre de 1999. Formato electrónico. Disponible en: <http://www.derhumanos.com.ar/opiniones%20consultivas/opinion%20consultiva%2016.htm>

Versión taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 11 de julio de 2011. Formato electrónico. Disponible en:

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

<http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/Documents/Taquigraficas/2011/julio/p120110711v2.pdf>



B-2