

# TUTELA DE DERECHOS EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

## GUARDIANSHIP OF RIGHTS IN THE ACCUSATORY CRIMINAL PROCESS



**José Luis Eloy Morales Brand**

Doctor en Derecho

por el Instituto de Ciencias Jurídicas de Nayarit

[jlemb@hotmail.com](mailto:jlemb@hotmail.com)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5050-4907>

México

DOI: <https://doi.org/10.5377/umhs.v2i1.13001>

**Recibido:** 1 de enero de 2021

**Aceptado:** 30 de octubre de 2021

### RESUMEN

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

convertirse en la autoridad de más peso para obligar a que se satisfagan y se apliquen en la realidad.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos humanos, Acceso a la justicia, Debido proceso, Sistema Acusatorio.

### ABSTRACT

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

**KEYWORDS:** Human rights, Access to justice, Due process, Accusatory System.

### INTRODUCCIÓN

Este estudio presenta resultados parciales de la investigación PID19-1 el Juez de control y la tutela de derechos en el sistema penal acusatorio, que me encuentro desarrollando en la Universidad Autónoma de Aguascalientes, cuyos objetivos esenciales son conocer, explicar y precisar las



facultades que tienen un Juez de Control (Garantías) para proteger los derechos de los involucrados a través de las audiencias de tutela de garantías o control judicial, en las etapas de investigación y preparación de un procedimiento penal acusatorio, a partir del análisis de sus bases, estructura y principios, como la separación de funciones, la tutela judicial, la igualdad, y la contradicción; y al determinar el contenido de esas facultades, precisar los alcances o límites de la protección que puede otorgar un juez de control; y concluir si la jurisdicción realmente es una garantía de tutela de derechos de los involucrados en contra de conductas autoritarias del Estado o particulares, en el sistema penal acusatorio.

La implementación de los Sistemas de Justicia Penal Acusatorios en Latinoamérica, tienen la finalidad de lograr una disminución de las violaciones a derechos humanos en la aplicación de la reacción punitiva, las cuales se dan mayormente en las fases de investigación y ejecución, por parte de autoridades de investigación, acusadores y ejecutores.

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

lo que la audiencia de tutela de garantías resulta ser la herramienta mediante las cuales las partes solicitan la protección de sus derechos humanos y fundamentales.

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

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

## LA JURISDICCIÓN COMO GARANTÍA

Los modelos acusatorios responden a un sistema de justicia penal garantista, es decir, a un modelo criminológico basado en el respeto a los derechos humanos<sup>1</sup>, que se traduce en la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador de los mecanismos de control social formalizados, entre ellos el Sistema de Justicia Penal (Ferrajoli, 2011, p.336).

Ahora bien, en un Estado Constitucional de Derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la Jurisdicción, los tribunales judiciales, ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo

<sup>1</sup> Alesandro Baratta es uno de los principales precursores del Derecho Penal de Garantías, en un artículo publicado en los años ochenta, enumeraba una serie de principios que se refieren a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal actual. (Anitua, 2005, p. 452).



Estado, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos (Ferrajoli, 2011, p.584).

Siguiendo esta idea, y en virtud de que existen varios sistemas o mecanismos que pretenden reaccionar contra las desviaciones sociales, y algunos se insertan en la estructura del Estado, consecuentemente, será la forma o clase de Estado la que condicione las prácticas de la Política Criminal<sup>2</sup> (Bergalli, 1983, p. 73); y en un Estado Constitucional de Derecho, esos mecanismos se ven sustentados en la protección de los Derechos Fundamentales de las personas a las que va dirigido<sup>3</sup>, al someterse a normas de actuación diseñadas para asegurar la objetividad de la intervención y el respeto de los individuos involucrados en el conflicto (García-Pablos de Molina, 2014, pp. 197 y 198).

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

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

El subsector Jurisdiccional protege al imputado y la víctima de la actuación de las

autoridades; valora los hechos que son puestos a su conocimiento, y es el único subsector que puede declarar a una persona como culpable<sup>4</sup>. En un Sistema Penal Acusatorio Oral, el acusador y la defensa se encuentran controlados por la Jurisdicción, quien es el único que puede dar valor lo que se le presente, que puede autorizar afectación a derechos fundamentales, y por lo tanto, el único que puede declarar la existencia del delito y la culpabilidad de una persona.

La principal garantía procesal es la de jurisdiccionalidad, ya que el proceso se configura como una contienda entre hipótesis en competencia, que el Juez tiene la tarea de dirimir, pues la carga de la prueba, en apoyo de la acusación, resulta integrada por la carga de la contraprueba o refutación de las hipótesis en competencia (Ferrajoli, 2011, p.152).

Para que esta garantía sea realmente efectiva, debe de estar dotada de imparcialidad, independencia y naturalidad. La imparcialidad es la ajenidad del Juez a los intereses de los sujetos procesales, y exige su separación institucional respecto de la acusación pública; la independencia, es su exterioridad al sistema político, demanda su separación institucional de los otros poderes del Estado; y la naturalidad, implica que la designación y determinación de competencias del Juez, sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio, por lo que requiere de separación de autoridades delegantes de cualquier tipo, y la predeterminación, legal y exclusiva, de lo que puede conocer (Ferrajoli, 2011, p.580), para impedir intervenciones instrumentales de carácter individual o general sobre la formación del Juez,

2 En el mismo sentido Santiago Mir Puig, cuando afirma que “todo Derecho Penal responde a una determinada Política Criminal, y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde” (Mir, 2006, p. 116).

3 Por ejemplo, para el Estado absoluto, la política criminal buscaba proteger al sistema, reestableciendo el orden jurídico afectado, para el Estado intervencionista, la política criminal pretende la defensa del orden social, pues el infractor era una persona anormal y peligrosa —ejemplos de esta política criminal son los estados autoritarios y dictatoriales, donde el delito se identifica como una traición al jefe de Estado, por lo que hay que defenderlo de esos traidores—, para el Estado de bienestar, el objetivo es obtener el consenso a su sistema de valores, por lo que se trata de reincorporar al consenso al desviado.

4 “La criminalidad, como realidad social, es una cualidad atribuida por las y los jueces a ciertos individuos, los cuales resultan así seleccionados y luego incluidos en las formas de registro habitual de la criminalidad” (Bergalli, 1983, p. 79).



y la prohibición de las y los jueces especiales y extraordinarios, con la finalidad de garantizar la igualdad de que todos contamos con el derecho de tener los mismos procesos y juzgadores.

La imparcialidad es la falta de prevención a favor o en contra de alguien en el procedimiento. Es la justificación del derecho al Juez no prevenido o contaminado que se retoma del modelo español<sup>5</sup>, como derecho fundamental incluido al proceso garantista, pues a través de éste se pretende evitar, en aras de la imparcialidad del juzgador, la formación en el tribunal sentenciador de cualquier prejuicio a favor o en contra del imputado, que pudiera adquirir internamente de haber participado instrucción<sup>6</sup>. En consecuencia, el Juez que conocerá del caso en la audiencia de juicio oral, será distinto del que controle la investigación y decrete la vinculación, como igual serán distintos las y los jueces que preparen el juicio y ejecuten las sanciones. Lo que se busca es que el juzgador no esté contaminado previamente y no tenga prejuicios al momento de resolver.

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

Por lo anterior, el Juez no tendrá la facultad de reclasificar los hechos (Gómez Colomer, 2008, pp. 91 y 92) para girar una orden de aprehensión, dictar un auto de vinculación o emitir una sentencia; lo cual no significa que quedará atado de manos, sino que los sujetos procesales deberán capacitarse ampliamente para proponer adecuadamente sus peticiones.

5 Sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional Español.

6 En la actualidad, el juez que ha instruido una causa penal, en modo alguno puede juzgarla, no como juez único, ni formando parte de un tribunal. (López Barja de Quiroga, 2004, p. 691).

La imparcialidad es un hábito intelectual y moral, que no difiere del que debe presidir en cualquier forma de investigación; e implica, entonces, la búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales, sin ningún interés general o particular, en la solución de la controversia que debe resolver, ya que debe decidir cuál de las hipótesis es falsa o verdadera; no debe ser un personaje de representación, puesto que ningún interés o voluntad, que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados, debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, ya que juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, sino para la tutela de la libertad de las minorías (Ferrajoli, 2011, p.580).

En síntesis, el Poder Judicial se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contra poder, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad, o la validez de los actos legislativos y administrativos, y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, frente a las lesiones que pudieran provenir del Estado (Ferrajoli, 2011, p.580).

Se trata de una búsqueda de seguridad jurídica de la persona, al saber que en caso de que se le impute la comisión de un delito, el Estado observará todos y cada uno de los requisitos y elementos previos, tendientes a generarle una afectación válida en su esfera jurídica; es decir, tendrá la certeza de que será acusado por un órgano distinto aquel que deberá juzgarlo, una vez que haya sido oído en el proceso, y haya aportado los medios de prueba que permitan fortalecer su inocencia. Esto permite una garantía de igualdad de los ciudadanos ante la ley, el aseguramiento de la certeza del derecho penal y, sobre todo, la tutela de las partes ofendidas más débiles (Ferrajoli, 2011, p.569).



## ACCESO A LA JUSTICIA, CONTRADICCIÓN Y TUTELA DE DERECHOS

La garantía de Acceso al Justicia, implica la posibilidad de que los seres humanos acudan a la administración de justicia, o al conjunto de órganos que componen el poder judicial. En otras palabras, es la posibilidad de dirigirse a un órgano jurisdiccional solicitando su actuación y conlleva la correlativa obligación por parte del órgano jurisdiccional, de recibir cualquier tipo de petición y de responder a ella de acuerdo con el derecho, según los artículos 13, 14 y 17 de la Constitución Federal Mexicana, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>7</sup>.

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

Ahora bien, como regla de excepción, en determinadas decisiones que por su naturaleza no sea conveniente su comunicación, y que el orden Constitucional expresamente así lo disponga, podrá autorizarse afectación de derechos sin otorgar el derecho a contradicción previa, pero siempre deberá garantizarse su debate posterior.

Las disposiciones séptima y décima octava del Conjunto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia penal (Reglas de Mallorca), establecen que las decisiones que afecten derechos no podrán ser adoptadas sin audiencia previa (regla general). Si ya se tomó la decisión (urgencia y cautela), el juez deberá oírle para modificarla, si procediere (igualdad-contradicción).

En este orden de ideas, para garantizar la contradicción en el acceso a la justicia, en el proceso penal acusatorio aparece la tutela o cautela de garantías (Morales, 2018, p.222), que se trata de una petición concreta de protección de derechos que han sido vulnerados por una autoridad o un particular en el procedimiento penal. La puede realizar cualquier persona afectada por actividades del proceso, no sólo las partes o sujetos procesales (por ejemplo, un tercero ajeno al hecho, propietario de un objeto que es asegurado en la investigación).

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

Se puede hacer la moción (incidencia-petición) en cualquier momento, mediante audiencia especial o dentro de otra audiencia, mientras subsista

<sup>7</sup> Las iniciales DU se refieren a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948, DA a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año, PIDCP al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de diciembre de 1966, y CADH a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre de 1969.



la afectación, y en aquellos casos donde no se encuentre previsto un mecanismo de impugnación expreso o directo contra alguna actuación o resolución. Por ejemplo, si un Fiscal no quiere permitir que la defensa tenga acceso a la investigación; si un testigo de la defensa no quiere ser entrevistado por el investigador del Fiscal; si se asegura un objeto sin seguir los requisitos de ley; si se incomunica a un imputado; si se niega la devolución o entrega de alguna evidencia; se impide la realización de alguna actividad de investigación sin justificación; podrá solicitarse una audiencia de tutela de garantías.

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

Además, la garantía de acceso a la justicia, contiene algunos principios (García Manrique y Escobar Roca, 2007, p. 7; y Morales, 2018, p.223) como:

a. Pro actione: para interpretar las normas dando el mayor beneficio posible para admitir la solicitud, con el fin de que el derecho sea vea satisfecho en la mayor medida. Con base a este principio, cuando alguna persona solicite la tutela o protección de sus garantías, el trámite y audiencia debe llevarse a cabo en cualquier momento, estando presentes los interesados, por lo que no se requiere una audiencia

especial, sino que en cualquier diligencia puede solicitarse, y el juzgador deberá atender y resolver la petición. Si se diera el supuesto de que el proceso estuviera suspendido, la tutela de garantías es un acto cautelar (pretende disminuir daños o evitar daños futuros), por lo que la atención a la petición nunca se suspende, al ser una circunstancia de tramitación urgente.

b. Proceso legal: las solicitudes dirigidas a órganos jurisdiccionales, se tramiten y resuelvan eficazmente con normas previamente establecidas (prohibición de leyes privativas).

c. Prohibición de trato desigual: Por un lado, el tribunal será imparcial o ajeno a los intereses del acusador, la víctima, el imputado y el defensor; será independiente o ajeno a los intereses del sistema político; en consecuencia no suplirá la deficiencia de los argumentos ni intervendrá en su producción; y será “natural”, por lo que la creación, designación y determinación de sus competencias es previa a ocurrir los hechos, para evitar tener un Juez artificial, creado específicamente para resolver un caso, y en consecuencia, predispuerto a resolverlo (prohibición de tribunales especiales y derecho al Juez no prevenido); y,

d. Defensa Cultural y Discriminación Positiva: las personas deben ser tratadas en un plano de igualdad real, concretamente que los criterios utilizados para resolver el caso tomen en cuenta sus desigualdades, su cultura, sus creencias, su forma de pensar y cómo eso influyó en el hecho.

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

Por lo anterior, el rol del juez en el nuevo



Sistema de Justicia Penal Acusatorio Adversarial, es evitar el desbordamiento del poder controlado y garantizar los principios básicos que en una democracia se suponen implícitos o se hallan expresos en su Constitución (Mejía, 2005, p. 10).

## TUTELA DE DERECHOS EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Las y los jueces que intervienen en procedimiento penal acusatorio son Tribunales de Control. Esto se debe a que el “control” no es de las partes o de actos de investigación, sino de todos aquellos eventos o determinaciones que puedan afectar ilegítimamente derechos humanos, fundamentales o garantías.

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

Los Derechos Humanos son un concepto político, pues se tratan de criterios de legitimidad política, en la medida que se protejan, y representan una visión moral particular de una sociedad y su realidad (Donnelly, 1998, p.31); son demandas de abstención o actuación derivadas de la dignidad de la persona, reconocidas como legítimas por la comunidad internacional, siendo por ello merecedoras de protección jurídica por el Estado (García Manrique y Escobar Roca, 2007, p.7). En síntesis, son demandas de satisfacción de necesidades humanas legitimadas por la comunidad internacional.

Y ¿qué son los Derechos Fundamentales?, son los componentes estructurales básicos del orden jurídico, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la

organización jurídica y política. En consecuencia, de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los Derechos Fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a su efectividad y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano<sup>8</sup>.

Los Derechos Fundamentales son importantes en un Estado Constitucional de Derecho, y en consecuencia son los pilares básicos del ejercicio adecuado de la Política Criminal, en virtud de que su mera incorporación a una Constitución implica que gozan del mayor nivel de garantía o protección (García Manrique y Escobar Roca, 2007, p.8) pues vinculan directamente al legislador ordinario al momento de realizar las leyes, y al ejecutivo al aplicarlas o tomar decisiones (control de constitucionalidad y no de simple legalidad); su limitación sólo puede darse por motivos realmente serios y racionales expresamente establecidos en la Constitución; y son aplicables por cualquier tribunal, por lo que cuentan con una genérica garantía judicial directa, que no requiere la intermediación del legislador ordinario (control de constitucionalidad y convencionalidad).

Los Derechos Humanos influyen dentro de la Constitución y los Derechos Fundamentales (García Manrique y Escobar Roca, 2007, p.8) al determinar su catálogo y abrirlo a través del principio de dignidad de la persona y el Derecho internacional, por lo que derechos humanos no reconocidos en la Constitución se convierten en fundamentales<sup>9</sup>; así como en su interpretación para determinar su contenido y lograr su efectividad.

<sup>8</sup> Tribunal Constitucional Español, sentencia 53/1985, del 11 de abril de 1985.

<sup>9</sup> Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver los casos *Costa-Enel* y *Simmmenthal*, determinó que las disposiciones comunitarias prevalecen sobre las nacionales, incluso las constitucionales, si contradice derechos de una norma comunitaria, ya que son de aplicación inmediata a favor de las personas. (Reyna, 2004, p. 100).



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

1. Bloque de Constitucionalidad: reconoce jerarquía Constitucional a normas que no están en la Constitución; el actuar de la autoridad y particulares de un Estado, deben encontrarse dentro de los parámetros de constitucionalidad de los derechos humanos; así, ya no se cuenta con una sola Constitución, sino que todas las normas internacionales e internas que garanticen derechos humanos, se vuelven normas fundamentales de un Estado (Constitución no codificada o no escrita). Así, los derechos humanos se encontrarán protegidos por acciones de derecho interno.

2. Interpretación Conforme: las autoridades deben preferir y aplicar la norma que se encuentre conforme a los derechos humanos reconocidos en Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos; por lo que en caso de que alguna ley vaya en contra de tales derechos, no deberá tomarse en cuenta, y aplicarse directamente la Constitución, el Tratado o la norma que realmente proteja y haga efectivo el derecho (Control de Constitucionalidad y Convencionalidad).

3. Principio pro homine: en caso de que las normas constitucionales sean contradictorias (concurso aparente de normas), o que de su interpretación o de una norma deriven diversos significados, debe escogerse la interpretación más benéfica para los derechos fundamentales y humanos (también llamado pro persona, a favor libertatis, o de benignidad).

4. Criterios de normas duras y normas blandas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH): las normas duras (hardlaw), se refiere al

derecho duro o positivo de los tratados y convenciones internacionales, que es obligatorio en aplicación. En cambio, las normas blandas (softlaw), son los principios y prácticas, aparentemente no vinculantes al mismo grado del derecho duro, que se encuentran en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones de derecho internacional relacionado con los derechos humanos. En estos supuestos, con base al principio pro homine, las normas blandas se vuelven orientadoras y vinculantes de la interpretación a favor de la protección y efectividad de los derechos (ante un conflicto entre principios o reglas, prevalecen los principios que hagan efectivos los derechos).

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

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



Ahora bien, los derechos no son absolutos, sino que pueden ser restringidos o afectados cuando el propio sistema lo permita. Al hablar de intervenciones a los derechos (afectaciones o restricciones) nos referimos a aquellas conductas, activas u omisivas, realizada por un obligado (particular o público) y que afecta negativa y significativamente a una o más de las inmunidades o facultades que integran su contenido (García Manrique y Escobar Roca, 2007).

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

Si los derechos fundamentales están en la Constitución, sólo en normas del mismo rango podrá encontrarse la justificación de sus límites (García Manrique y Escobar Roca, 2007, p.9), y su intervención debe seguir las siguientes reglas (Test o filtro de proporcionalidad; Dworkin, 2009, p.75):

a) *Adecuación o idoneidad*: El sacrificio del derecho es adecuado para proteger otro derecho. La intervención debe estar establecida en la norma constitucional, por ser adecuada para resolver un conflicto en la sociedad. De ahí que los derechos no sean absolutos, pero su intervención sólo puede ser permitida por la Constitución, y no por otro tipo de normatividades;

b) *Necesidad o indispensabilidad*: La afectación es necesaria por ser el mecanismo menos dañoso para el derecho intervenido. Cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el menos dañoso para el derecho intervenido; y

c) *Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto*: Cuando entran en conflicto los derechos de las personas, debe intentarse, en la medida de lo posible, equilibrio entre ambas (afectar lo menos posible), o en su caso ponderar (dar mayor peso a uno de los derechos y afectar el otro), procurándose el respeto esencial de los intereses enfrentados (lo cual puede llegar a ser un ejercicio subjetivo atribuir mayor o menor peso a cada uno de los intereses en conflicto)<sup>10</sup>.

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

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

<sup>10</sup> restricciones a los derechos fundamentales, elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas. Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.). Primera Sala Suprema Corte de Justicia de la Nación.



Así, el procedimiento penal es una garantía jurídica que se refleja en los requisitos que deben seguirse en la investigación, imputación, acusación, preparación, juzgamiento, imposición y ejecución de sanciones por la comisión de un hecho punible. Para ello, si la autoridad quiere afectar un derecho, debe pasar por los filtros de adecuación o permisión constitucional de la restricción; la necesidad, o menor afectación de la medida, y la proporcionalidad, tratando de equilibrar los derechos que pudieran verse enfrentados con la restricción del derecho, o en su caso ponderar y darle mayor valor a un derecho sobre otro. En estricto sentido el principio “la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le faculte”, se refiere a que el funcionario sólo puede afectar un derecho si la ley se lo faculta. Por el contrario, si existe el deber de hacer efectivo un derecho constitucional o internacional, y la norma es omisa, incompleta o poco clara, debe de crear el mecanismo necesario para lograr la efectividad y protección desde la primera instancia, sin pretexto de que el legislador no hubiere cumplido con su función o que deba esperarse una declaración de Tribunal Constitucional, pues los derechos humanos y fundamentales gozan de una garantía de aplicación directa desde la constitución y el derecho internacional, que debe cumplir toda autoridad.

No se puede pasar por alto que la mayoría de los países latinoamericanos están sometidos a un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entendido como toda jurisdicción internacional en que se establece el comportamiento y beneficios que el ser humano puede esperar y exigir de los Estados. Los Tratados Internacionales son una parte de esa jurisdicción internacional, por lo que el sector operativo del sistema de justicia penal acusatorio, no sólo debe basarse en disposiciones constitucionales o de tratados internacionales, sino en todas las reglas

internacionales (tratados, convenciones, acuerdos, costumbre, resoluciones generales, opiniones consultivas, jurisprudencia) que prescriben deberes respecto del comportamiento de los Estados, y de las cuales sean parte. Lo anterior en virtud de que el Derecho Internacional de los Derechos humanos influyen dentro del ámbito doméstico al establecer el catálogo de Derechos Fundamentales (Constitucionales), ampliarlos con los establecidos en jurisdicción internacional, e imponer una interpretación pro homine para la satisfacción real de los derechos. La interpretación pro homine implica que en caso de que varias normas sean aplicables a un mismo supuesto, siempre deberá optarse por aquella que beneficie en mayor medida el derecho; y en caso de que sólo una norma sea aplicable, siempre se interpretará para la aplicación y protección más amplia del derecho humano y fundamental.

Las restricciones constitucionales no son aplicables a los derechos garantizados por el DIDH y otras normas que los amplíen, pues en los casos Castillo Petruzzi y otros contra Perú (4 de septiembre de 1998), y Bulacio contra Argentina (18 de septiembre de 2003), la Corte Interamericana determinó que el deber general del artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías, por lo que esta norma impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos que ella consagra.

En síntesis, este esquema acusatorio



se caracteriza por el control judicial de todo el procedimiento; el Poder Judicial se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contra poder, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad, o la validez de los actos legislativos y administrativos, y la tutela de los derechos humanos y fundamentales de las personas, frente a las afectaciones ilegítimas que provengan de los particulares o el Estado (Ferrajoli, 2011, p.580).

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

## CONCLUSIONES

Un modelo adversarial es aquel donde el acusador y el acusado se consideran adversarios o partes en conflicto, el cual deberá ser resuelto en el procedimiento penal en función al dinamismo que impregnen a sus actividades: producir la prueba, fortalecer su teoría del caso y debilitar la de su contraparte, y negociar la solución del conflicto (Pastrana, 2009, p. 18).

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

Esa reasignación se obtiene a partir de la

definición implícita del Juez como tercero ajeno al conflicto que sólo acude a su solución en cuanto sea convocado por las partes involucradas en el mismo. Si juezas y jueces asumen como opción una hipótesis propia y encauza el juzgamiento hacia allá, subjetiviza la verdad y la justicia hacia sus propias orientaciones y desvirtúa aquello que le plantean las partes. Además, termina interfiriendo en las investigaciones hechas por esas partes o desplazando el eje del juicio hacia sus propias conjeturas (Mejía, 2005, p.11). De esa manera se le impide cualquier iniciativa en el conocimiento del asunto y se le otorgan mayormente poderes negativos, esto es de control, no de acción, pues excluye, rechaza o invalida (Mejía, 2005, p.11).

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

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



alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto una opción política, que en forma específica tomará el nombre de política criminal en tanto que está referida a la criminalización del conflicto (Ferrajoli, 2011, p.580).

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

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

## BIBLIOGRAFÍA

- Anitua, Gabriel Ignacio. (2005) *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Bergalli, Roberto. (1983) “La instancia judicial”, en *El pensamiento criminológico*. Bogotá: Temis.
- Donelly, Jack (1998). *Derechos humanos universales*. México: Gernika.
- Dworkin, Ronald (2009). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Escobar Roca, Guillermo. (2007) *Estado de derecho y derechos humanos*. Madrid: cátedra dentro del curso Democracia y Derechos Humanos, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid.
- Ferrajoli, Luigi. (2011) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- García-Pablos de Molina, Antonio. (2014) *Tratado de criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Colomer, Juan Luis. (2008) *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*. México: INACIPE.
- Horvitz Lennon, María Inés. (2003) *Derecho procesal penal chileno*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- López Barja de Quiroga, Jacobo. (2004) *Tratado de derecho procesal penal*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- Mejía Escobar, Carlos Eduardo. (2005) *El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*. Colombia: USAID y Consejo Superior de la Judicatura.
- Mir Puig, Santiago. (2006) “Constitución, Derecho penal y Globalización”, en *Nuevas tendencias en política criminal –Una auditoría al Código Penal español de 1995-*, Argentina: B de F.
- Morales Brand, José Luis Eloy. (2018) *Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación*. México: Troispublient.
- Pastrana Berdejo, Juan David y Benavente Chorres, Hesbert. (2009) *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*. México: Flores Editor y Distribuidor.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel (2004). *Fundamentos del derecho penal económico*. México: Ángel Editor.
- Sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional Español.

