

Reseña hemerográfica

GARCÍA SILVA, Gerardo y Rogelio FLORES, “El control de la convencionalidad en materia penal”, *Jurí Polis. Revista de Derecho y Política*, México, vol. 2, núm. 14, 2012, pp. 39-74.

El control de convencionalidad es una figura jurídica que desde su uso en el ámbito internacional, específicamente en el regional americano, ha llamado la atención para caracterizarla y delimitar su competencia o bien, ampliarla en un modelo difuso. La jurisdicción de origen respecto de ese control debe llevarla a cabo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sin embargo, en algunas de sus sentencias se ha afirmado que el Poder Judicial de un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe realizar un control de convencionalidad *ex officio*. En ese sentido, es necesario que en el orden jurídico interno se establezcan los términos en que ha de efectuarse para que los operadores se encuentren en posibilidad de concretarlo.

Esa forma de control no se encuentra normada jurídicamente en México, sino que se deriva de cuatro de las sentencias que la Corte IDH ha dirigido a nuestro país. El Poder Judicial de la Federación valoró su participación en el cumplimiento de la sentencia del caso *Radilla Pacheco vs. México* en el Expediente Varios 912/2010, y determinó, en el considerando séptimo, materializarlo por medio del modelo general del control de constitucionalidad y convencionalidad. Ese modelo se ha ido complementando con otras consideraciones, así como en la atención de casos concretos.

Gerardo García Silva es doctor y maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), maestro en Ciencias Penales con especialización en Ciencia Jurídico Penal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, miembro del

Sistema Nacional de Investigadores, nivel I, y Rogelio Flores es licenciado en Derecho por la UNAM. En este trabajo nos muestran el control de convencionalidad especializado en materia penal.

En la introducción refieren que el artículo tiene como objetivos reseñar el control de convencionalidad desde la perspectiva internacional y, por otra parte, el impacto que ha tenido en el sistema jurídico nacional. El segundo aspecto se desarrolla por medio de un análisis de caso en la afectación de derechos humanos en el ámbito penal, específicamente, la resolución de un juicio de amparo contra una orden de arraigo.

Los autores comienzan estableciendo el momento teórico previo a la transformación del modelo jurídico en materia de derechos humanos, así como que el Estado constitucional bajo la directriz de la supremacía de la Ley Fundamental da un giro al incluir los tratados internacionales, por lo que se adopta la figura del bloque de constitucionalidad y se expande en Latinoamérica.

Ellos consideran que con la reforma constitucional en materia de derechos humanos el Estado mexicano se coloca en “una posición de avanzada” por reconocer jerarquía constitucional a los tratados internacionales que los protegen. También, que la reforma constitucional conlleva la del Derecho mexicano, que pone en práctica la modificación de principios dispuestos desde 1917. Todo lo anterior sin dejar de considerar que está pendiente la transformación derivada de la reforma constitucional en materia penal de 2008, motivo por

el cual el sistema acusatorio tendrá un nuevo proceso de pensamiento al respecto.

Encuentran tres elementos de obligatoriedad y aplicabilidad del control de convencionalidad y son los siguientes:

1. La fuerza normativa de la Constitución (y la convención).
2. La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos a través del bloque de constitucionalidad.
3. Las pautas hermenéuticas que deben atender las jurisdicciones constitucional y ordinaria, acordes a la protección y garantía del ejercicio de derechos.

En cuanto al primer elemento, los autores explican que el cambio de una Constitución política a una normativa se resalta “por un lado, con el carácter vinculante del contenido de la constitución hacia las autoridades públicas que conforman los poderes constituidos y, por el otro, la exigibilidad de este cumplimiento a través de la revisión judicial de la constitución”, con lo que se da eficacia a los derechos.

En el ámbito regional americano el control de convencionalidad se justifica cuando entra en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus mecanismos de cumplimiento convencional, en particular la Corte IDH como órgano que efectúa la interpretación y aplicación de sus normas.

Cuando un Estado forma parte de un tratado internacional cubriendo los requisitos que su propio ordenamiento jurídico le establece para manifestar su consentimiento de obligarse al mismo, incorpora el instrumento a su sistema; los autores consideran que en ese sentido “adquiere la fuerza normativa propia de la Constitución”.

Por lo que hace al segundo, la coordinación del sistema internacional de protección de los derechos humanos y el interno de los Estados opera bajo dos formas, una, el bloque de constitucionalidad reconocido en la Ley Fundamental, y otra, la asignación de un estatus constitucional u otro por vía jurisprudencial. Los autores afirman que “México adoptó el primer mecanismo”.

No puede omitirse la necesidad de ciertas precisiones en torno a tal afirmación, primero, el uso de la expresión bloque de

constitucionalidad no fue prevista literalmente en la Constitución mexicana. Se estableció un parámetro constitucional de contenido sustancial, en los artículos 1o., párrafo primero; 103, fracción I, y 105, fracción II, inciso g), y se le ha reconocido en el considerando séptimo de la resolución del Juicio de Amparo 689/2011 emitida por el Juez Tercero de Distrito en San Luis Potosí; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia en la discusión de la contradicción de tesis 293/2011 retiró la propuesta del uso de dicha figura para cambiarla por una más adecuada en la sesión pública ordinaria del pleno celebrada en 2012, es decir, en el caso de los derechos humanos el Juez de Distrito en San Luis Potosí la reconoce y el Pleno de la Corte no la aceptó.

Por lo que hace al estatus de los tratados internacionales en general, se expresaron criterios del Poder Judicial que los calificaron de infraconstitucionales en tesis aisladas antes de la reforma en materia de derechos humanos. Cabe mencionar que al contar con las cláusulas de interpretación conforme y pro persona, el estatus jerárquico pasa a segundo término.

Como refieren los autores, la fuerza vinculante de las normas, principios e interpretaciones sí corresponde al parámetro ya referido, pero no el denominado bloque de constitucionalidad hasta que no sea reconocido como tal.

En relación al tercero, los autores mencionan que las pautas hermenéuticas deben orientarse a la protección y garantía de ejercicio de los derechos humanos, también señalan que las siguientes los favorecen: “la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, la proyección horizontal de los derechos”. No obstante, es necesario observar que actualmente en ese tema deben primar las pautas especializadas, como la interpretación conforme y pro persona.

Por otro lado, los autores hacen un seguimiento de la evolución del estándar del control de convencionalidad en la Corte IDH. En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* observan el fortalecimiento del carácter difuso del precedente cuando se refiere a “todos sus órganos” “incluidos sus jueces”. Afirman que “sirvió de base para la conformación del que se definió en Mé-

xico a partir de la reforma constitucional de derechos humanos y los criterios definidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la resolución 912/2010, así como que prevalece el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), al fijar la obligación de realizar ya no sólo análisis de legalidad, sino también de constitucionalidad y más aún, el de convencionalidad, sin que medie petición de parte.

En seguida relacionan las reformas constitucionales en materia penal y de derechos humanos. La primera dispone el cambio del proceso penal inquisitorio por uno acusatorio y oral, que deberá atender a los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación. La segunda en una parte establece un parámetro de contenido sustancial de derechos humanos, formas de interpretación en esa materia y obligaciones para las autoridades.

Destacan la importancia del control de convencionalidad por medio de una forma concentrada por la Corte IDH y otra difusa por el Poder Judicial de los Estados. Le atribuyen el siguiente objeto: "consiste en garantizar el goce de libertades contravenidas, el pago de las indemnizaciones solicitadas y vigilar que las consecuencias derivadas del daño ocasionado por parte del Estado a la víctima sean reparadas".

En relación a tal afirmación, se considera que el primero de los aspectos es acertado porque al ser armónicos los sistemas jurídicos internacional e interno de derechos humanos, el acceso al goce de los derechos humanos será más claro. En cuanto al segundo, el impacto causado por los derechos incumplidos o violados por el Estado puede apreciarse mejor al haber coordinación entre las normas para su determinación y que no sea objetada, por ello la importancia del control convencional. Respecto del tercero, la compaginación de las formas de reparación con los criterios internacionales hará posible que las víctimas se vean atendidas con los parámetros más altos.

Así, identifican que ambas reformas confluyen en dar prioridad al contenido del garantismo penal y el debido proceso penal, este último como criterio direccionador internacional para conducir la implementación del sistema acusatorio en México.

No obstante la postura de los autores, debe mencionarse que con la reforma cons-

titucional en materia penal se suprimieron algunos derechos en materia de seguridad jurídica, tales como el careo constitucional, la declaración sólo ante el Agente del Ministerio Público o Juez y la libertad bajo caución.

El estudio de caso que presentan los autores se basa en el juicio de amparo contra una orden de arraigo; el expediente es el número 689/2011, resuelto por el Juez Tercero de Distrito en San Luis Potosí, el 3 de octubre de 2011.

La argumentación con la que los autores soportan su exploración es obtenida de los considerandos de las siguientes tesis: I.4°.A.441 A Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, 9a. Época, Tomo XX, Octubre de 2004, pág. 2385. PRINCIPIO PRO HOMINE, SU APLICACIÓN y XI.1°.A.T.47 K, Primer TC en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época, Tomo XXXI, Mayo de 2010, página 1932. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTAN OBLIGADOS A EJERCERLO.

Así, el juzgador encuentra que el indiciado no es llevado inmediatamente y sin demora ante un juez para que resuelva su situación jurídica, no se presume su inocencia y se impide que un individuo circule libremente por el país.

De hecho, se observan otras violaciones, tales como: el transcurso del tiempo hasta por 30 días en que el indiciado está a disposición de la autoridad investigadora y no de la juzgadora, que no se le dan a conocer los pormenores del delito que se le imputa y no cuenta con la oportunidad de ofrecer pruebas.

Por su parte, los autores elaboran su reflexión argumentativa bajo el modelo de Toulmin en los siguientes términos:

Pretensión. Amparar y proteger a...

Razones. El arraigo es incompatible con Tratados Internacionales.

Garantía. Con base en los principios Pro persona y *Pacta Sunt Servanda*.

Respaldo. Artículos 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 7.5, 8.2 y 22. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Caso Radilla Pacheco vs. México, Corte IDH, Jurisprudencia de

la Corte IDH y tesis XI.1°.A.T.47 K. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO.

Por ello, consideran que “el juzgador aplicó una pauta hermenéutica basada en la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación y la proyección horizontal de los derechos, para privilegiar la protección de derechos humanos en el caso concreto dando cabida a la aplicación concreta de dichos contenidos (control de convencionalidad)”. Pero también admiten que si el mismo se hubiera sujetado a lo previsto por el artículo 16 constitucional, los derechos fundamentales no se hubieran respetado.

En sus conclusiones, afirman que el control de convencionalidad, en su modalidad difusa, para lograr eficacia debería partir de la presunción de constitucionalidad y no de la confrontación inicial con propósitos de desplazamiento. Los autores no deberían olvidar que la consecuencia jurídica del control difuso será la inaplicación,

que además debe tener presente la interpretación conforme y pro persona.

Asimismo, concluyen que debe considerarse que las reformas en cuestión dan paso a un orden internacional supranacional en materia de derechos humanos.

Los autores cumplen con su objetivo: explican y analizan el control de convencionalidad, con detalles interesantes como la similitud entre las características agregadas en el caso Cabrera y el modelo establecido en el expediente Varios 912/2010. También identifican su impacto en una determinación del Poder Judicial de la Federación respecto de las violaciones a derechos humanos que implica el arraigo. Por último, establecen la relación entre las reformas constitucionales en materia penal y de derechos humanos en favor del garantismo penal y el debido proceso. Sin embargo, se reitera la observación de que el Estado mexicano no asumió la figura del bloque de constitucionalidad de forma expresa y fue rechazada por vía hermenéutica.

MARÍA ELENA LUGO GARFIAS
Centro Nacional de Derechos
Humanos de la CNDH