



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 33, julio-diciembre 2015

## LEGALIDAD Y CONVENCIONALIDAD COMO BASE DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO

### *LEGALITY AND CONVENTIONALITY BASIS OF ACCUSATORY CRIMINAL SYSTEM IN MEXICO*

Rebeca Elizabeth CONTRERAS LÓPEZ\*

**RESUMEN:** En este texto se pretende analizar el principio de legalidad en materia penal y su relación con la convencionalidad introducida al texto constitucional mexicano en junio de 2011. Todo ello, dentro del sistema penal acusatorio delineado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir de la reforma de 2008 y en el Código Nacional de Procedimientos Penales. La reflexión gira en torno al análisis sobre ¿cómo los jueces locales deben aplicar la convencionalidad en materia penal?

**Palabras clave:** legalidad penal, convencionalidad, debido proceso, derechos humanos, proceso penal.

**ABSTRACT:** This text tries to analyze the principle of legality in criminal matters and their relationship with the conventionality introduced the text Mexican Constitutional in June 2011. This is within the accusatory criminal system outlined in the Political Constitution of the Mexican United States from reform of 2008 and the National Code of Criminal Procedure. The reflection revolves around the analysis of how local judges should apply the conventionality of criminal matters?

**Descriptors:** legality, conventionality, due process, human rights, criminal prosecution.

\* Profesora de Derecho penal, Política criminal y Metodología de la investigación; investigadora de tiempo completo en el Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad; investigadora nacional, nivel 1; directora de la revista *Letras Jurídicas*.

## I. INTRODUCCIÓN

En este texto se pretende analizar la legalidad penal a la luz de la reforma constitucional de junio de 2011, en donde se introduce la convencionalidad, en el contexto del nuevo procedimiento penal acusatorio. El eje de la reflexión será: ¿cómo coexiste la legalidad estricta en materia penal con la convencionalidad? ¿De qué forma los jueces penales podrán adecuarse al principio de convencionalidad en el proceso penal? Es evidente que la llamada reforma de los derechos humanos abre en forma extraordinaria las posibilidades de interpretación y aplicación de las normas a los casos concretos. En otras materias, ello era factible a la luz del propio artículo 14 de la Constitución federal, sin embargo, en materia penal la legalidad estricta era un impedimento para no aplicar la norma o para extender sus límites. Hoy en día, ello está sufriendo modificaciones importantes que trataré de contextualizar en esta colaboración.

## II. LEGALIDAD EN MATERIA PENAL

La legalidad es un importante avance en la organización de los Estados nación. A fines del siglo XVIII fue plasmado en los artículos 7o. y 8o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), cuando se señala que: “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito”. Con ello se elimina la posibilidad de arbitrariedad y abuso de la autoridad, al menos en el plano formal. Además se indica que las penas sólo serán “las necesarias”, y siempre con base en “una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”. Con lo que se asume, no sólo la legalidad estricta, sino también la necesidad de un proceso legalmente desarrollado. Un principio que sigue imperando hasta la fecha, aunque desde luego con matices importantes.

Con la legalidad se limita el poder de punición y la prohibición de la retroactividad de la ley, pero, además, la necesidad de que las autoridades se sujetaran estrictamente a la misma. A partir del formalismo normativista, era impensable que los jueces rebasaren los límites establecidos por la ley. Así quedó establecido este principio en la fórmula: *Nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*.

En la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), la amplitud de la legalidad es mayor y se establece con fórmulas legales más actuales. En principio se salvaguarda la libertad personal y se establecen garantías penales que permitan la protección de los derechos fundamentales de las personas. Concretamente en el artículo 9o. de dicha Convención, se alude al Principio de Legalidad y de Retroactividad, señalando que: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”.

En estos documentos se refleja la postura clásica del principio de legalidad que implica que todo acto de autoridad estará sujeto a la ley, de ahí que la legalidad se constituye en un límite fundamental al *ius puniendi* en beneficio de los individuos; a través de este principio queda proscrita la arbitrariedad y discrecionalidad de la autoridad. Sin embargo, existen distintas formas de establecerlo, según se trate de la materia penal o de cualquiera otra. En el artículo 14 de la Constitución mexicana se prohíbe la retroactividad en perjuicio de cualquier persona, pero además se enfatiza la necesidad del debido proceso y que en el ámbito criminal “queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. En tanto que, en otros ámbitos legales, la autoridad puede acudir a fuentes supletorias para tomar la mejor decisión.

El principio de *legalidad estricta* se dirige al legislador, a través de la taxatividad y la precisión fáctica normativa respecto de las formulaciones legales, referidas al delito, la pena y su ejecución. Por tanto, sólo la ley puede señalar las conductas previstas como delito. La *legalidad en sentido lato* se dirige a los jueces para que “sólo consideren delito lo que la ley señala previamente como tal y nada más apliquen las penas que para ese delito prevea la ley”.<sup>1</sup>

El principio de legalidad, sustento del Estado de derecho, contiene diversos postulados que han de considerarse a la hora de su aplicación:

- Legalidad estricta en materia penal.
- Exigencia de certeza en las normas penales.
- Prohibición de la aplicación analógica de la ley penal.
- Irretroactividad de la ley.

<sup>1</sup> Berchelmann Arizpe, Antonio, *Derecho penal mexicano (parte general)*, México, Porrúa, 2004, p. 212.

- Garantía del debido proceso.
- Ejecución y cumplimiento de penas conforme a la ley.

Para efectos de este análisis, es indispensable ocuparnos de las condiciones del propio Estado que expide y aplica las normas, así como de la concepción misma del derecho que se encuentra inmerso en ello. Las transformaciones que he señalado llevan a considerar que actualmente la legalidad supera los límites del Estado liberal para constituirse como sustento del Estado constitucional, lo cual implica, a su vez, modificar las fuentes tradicionales del derecho. A partir de esta visión positivista se entendía que “todo lo que no está prohibido, está permitido”; hoy sabemos que ello no es así, dado que aunque la ley no lo señale expresamente, la obligación de toda autoridad es respetar los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.

Al referirse a las fuentes del derecho, Álvarez afirma que el esquema imperante es el de la visión positivista del derecho y que, en México, la fuente por excelencia ha sido la ley; asumiendo la característica del Estado liberal de derecho en donde todo lo que no está prohibido está permitido.<sup>2</sup>

Ahora bien, el paso del Estado liberal al Estado constitucional implica un avance en la protección de los derechos humanos, incluidos los intereses colectivos que reflejan la pluralidad y complejidad de la sociedad actual.

Para Häberle, los elementos básicos del Estado constitucional tienen que ver con la dignidad humana realizada a través de la cultura de un pueblo y los derechos fundamentales de la humanidad, la soberanía popular como unión “renovada constantemente” de la voluntad y responsabilidad públicas; la Constitución como contrato que, necesariamente, incluye fines educativos y valores. La división de poderes y los principios del Estado social de derecho y el Estado de cultura, además de las garantías de los derechos fundamentales, entre otros.<sup>3</sup>

En Häberle, la dignidad humana es una “premisa antropológico-cultural” del Estado constitucional, y la democracia una “consecuencia organizativa”.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Álvarez González, Rosa María, “Las fuentes de conocimiento de lo jurídico”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014, p. 40.

<sup>3</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional de derecho*, est. introd. de Diego Valadés, trad. e ind. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 1 y 2.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 169.

Lo interesante es que, en el contexto cultural de su análisis, se pregunta si “existe un *núcleo* de la dignidad humana que sea independiente del ámbito cultural”. Ello sólo puede responder en el ámbito de los derechos fundamentales, en la medida en que puede existir una identidad humana válida “entre culturas”, por tanto, universal. El sistema de protección de derechos humanos asume la universalidad de los mismos, y de ahí la necesidad de introducir su obligada protección en el texto constitucional mexicano.

En esta perspectiva encontramos que el enfoque positivista del derecho presenta dos vertientes encontradas: dogmática y crítica. En la primera, la vigencia de la norma es un esquema rígido que privilegia la forma sobre el contenido. El juez realiza una aplicación lógico-deductiva; en tanto que en la segunda, el juez decide no sólo sobre la validez de las normas, sino que está facultado para “dotar y ampliar el contenido sustancial de las mismas leyes ante la existencia de lagunas, dilemas y antinomias jurídicas, evitando la arbitrariedad y procurando la discrecionalidad en los juicios de validez que emita”.<sup>5</sup>

Hoy en día, el problema de fondo es que aún no hemos superado el positivismo dogmático, y lo más importante es que aún en las universidades que deberían ser el foro por excelencia de la discusión más actual de la ciencia jurídica, se conservan las viejas raíces del dogmatismo iuspositivista. Así, afirma Ortega:

la ciencia jurídica que se cultiva en la mayoría de las universidades mexicanas suele ser dogmática pura. La actitud predominante entre los juristas es la de sumisión al texto legal. La doctrina se construye alrededor de la ley positiva, que es aceptada sin cuestionamiento alguno, cual dogma. Desde el punto de vista de la jurisprudencia *dogmática*, el derecho es una realidad preexistente y consumada. El jurista no contribuye en absoluto a su formulación, simplemente la describe y la expone desapasionadamente, sin valorarla ni criticarla —pues de lo contrario podría comprometerse la objetividad y exactitud del conocimiento—. La ciencia jurídica en México, así, parece acoplarse plenamente a lo mejor de la tradición del positivismo jurídico metodológico.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Aguilera Portales, Rafael Enrique y López Sánchez, Rogelio, “Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli”, p. 53, *biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2977/4.pdf*.

<sup>6</sup> Ortega García, Ramón, “La constitucionalización del derecho en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVI, núm. 137, mayo-agosto de 2013, p. 646.

Por tanto, es indispensable que la universidad y sus actores asuman la responsabilidad de avanzar en el estudio de la ciencia jurídica, en paralelo a los grandes retos que hoy en día comprenden las reformas al sistema jurídico mexicano, adoptando una visión crítica e inclusiva de la protección más amplia para los derechos humanos de las personas.

### III. SISTEMA PENAL ACUSATORIO

El sistema penal acusatorio adversarial se introduce en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 2005, con la reforma al artículo 18 y la introducción de la responsabilidad juvenil. Sin embargo, en junio de 2008, este proceso se extiende a los procesos penales de adultos, al reformar los diversos artículos 16-22; 73, fracciones XXI y XXIII; 115, fracción VII; y 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El plazo para que este procedimiento se aplique en forma general, en todo el país, es de ocho años, es decir, 2016.

La implementación del sistema procesal penal acusatorio adversarial ha implicado un proceso de transformación importante en la operación, cultura y marco legal del sistema de justicia en México. Se trata de un proceso de gran calado que permitirá superar los vicios del procedimiento penal mixto (denominado, por algunos, inquisitorial) que ha imperado en México, el cual ha sido cerrado, secreto, con nula transparencia, con el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público.<sup>7</sup>

Además, es importante resaltar que en el procedimiento anterior la víctima era prácticamente invisible y ahora se le ha concedido, en el ámbito procesal, una relevancia indiscutible que, esperamos, redunde no sólo en su protección, sino también en su recuperación social, siendo además un paso decisivo hacia la democratización del proceso penal.<sup>8</sup> Asimismo, un elemento fundamental es la protección de los derechos fundamentales

<sup>7</sup> Contreras López, Rebeca E. y García Soberano, César Augusto, “La implementación del sistema procesal acusatorio en Veracruz”, en Armenta Ramírez, Petra *et al.* (coord.), *El constitucionalismo veracruzano del siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Veracruzana-LXIII Legislatura del H. Congreso del Estado de Veracruz-Instituto Universitario de Investigación “Ortega y Gasset”, 2014.

<sup>8</sup> Zamora Grant, José, *La víctima en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

de los involucrados, que permite garantizar en todo momento la protección más amplia para la persona.<sup>9</sup>

El procedimiento acusatorio se sustenta en la presunción de inocencia, pero también en la profesionalización de los operadores del derecho, ya que exige mayor conocimiento tanto de la ciencia jurídica como del sistema legal nacional e internacional; asimismo, concede mayor transparencia y publicidad a las decisiones judiciales, lo que implica la necesidad de argumentar fundadamente las decisiones de la autoridad.

Los principios del modelo procesal establecidos en la Constitución mexicana: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, permiten solucionar problemas de interpretación y aplicación práctica. Así, para Natarén y Caballero, los fines del proceso relativos a la existencia del delito y la plena responsabilidad, sólo pueden ser legítimos si se obtienen “de conformidad con el ordenamiento jurídico procesal, lo que incluye el pleno respeto a los derechos fundamentales”.<sup>10</sup>

En repetidas ocasiones he reiterado, además, la necesidad de fortalecer el conocimiento y análisis de la dogmática penal, que es indispensable para el desarrollo eficiente del sistema procesal penal, ya que ella es la que dota de contenido a las decisiones de los jueces, intérpretes por excelencia de la norma penal.<sup>11</sup> Es en este escenario donde cobra relevancia el tema que hoy nos ocupa ¿cómo aplicarán la convencionalidad los jueces penales?

La legislación penal necesariamente debe garantizar los derechos y libertades para todos los individuos, que establece la Constitución, y que constituyen un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado.<sup>12</sup> Así, en el marco constitucional que regula el sistema procesal penal encontramos:

- El sistema de protección constitucional de los derechos humanos.
- Los principios relativos al aspecto sustantivo del enjuiciamiento criminal.

<sup>9</sup> Natarén Nandayapa, Carlos F. y Caballero Juárez, José Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3227>.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>11</sup> Contreras López, Rebeca E., *Lecciones de derecho penal (parte general)*, 2a. ed., Veracruz, México, Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, 2014.

<sup>12</sup> Azzolini Bincaz, Alicia, *El sistema penal constitucional (El laberinto de la política criminal del Estado mexicano)*, México, Ubijus, 2012, p. 9.

- Los derechos y garantías procesales que permiten legitimar la intervención del Estado en la esfera personal de los involucrados en el proceso.

Actualmente, el artículo 20 de la propia Constitución contiene un apartado especial (apartado A) para regular los principios que rigen el sistema procesal acusatorio. Este artículo establece que este proceso será acusatorio y oral. Asimismo, los principios que lo rigen son: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

En las diez fracciones de dicho artículo se incluyen los principios generales del procedimiento penal, que tiene como ejes básicos la necesidad de culpabilidad plena, protección de la víctima, reparación del daño, imparcialidad e inmediatez del juzgador, formalidades del procedimiento que garanticen la transparencia y rigurosidad de la prueba, su valoración y la decisión judicial. Este sistema fortalece la presunción de inocencia e igualdad de las partes, además de la posibilidad de acuerdos previos al juicio y terminación anticipada con lo que se espera agilizar los procedimientos y reducir la carga de trabajo de los tribunales.

Queda entendido que en este procedimiento es elemento sustancial el respeto y defensa de los derechos humanos de los involucrados, basado todo ello en las garantías al debido proceso, la legalidad y la convencionalidad, en los términos señalados a lo largo de este artículo.

Actualmente, se ha promulgado el Código Nacional de Procedimientos Penales (*DOF*, 5 de marzo de 2014) que se aplicará tanto a nivel federal como en todos los estados de la república mexicana, en forma paulatina, para sustituir a los códigos procesales locales. El artículo 2o. de dicho Código plantea que el objeto de dicho ordenamiento se realizará “en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”.

El artículo 12 del Código nacional establece los límites del debido proceso sustentado en la ley previa en conexión con la convencionalidad. A partir de estos ordenamientos es evidente que la legalidad en materia penal debe preservar el respeto a los derechos humanos de los involucrados en el proceso penal, considerando todos los tratados y acuerdos internacionales de los que México sea parte, lo que no significa que se deje de lado la base de la legalidad, es decir, que el hecho imputado esté previamente definido como delito en la ley penal aplicable.

En este procedimiento se introducen diversas novedades que son relevantes para su operación, tales como los mecanismos alternativos de solución de controversias y las salidas anticipadas. Sin embargo, un elemento sustancial es la supervisión judicial de todas las etapas procesales; tal es el caso del juez de control que se constituye en garante de los derechos fundamentales de todos los involucrados.<sup>13</sup>

#### IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 Y EL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD

A partir de la reforma a la Constitución federal (2011) se introduce el principio de convencionalidad que exige la aplicación no sólo del derecho interno, sino también de los tratados internacionales, ello implica que los jueces revisen la convencionalidad de sus decisiones para no violentar los tratados y acuerdos internacionales de protección de los derechos humanos. El control de convencionalidad se convierte en una herramienta imprescindible para los jueces con el fin de constatar, en todo momento, que las normas internas no violentan la normativa internacional, lo que en última instancia, afirma Carbonell, puede llevar a inaplicar la norma interna cuando “esté en contradicción con una norma internacional”.<sup>14</sup>

Con estos elementos se extiende la convencionalidad como obligación de todos los jueces, no sólo los federales, y se instrumenta el control difuso del que deben encargarse las autoridades jurisdiccionales locales. Por tanto, se pasa de un control de constitucionalidad semiconcentrado, que corresponde a los jueces federales, a un control difuso.<sup>15</sup>

Por tanto, todas las autoridades podrían inaplicar la norma en el caso concreto, pero no declarar la inconstitucionalidad general, ya que a partir del artículo 1o. constitucional, interpretado junto al 133 de la propia Constitución: la obligación de las autoridades es velar por el cumplimiento de los derechos humanos “bien sea de fuente nacional (constitucional) o interna-

<sup>13</sup> Castillo Garrido, Salvador, “Los jueces de control en el sistema acusatorio. ¿Un nuevo órgano de control constitucional en México?”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 25, julio-diciembre de 2011, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/25/ard/ard2.pdf>.

<sup>14</sup> Carbonell, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>, p. 71.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 84.

cional (convencional)”<sup>16</sup>. Además, el principio pro persona se utiliza como un criterio de interpretación que considera: la interpretación conforme en sentido amplio, la interpretación conforme en sentido estricto y, en última instancia, la inaplicación cuando las dos anteriores no son suficientes.<sup>17</sup>

Todo ello derivado del texto actual del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado (*DOF*, 10 de junio de 2011), que establece el principio de convencionalidad, la obligación de todas las autoridades de respetar, promover, proteger y garantizar los derechos humanos. Y, sobre todo, favorecer siempre la protección más amplia a las personas. En la misma reforma se cambia la denominación del título primero de la Constitución federal a “De los derechos humanos y sus garantías”.

En el orden jurídico mexicano existen dos vertientes en el modelo de control constitucional:

- a) El control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación, con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto;
- b) El control difuso, por parte del resto de los jueces del país, durante los procesos ordinarios en los que son competentes.

El sistema actual es concentrado, y a la vez difuso, lo que permite que sea en los criterios e interpretaciones constitucionales (por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación) de los que conozca la Suprema Corte, los que determinen cuál es la interpretación constitucional que debe prevalecer en el orden jurídico nacional. A la vez, todas las demás autoridades del país tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes, haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad general.<sup>18</sup>

A pesar de ello, esta situación aún es incipiente, ya que la cultura y formación jurídica sigue anquilosada en la visión formalista del derecho. Lo que

<sup>16</sup> Cossío D., José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 26, junio-diciembre de 2012, p. 12.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 20 y 28.

<sup>18</sup> Tesis P. LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. 1, libro III, diciembre de 2011, p. 557.

implica que, en la práctica, aún no existe una abierta aplicación del Estado constitucional, con la consiguiente protección plena de los derechos humanos y las libertades que la propia Constitución y la normativa internacional establecen, ya que es menester empezar con la formación universitaria de los futuros profesionales para que, en el futuro inmediato, se actualice el currículo de las escuelas de derecho, y se transite a una cultura de protección de los derechos humanos, sin excepción.

Como las normas han de ser interpretadas, es necesario considerar que a pesar de la normativa vigente, tanto nacional como internacional, es función del intérprete y aplicador de la ley la protección última de los derechos humanos, lo que en última instancia pone de manifiesto que no hay posiciones finales o “verdaderas”, ya que las condiciones fácticas y alcances normativos son cambiantes, como bien se observa de las distintas soluciones que los criterios jurisprudenciales establecen: lo importante es que el sentido contemporáneo es lograr la protección más amplia para las personas.

En el tema que nos ocupa, relativo a la legalidad y la convencionalidad como expresiones de la protección de los derechos humanos, es importante precisar que la Convención Americana de Derechos Humanos es el instrumento por excelencia para indicar los alcances de tales elementos. Al referirse a la posición de la Corte Interamericana, Londoño arriba a las siguientes conclusiones:<sup>19</sup>

- a) El control de legalidad de las restricciones a derechos fundamentales que surge del principio general de legalidad, exige en la tarea judicial una valoración sobre el grado de adecuación de la conducta de las autoridades públicas con el ‘derecho’.
- b) Se entiende que ‘derecho’ no es sólo el orden jurídico nacional, sino también el internacional en cuanto complementa la garantía y protección a los derechos fundamentales de los individuos, independientemente del modelo particular de recepción del derecho internacional en el ámbito interno.
- c) El control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales, es una fórmula que se deriva del principio de legalidad, por cuanto apunta a

<sup>19</sup> Londoño Lázaro, María Carmelina, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIII, núm. 128, mayo-agosto de 2010, p. 764.

determinar la ‘legalidad’ o ‘adecuación a derecho’ de una actuación del Estado en el marco jurídico de la Convención Americana, cuyo ejercicio corresponde primeramente a los jueces internos, dado un conjunto de condiciones esenciales para su operatividad.

- d) Observando legalidad y convencionalidad en la jurisprudencia interamericana, se puede deducir que el tribunal regional supera el modelo de validez formal de los actos jurídicos, y se les valora como “jurídicos” porque son justos, ajustados a derecho o legítimos.

A partir de los criterios de la Corte se observa que el criterio último de aplicación e interpretación es precisamente la dignidad intrínseca de los seres humanos. Lo que significa que, en los estados modernos, el principio de legalidad ya no tiene sólo una función negativa (contención del poder punitivo), sino también positivo de garantía para el respeto de los derechos humanos, más allá de la visión formalista del derecho, es decir, la autoridad se convierte en promotora y garante de dichos derechos.

Por tanto, para Londoño,

el análisis que se propone del principio de legalidad como garantía individual, desborda el ámbito de lo penal e invita a entenderlo como principio transversal de la Convención, plausible tanto en el ámbito sancionatorio como en los demás órdenes jurídicos en los que se erige la primacía de los derechos humanos. Desde esta óptica, el principio de legalidad se sitúa como verdadero estandarte a partir del cual se funda toda actividad legítima del Estado, encuadrada en el marco de un sistema democrático de derecho.<sup>20</sup>

Con esta visión se supera el positivismo de la primera mitad del siglo XX y se apela al derecho internacional de los derechos humanos considerando que en la legalidad se expresa la justicia, como supuesto básico del Estado contemporáneo de derecho; su fundamento es el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia que ella emite. En la consideración transversal de la legalidad en el sistema interamericano es indispensable establecer que “el imperio de la ley” denominado reserva de ley es una manifestación concreta de la legalidad que debe contextualizarse, a su vez, en la función de respeto y salvaguarda de los derechos humanos.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 767.

En el ámbito penal, la Corte Interamericana ha sido especialmente cuidadosa de reiterar la aplicación de los elementos fundamentales de la legalidad como limitación del *ius puniendi* estatal, pero además como garantía del respeto a los derechos humanos.<sup>21</sup> Por tanto, a partir del principio de legalidad se establece la obligación del Estado de “vigilar cuidadosamente que el contenido de las normas que establecen conductas punibles sea expreso, preciso y taxativo, y la emisión de la ley sea previa al hecho enjuiciado”.<sup>22</sup> Los jueces locales deben aplicar el control de convencionalidad tomando en cuenta las garantías penales.

El ejercicio del control de convencionalidad debe sujetarse, por lo menos, a las siguientes condiciones:<sup>23</sup>

- a) Corresponde ejercerlo a los jueces nacionales con el fin de inaplicar una norma del orden interno manifiestamente contraria a la Convención. Esta calificación de la norma es de suma relevancia, pues condiciona el ejercicio legítimo de esta facultad;
- b) La Corte Interamericana previamente debe establecer un estándar internacional obligatorio, con efectos generales, expresado en su jurisprudencia, el cual debe ser razonable, es decir, legítimamente inferido del texto convencional, y
- c) La función judicial en sí misma debe observar las formas y competencias prescritas en el orden nacional, siempre y cuando este mismo estatuto normativo respete las garantías del debido proceso legal y recurso judicial efectivo, esto es, que no las contradiga manifiestamente.

El orden normativo interno debe garantizar la protección y respeto de los derechos humanos, con base en los estándares internacionales, por lo que corresponde a los jueces nacionales valorar esta situación, y sólo en casos específicos podrá abstenerse de aplicar una norma interna cuando abiertamente vulnera esos estándares de protección, considerando siempre la protección más amplia de las personas.

Por otra parte, este control debe ser oficioso, sin importar si se trata de un asunto de derecho público o privado, ya que “la eficacia de los tratados internacionales y el pleno cumplimiento de las obligaciones que en ellos

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 777.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 811.

se consignan, justifican que los jueces tengan siempre presentes las disposiciones convencionales al resolver los litigios”.<sup>24</sup>

Carbonell señala que de acuerdo a los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pueden sostener los siguientes planteamientos:<sup>25</sup>

- a) Obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), derivadas de casos en los que México haya sido parte.
- b) Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hayan derivado de asuntos en los que México no sea parte, tienen un carácter “orientador”.
- c) La SCJN sostiene que el control de convencionalidad corresponde a todos los jueces.<sup>26</sup>
- d) La formación del nuevo modelo de control de regularidad, y en particular de la obligación difusa de ejercer control de convencionalidad, genera una cierta complejidad que ha precisado el Tribunal Pleno de la SCJN.<sup>27</sup>
- e) La tesis LXIX/2011, derivada del expediente varios 912/2010, establece los pasos que deben seguirse, por parte de los jueces, a fin de llevar a cabo el control de constitucionalidad y de legalidad, que ya fueron enunciados.<sup>28</sup>

Posteriormente, la jurisprudencia nacional derivada de la contradicción de tesis 293/2011 emitida por la SCJN, sostiene que:

Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional,

<sup>24</sup> Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 73.

<sup>25</sup> *Cfr. Ibidem*, pp. 73 y ss.

<sup>26</sup> Tesis LXIX/2011, derivada del expediente Varios 912/2010, relativo a la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de fecha siete de septiembre de dos mil diez, dictada dentro del expediente Varios 489/2010, *DOF*, 4 de octubre de 2011.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> Interpretación conforme en sentido amplio, conforme en sentido estricto e inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.

pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.<sup>29</sup>

Por tanto, la convencionalidad estará sometida, en última instancia, a la normatividad constitucional interna, lo cual resulta cuestionable, después la introducción de este principio en el 2011, en México. Además, señala la tesis 293/2011, “los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano”. Asimismo, “la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es *vinculante* para todos los órganos jurisdiccionales, siempre que dicho precedente favorezca en mayor medida a las personas”.

## V. CONCLUSIONES

- La legalidad es un límite al poder punitivo del Estado que impide la arbitrariedad de la autoridad. La convencionalidad forma parte de la legalidad.
- La *legalidad estricta* se dirige al legislador, para lograr la precisión fáctica normativa respecto de las formulaciones legales, referidas al delito, la pena y su ejecución. La *legalidad en sentido amplio* se dirige a los jueces para que sólo consideren delito lo que la ley señala previamente como tal, aplicando las penas que dicha ley establezca.
- En la visión positivista “todo lo que no está prohibido, está permitido”; es decir, se trataba de un límite negativo, hoy en día es necesario, en ocasiones, rebasar lo que la ley expresamente señala, ya que, la obligación de toda autoridad es respetar los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.
- La universidad y sus actores deben avanzar en el estudio de la ciencia jurídica en paralelo a los grandes retos que enfrentamos, a partir de las reformas de 2011 al sistema jurídico mexicano, con una vi-

<sup>29</sup> Contradicción de tesis 293/2011, SCJN, 3 de septiembre de 2013, <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf>.

sión crítica que contemple la protección más amplia para los derechos humanos de las personas.

- Es indispensable fortalecer el conocimiento y análisis de la dogmática penal, que dota de contenido las decisiones jurisdiccionales, pues a partir de ello se logrará la consolidación eficiente del sistema procesal penal mexicano.
- La reforma a la Constitución federal de 2011 introduce el principio de convencionalidad que exige la aplicación no sólo del derecho interno, sino también de los tratados internacionales, lo que significa que los jueces revisen la convencionalidad de sus decisiones para no violentar los tratados y acuerdos internacionales de protección de los derechos humanos.
- La convencionalidad es obligación de todos los jueces, no sólo los federales, y al incluir el control difuso que corresponde a las jurisdiccionales locales, se pasa de un control de constitucionalidad semiconcentrado que corresponde a los jueces federales a un control difuso.
- La convencionalidad, hoy regulada por la Constitución mexicana, permite que la Suprema Corte declare la inconstitucionalidad o inaplicación de la norma, además señale cuál es la interpretación constitucional que debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Y, además, las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes, haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia.
- El derecho no se agota en el orden jurídico nacional, sino que incluye el internacional en cuanto complementa la garantía y protección a los derechos fundamentales de los individuos.
- Por tanto, el principio de legalidad ya no tiene sólo una función negativa (contención del poder punitivo), sino también positiva de garantía para el respeto de los derechos humanos, más allá de la visión formalista del derecho, es decir, la autoridad se convierte en promotora y garante de dichos derechos.
- El orden normativo interno debe garantizar la protección y respeto de los derechos humanos con base en los estándares internacionales, corresponde a los jueces nacionales valorar esta situación, y sólo en casos específicos podrán abstenerse de aplicar una norma interna,

cuando abiertamente vulnera esos estándares de protección, considerando, siempre la protección más amplia de las personas.

## VI. FUENTES DE CONSULTA

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio, “Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli”, *biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2977/4.pdf*.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Rosa María, “Las fuentes de conocimiento de lo jurídico”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014.
- AZZOLINI BINCAZ, Alicia, *El sistema penal constitucional (el laberinto de la política criminal del Estado mexicano)*, México, Ubijus, 2012.
- BERCHELMANN ARIZPE, Antonio, *Derecho penal mexicano (parte general)*, México, Porrúa, 2004.
- CARBONELL, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>.
- CASTILLO GARRIDO, Salvador, “Los jueces de control en el sistema acusatorio. ¿Un nuevo órgano de control constitucional en México?”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 25, julio-diciembre de 2011, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/25/ard/ard2.pdf>.
- Código 574 de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz.
- Código Nacional de Procedimientos Penales, 2014.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Contradicción de tesis 293/2011, <http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimiento=556>.
- , SCJN, 3 de septiembre de 2013, <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011-PL%20CT%20Ejecutoria.pdf>.

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E., *Lecciones de derecho penal (parte general)*, 2a. ed., Veracruz, México, Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, 2014.

——— y CONTRERAS LÓPEZ, Miriam E., “Seguridad y justicia: la reforma penal en México”, *Letras Jurídicas*, Veracruz, México, núm. 26, julio-diciembre de 2012.

——— y GARCÍA SOBERANO, César Augusto, “La implementación del sistema procesal acusatorio en Veracruz”, en ARMENTA RAMÍREZ, Petra *et al.* (coords.), *El constitucionalismo veracruzano del siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Veracruzana-LXIII Legislatura del H. Congreso del Estado de Veracruz-Instituto Universitario de Investigación “Ortega y Gasset”, 2014.

Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José, 1969.

COSSÍO D., José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 26, junio-diciembre de 2012.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

*Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

Expediente Varios 912/2010, relativo a la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de fecha siete de septiembre de dos mil diez, dictada dentro del expediente Varios 489/2010, *DOF*, 4 de octubre de 2011, [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle\\_popup.php?codigo=5212527](http://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5212527).

HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional de derecho*, est. introd. de Diego Valadés, trad. e índices de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

Ley número 573 de Ejecución de Sanciones y Reinserción para el Estado de Veracruz.

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIII, núm. 128, mayo-agosto de 2010.

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y*

*oral mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3227>.

ORTEGA GARCÍA, Ramón, “La constitucionalización del derecho en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVI, núm. 137, mayo-agosto de 2013.

Tesis P. LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. 1, libro III, diciembre de 2011.

ZAMORA GRANT, José, *La víctima en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.