

Universidad para la Cooperación Internacional-UCI
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Maestría en Criminología con Énfasis en Seguridad
Humana

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

***“CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
Y LA LIMITACIÓN DEL JUEZ EN SU APLICACIÓN”***

JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ GUTIÉRREZ.

Mayo 2018

INTRODUCCIÓN _____	5
Capítulo I. Generalidades de los Derechos Humanos. ____	8
1.- Aspectos Conceptuales: _____	8
• Concepto de Derechos Humanos. _____	8
• Principios Protectores de los derechos Humanos. ____	15
2.- Fundamento de los Derechos Humanos: _____	22
- Fundamentación lunaturista. _____	23
- Fundamentación Histórica. _____	24
- Fundamentación ética. _____	25
• Sistema de Protección de los Derechos Humanos en el Derecho Interno. _____	26
• Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. _____	33
• Sistema Internacional de Protección de Derechas Humanos en las Naciones Unidas. _____	36
• Tutela de Derechos Fundamentales y Diálogo Judicial en Europa. _____	39
Capítulo II. Definición y Tipos de Control de Constitucionalidad.	
43	
1.- Control de Constitucionalidad: _____	43

- Control de Constitucionalidad Definición. _____ 43
- Sistema “Concentrado” de Control de Constitucionalidad. ____
46
- Sistema “Difuso” de Control de Constitucionalidad. ____ 50
- Sistema “Dual o Mixto” de Control de Constitucionalidad. ____
52

Capítulo III. Definición, Tipos de Control de Convencionalidad y su Aplicación en el Proceso Penal. _____ 56

1.- Control de Convencionalidad: _____ 56

- Control de Convencionalidad Definición. _____ 56
- Antecedentes, Parámetros del Control de Convencionalidad. _____ 59

a.- Sistema universal. _____ 59

b.- Sistemas regionales. _____ 60

- Control de Convencionalidad “Concentrado”. ____ 61
- Control de Convencionalidad “Difuso”. ____ 63
- Control de Convencionalidad en América Latina. ____ 65

1.- Control de Convencionalidad en el Proceso Penal: ____ 72

Papel del juez en la Etapa de Investigación: _____ 72

- Juez de Instrucción. _____ 72

- Juez de Garantías. _____	75
- Concepto y principios del Juez Penal. _____	77
Principios del Juez Penal. _____	79
Control de Convencionalidad en el Proceso Penal. _____	81
- Control de Convencionalidad en las Normas Penales. ____	81
CONCLUSIÓN. _____	85
BIBLIOGRAFÍA. _____	90

AGRADECIMIENTOS

*A mi familia NANCY-AMIR-FARAH por el apoyo, por la
paciencia y comprensión... a mis padres y hermanos, que siempre han
estado ahí cuando más los he necesitado.*

INTRODUCCIÓN

- OBJETO DE ESTUDIO.

Por medio del presente trabajo de tesina, basado en el tema de Sociología Jurídico-Penal, la intención es hacer un recorrido por la creación de la Constitucionalidad a nivel mundial, trayendo a colación diferente terminología, investigaciones y sentencias de Instituciones, Convenios, Tratados y Convenciones donde Estados Partes, han firmado un acuerdo para que se aplique dichos resultados en el ordenamiento jurídico de cada país, logrando de ésta manera tutelar mediante su aplicación, velar por el cumplimiento de Derechos Humanos de los individuos. Por lo que es necesario hacer un recuento de los diferentes mecanismos y criterios que se han establecido por parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión de Interamericana de derechos Humanos, la Organización de Estados Americanos, la Declaración Americana de Derecha Humanos, entre otros, que se irán abordando a lo largo del proyecto, así como la obligación por parte de los Jueces de aplicar dichos criterios o resoluciones en aquellas casos en donde se vulnere un derecho por parte de la inconstitucionalidad de una Ley establecida dentro del marco normativo de cada estado, centrándonos principalmente en nuestro país -*Costa Rica*- así como la limitante existente en los aplicadores de justicia; ello por la primacía y eficacia directa que presentan los tratados internacionales de derechos humanos y sin estar sometidos a condiciones internas únicamente.

- OBJETIVO GENERAL DEL TRABAJO.

Se analizará el grado de rendimiento de aplicación del control de convencionalidad y las limitantes existentes, dirigidas a normas penales, siendo la forma en cómo el Juez podrá aplicar aquellas leyes en materia penal invocando la convencionalidad en sus resoluciones, con la finalidad de

desplegar una real protección de los derechos Humanos en el ámbito del Proceso Penal, “Control Difuso”; o bien aquellos países que han adoptado un sistema de “Control Concentrado” de constitucionalidad, como es el caso de España; así como las figuras en cuestión, son inoperantes de la forma descrita por diversos autores; resolviendo cuestiones como en qué momento podemos invocar una resolución internacional, por cuáles derechos se debe de velar su protección, cuándo el Juez debe de aplicar la convencionalidad en sus resoluciones; interrogantes que pueden ser palpadas en la diaria labor que se realiza a nivel jurisdiccional, en donde además, la judicatura no ha brindado una adecuada capacitación en el tratamiento y aplicación de convencionalidad a la hora de resolver procesos judiciales, afectando así el derecho de alguna de las partes del proceso, limitándose únicamente a lo que señala la norma nacional. Por lo que haremos referencia a casos resueltos por parte de tribunales internacionales en donde se refleja y hace referencia en sus resoluciones; la necesidad y la competencia de Tribunales Nacionales para resolver los conflictos llevados a su conocimiento, previo a llegar hasta una instancia internacional.

- HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

En virtud de los diversos momentos en la historia y en la actualidad tanto guerras, dictaduras como delitos de la especie de tortura, narcotráfico, trata de personas, entre muchos otros que han saltado a la luz del conocimiento de la población mundial, en donde se ha invisibilizado de cierta manera el sufrimiento de muchas personas, así como las consecuencias o efectos de las víctimas, que vulnera su derecho constitucional de vivir en plenitud, así como su derecho de verse resarcidas de alguna manera por parte de los individuos responsables de actos tan atroces o bien por parte del Estado, por el retardo de los procesos y su problemática de abordaje de ésta población que se encuentra al otro lado del proceso como víctima. Por lo que debemos de tener un conocimiento del alcance y las posibles limitaciones de los profesionales a quienes se les ha

encargado la difícil labor de impartir justicia al momento en que se emite un fallo ya sea condenatorio o absolutorio.

En razón de lo anterior se cuestionará la conveniencia de la aplicación del control de convencionalidad, su utilidad y su funcionalidad, así como la relevancia social, al incidir directamente con la estabilidad, confianza y tranquilidad de la sociedad hacia los Tribunales de Justicia de cada país.

La estructura de la presente tesina, se basará en primera instancia con la definición de los diferentes tipos o sistemas de Control de Convencionalidad y de Control de Constitucionalidad, para posteriormente analizar su aplicación en el Proceso Penal, tomando en consideración diversas resoluciones de Tribunales Internacionales que unifican criterio en cuanto a su aplicación en estados nacionales que forman parte, siempre con el fin de velar por el cumplimiento de los Derechos Humanos de las personas ante conflictos llevados hasta estrados Judiciales.

El tema es de relevante importancia de abordar y donde no solo para los profesionales encargados de impartir justicia, sino para aquellos profesionales que se dediquen a cualquier rama del derecho que reclamen en representación de sus clientes, un derecho que ha sido violado o vulnerado de cualquier manera, que considere un menoscabo de manera personal o colectivo. Por lo que en espera de que la investigación plasmada en la presente tesina, sirva de mucha ayuda a aquellas personas que puedan tener acceso a ésta.

Capítulo I. Generalidades de los Derechos Humanos.

1.- Aspectos Conceptuales:

- Concepto de Derechos Humanos.

La Sala Constitucional Costarricense se refirió mediante resolución por voto de mayoría, al concepto de Derechos Humanos, indicando que *“Se pueden entender, como el conjunto de institutos que, con el desarrollo histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, en un amplio contexto geográfico que desborda a un Estado o una región y que tiene vocación universal. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se alude a aquellos derechos humanos garantizados expresamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular, y que se caracterizan por una tutela reforzada”*¹. Al momento de hablar de Derecho Internacional de Derechos Humanos, se debe de conocer que éste forma parte del Derecho Internacional Público, con la diferencia de que éste último tiene la particularidad de que no regula las relaciones entre Estados, sino que establece más bien derechos de las personas o seres humanos ante el Estado; señalado precisamente por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde señala que:

“Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen

¹ Sala Constitucional de Costa Rica, voto 2771-2003 del 4-4-2003.

varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción"².

De similar pronunciamiento por parte de la Corte Internacional de Justicia en el año 1951, al pronunciarse con respecto a la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio³.

Existen diversos conceptos o definiciones de "Derechos Humanos", sin embargo debe de anotarse que la mayoría de éstos tienen un enfoque jurídico, debido a que el concepto desde su propia denominación *-Derechos Humanos-* alude a la palabra "derecho", contribuyendo de ésta forma un sesgo bastante generalizado de juridizar el concepto, lo que lleva a que por ejemplo en general se entienda el concepto como "aquellos derechos" inherentes de las personas humana por su simple condición de ser persona⁴. Sin embargo la apreciación anterior del autor, en relación al concepto y sobre la apreciación generalizada de Derechos Humanos, sino que como advierte Pérez Luño⁵, el concepto se encuentra alejado de claridad y univocidad, caso contrario tilda de ser un concepto impreciso y ambiguo, generando su su empleo común de forma equívoca, no solo para las personas sino en las polémicas doctrinales de especialistas en el tema; y lo anterior tiene fundamento en el constante cambio y evolución, llevando a analizar en primera instancia los fenómenos sociales y políticos de cada Estado *-Monarquía o Estado Democrático-*, para posteriormente lograr determinar cada uno de los derechos que les cobija y de ahí precisamente realizar una definición de Derechos Humanos.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *opinión consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982*.

³ Citada por: Faúndez Ledesma (2004, p. 21).

⁴ Curso de Derechos Humanos, Rodríguez Rescia, Víctor, pag. 15, ed. Investigaciones Jurídicas, 2016.

⁵ Pérez Luño, Antonio. "Sobre los Valores Fundamentales de los Derechos Humanos".

Es por lo que los Derechos Humanos deben de ir acompañados de un conocimiento de procesos históricos así como filosóficos alrededor de las personas que conforman una sociedad, y de la correlación de la sociedad con el poder del Estado, existiendo una base de derechos a partir de la cual no son términos necesarios a tomar en cuenta en la base conceptual del término como son la igualdad, la libertad y la dignidad, sin embargo son base constitucional de cualquier estado de derecho que permite a partir de aquí no solo señalar derechos de las personas sino que han sido tomados a nivel internacional para poder crear una lista de derechos que permitir distinguir los alcances de la ley hacia las personas, sobretodo para determinar la supervisión del estado ante una posible vulneración, proporcionando el estados a los sujetos de derecho además, las condiciones necesarias al reclamo ante ya sea una sede nacional o bien acudir hasta cortes internacionales al momento en que considere que esta siendo afectado de alguna manera; ya que los Derechos Humanos surgen a partir de bases internacionales que rigen a partir de su pronunciamiento, con las características de ser universales, indivisibles, integrales, interdependientes, complementarios, irrenunciables, imprescriptibles, inviolables e inalienables, características que hacen que una persona durante el tiempo de vida se encuentre respaldado y seguro ante cualquier vulneración. Debe de tomarse en cuenta y así lo señala el estudio de los Derechos Humanos, que más importante que definir el concepto de Derechos Humanos, éstos deben de caracterizarse en primera instancia para posteriormente lograr una definición tan personal y válida de cada uno de los sujetos que permitan generar un criterio relacionado con el concepto, extrayendo de ésta caracterización tres elementos llamados “triada” por el autor⁶, los cuales corresponden a Estado de Derecho, Democracias participativas y el Respeto de los derechos humanos para todas las personas sin ningún tipo de distinción, elementos que en caso de

⁶ Curso de Derechos Humanos, Rodríguez Rescia, Víctor, ed. Investigaciones Jurídicas, 2016.

existir la ausencia de alguno de ellos o bien su debilidad, no logra crearse un marco de respeto pleno de los derechos humanos; ya que como se indica en el autor Rodríguez Rescia, *“no hay derechos humanos sin democracia ni Estado de Derecho; ni hay democracia sin Estado de Derecho ni respeto de derechos humanos y tampoco habrá Estado de Derecho si no hay democracia ni respeto de los derechos humanos”*, razonamiento que contiene una logicidad necesaria en el tema de Derechos, ya que claramente se logra determinar la necesidad de cada uno de los elementos para lograr cerrar un círculo en materia de derechos. Sin embargo debe de aclararse que a pesar de que existen una base de elementos necesarios para que pueda hablarse de la existencia de Derechos Humanos, analizando la situación internacional de los países, no existe una verdadera democracia participativa del estado, donde no solo no hay elecciones periódicas *-Monarquía-* que garantice la participación ciudadana inclusive no hay control social, en la decisión de gobierno o conformación de los diferentes ministerios que forman parte del gobierno, los estados deben de al menos apegarse a legalidad y principio de división de poderes necesaria, que permite a las personas o ciudadanos tener una seguridad no sólo jurídica sino del estado, de que sus derechos fundamentales al menos, no serán afectados, vulnerados o menospreciados, por parte del Estado. De lo anterior nos permite construir un concepto de Derechos Humanos, de los cuales se es necesario señalar elementos que resaltan del concepto en sí, como son:

1. Alusión a los derechos de las personas, pero también a “condiciones” mínimas para la satisfacción de sus necesidades básicas.
2. Derechos, condiciones y oportunidades que el Estado debe proveer a todas las personas sin ningún tipo de discriminación por razones de etnia, religión, sexo, edad o cualquier otra naturaleza.
3. Entendimiento de que los derechos humanos son connaturales con la condición de “persona humana”, por lo tanto, no incluye a personas jurídicas

como sociedades anónimas o cualquier otro tipo de corporación o fundación.

4. Referencia necesaria a la idea de obtención de “calidad de vida” como supuesto de realización de todos los derechos humanos, incluyendo derechos civiles, políticos y económicos, sociales y culturales.
5. Que contemple no sólo derechos sino también obligaciones o deberes de las personas para con los demás y con el Estado.

A partir de éstos presupuestos, cualquier persona podría desarrollar su definición de derechos humanos, por ejemplo *“Derechos Humanos son aquellos derechos -civiles y políticos, económicos, sociales y culturales- inherentes a la persona humana, así como aquellas condiciones y situaciones indispensables, reconocidas por el Estado a todos sus habitantes sin ningún tipo de discriminación, para lograr un proyecto de vida digna”*.

Las Naciones Unidas define el concepto de Derechos Humanos de la siguiente forma: *“Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles”*. La Organización de Mundial de la Salud por su parte, define Derechos Humanos como: *“Los derechos humanos son garantías jurídicas universales que protegen a individuos y grupos contra acciones que interfieran en sus libertades fundamentales y en la dignidad humana”*.

René Cassin, coautor de la Declaración Universal de Derechos Humanos refiere que *“la defensa y promoción de los derechos humanos abarca todas las dimensiones del quehacer humano al considerarlas a la luz de la dignidad humana”*⁷.

⁷ <https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/Conceptos-Character%C3%ADsticas-Derechos-Humanos.pdf>.

Desde la concepción de Héctor Faúndez, quien afirma que: *“Los derechos humanos pueden definirse como las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte”*⁸.

Para los seguidores de Carlos Marx, define Derechos Humanos como: *“La clase trabajadora es explotada por un sistema que le quita los derechos. El pecado original de todo esto sería la propiedad privada de los medios de producción. La única manera de lograr que todos tengan acceso a los derechos que poseen sería mediante una profunda revolución social donde mediante la eliminación de la propiedad privada se iniciará un proceso de cambio hacia la sociedad sin clases”*⁹.

La terminología de Derechos Humanos, es relativamente nuevo, incluso es de uso regular a partir del primer cuarto del siglo XX, posteriormente con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos -10 de diciembre de 1948-, hubo un incremento en la utilización del concepto, aunque ya en años anteriores con la Carta de la Organización de las Naciones Unidas había acuñado el término como uno de los propósitos al señalar que *“Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos,*

⁸ <https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/Conceptos-Caracter%C3%ADsticas-Derechos-Humanos.pdf>.

⁹ <https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/Conceptos-Caracter%C3%ADsticas-Derechos-Humanos.pdf>.

*sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión...*¹⁰. Sin embargo el reconocimiento terminológico de derechos humanos como tales mucho antes eran identificados solamente que de con otra terminología por parte del Estado, más ligado a la idea de una protección jurídica constitucional, de ahí es que nace que los derechos humanos son ante todo, Derechos Constitucionales, tal y como lo determina la constitución nacional de cada país, por lo que sin importar la denominación que utilicemos “derechos constitucionales”, “derechos públicos subjetivos”, “libertades públicas”, lo cierto es que los derechos humanos han ido tomando una primacía en el quehacer humano y tienen mayor asidero en términos de reconocimiento y respeto a nivel mundial, empezando a ser aceptado por los mismos estados como una norma imperativa, obligatoria y vinculante, independientemente si existen o no tratados internacionales, convenios u otros instrumentos para que sean reconocidos y desarrollados por los países.

Por lo anterior podemos decir que los derechos humanos se pueden manifestar de muchas maneras además de por muchos medios de protección tanto en derecho interno como en derecho internacional, surgiendo de ésto una nueva rama del derecho internacional denominada “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, siendo la rama del derecho con avance doctrinal y jurisprudencial en las últimas décadas, sobre todo por aquellas personas humanas con capacidad de demanda a Estados a nivel internacional por clara violación de Derechos Humanos como es el caso de delitos Lesa Humanidad, Genocidio entre otros, aspecto que no era reconocido en el Derecho Internacional Clásico, situación que ha generado en altas cortes internacionales resoluciones condenatorias en contra de Estados que forman parte; logrando ubicar cada uno de los derechos humanos no como un conjunto o listado de derechos, sino como aquellos códigos de conducta para la convivencia de las personas en sociedad, al menos en un standard mínimos de derechos

¹⁰ Carta de la Organización de la Naciones Unidas, Artículo 1.

tácitamente reconocidos e incorporados en las normas de cada país, pasando en primera instancia por un proceso de legalización conforme al derecho interno o del derecho internacional, forma en la que se han ido definiendo o configurando los derechos humanos.

- Principios Protectores de los derechos Humanos.

A partir de la reforma de derechos humanos, se crea un nuevo paradigma del derecho, maximizando el contenido y alcances de los derechos de las personas para el disfrute pleno de su ejercicio, para lo anterior es necesaria la existencia de principios rectores de los cuales se pueden nombrar:

1. Principio de Interpretación Evolutiva: se puede decir que dicho principio se deriva del razonamiento fundamental de la interpretación histórica, argumentándose que con referencia a la intención contra factual del legislador, o en relación con la llamada “naturaleza de las cosas”, la interpretación de la norma debe de cambiarla momento en que las circunstancias para su aplicación lo ameriten, apelando a al cambio en la conciencia social, la aparición de nuevas exigencias en la vida social como los desde un punto de vista económico, político entre otros. Por ejemplo la octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos —que data de 1791— prohíbe infligir penas “cruels e inusuales”. Evidentemente, hoy en día son “inusuales” y son sentidas como “cruels” sanciones penales que en 1791 no lo eran, por ejemplo, la pena de muerte. Por lo tanto, la disposición mencionada prohíbe la pena de muerte si se interpreta de modo “evolutivo”; mientras que la permite si se interpreta de modo “histórico”.
2. Principio de Interpretación conforme a la Constitución: Para el año 1953, el Tribunal Constitucional Alemán adopta el principio, reflejado en la decisión Rec. 2, 266, 282 -*derivada de la asistencia a los alemanes sobre el territorio federal*-, introduciendo una fórmula básica al decir que: *“una ley no debe ser declarada nula, si puede ser interpretada de acuerdo con la Constitución,*

pues no sólo hay una presunción a favor de la constitucionalidad de la ley, sino que el principio que aparece en esta presunción exige también, en caso de duda, una interpretación de la ley conforme a la Constitución". Por su parte el Tribunal Español desde sus primeras resoluciones declara que es *"necesario apurar las posibilidades de interpretación de los preceptos impugnados conforme a la Constitución y declarar tan sólo la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de aquéllos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable por ser imposible llevar a cabo tal interpretación"*¹¹, así como mediante la resolución STC 122/1983, del 16 de diciembre, fundamento jurídico 6o, establece que *"si existen varios sentidos posibles de un norma (léase disposición), es decir, diversas interpretaciones posibles de la misma, debe prevalecer, a efectos de estimar su constitucionalidad, aquella que resulta ajustada a la Constitución frente a otros posibles sentidos de la norma no conformes con el fundamental"*. En igual sentido en tribunales latinoamericanos existen antecedentes de aplicación del principio que se desarrolla, donde por ejemplo la Corte Constitucional de Colombia, en virtud del artículo 4 de la Constitución, describe el entendimiento del Principio de Interpretación conforme a la Constitución *"como una técnica de guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución"*¹².

3. Principio de Posición Preferente: conocido como "Preferred Freedoms", se basa en que la dignidad de las personas son constituidos por diferentes organismos e instituciones, con el fin del desarrollo de derechos fundamentales y el bien común. En un Estado de Derecho Constitucional, debe de aceptarse que la posición de los derechos de las personas está por encima del poder *-preferred rights position-*; siendo el estado quien como objetivo y finalidad principal, debe de proteger a la persona con sus

¹¹ STC 4/1981, de 2 de febrero, fundamento jurídico 1o.

¹² Sentencia C-100 del 7 de marzo de 1996, fundamento jurídico 10.

actuaciones, estando al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana. Por lo que al momento en que una persona se encuentra en conflicto con una norma de poder, los juzgadores como operadores jurídicos, deben de resolver de la forma más favorable con la aplicación de la norma en protección de los derechos humanos, por ejemplo, varios tribunales constitucionales han sostenido que la libertad de expresión y la libertad de prensa tienen un valor preferente frente a derechos como el de intimidad u honor, en virtud de que tales libertades tienen un papel esencial para la construcción de una opinión pública libre, que a su vez es condición necesaria de todo sistema democrático.

4. Principio de Fuerza Expansiva de los Derechos Fundamentales: La hermenéutica constitucional se basa en el principio favor libertatis, principio que da una fuerza expansiva a los derechos, ya que, en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja asegurando y garantizando los derechos humanos en su conjunto. La obligación de respetar y promover los derechos humanos por parte de los poderes de la Constitución, no solamente se dirige a los órganos del Estado a no lesionar ámbitos individuales o institucionales, sino que debe de contribuir de una forma positiva hacia su efectividad, situado como un componente esencial del orden público nacional. Por ejemplo en cuanto a la titularidad de los derechos *-en este caso el intérprete debe extender cuanto sea posible el universo de los sujetos titulares, para que les llegue al mayor número de personas la protección de los derechos-* o en cuanto a la eficacia horizontal y vertical de los derechos, esto nos lleva al tema de la “*drittwirkung der grundrechte*” *-tercer efecto de los derechos fundamentales-*, sistema que ha sido aplicado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al considerar que “el Estado debe de hacer valer los derechos Fundamentales en las relaciones sujetas al derecho privado, pues de otra

manera podrían darse violaciones de derechos que le acarreen responsabilidad internacional”.

5. Principio de Maximación: un postulado basado en la intuición, donde no se deriva de la experiencia sino de otros principios éticos como lo es el principio utilitarista, el cual parte de la premisa de que el placer es lo intrínsecamente bueno y debe de dársele misma consideración a lo demás y propiamente, dejando la racionalidad del principio deja de serlo cuando otras circunstancias tipifican mi elección; tal es el caso de estar hambriento, porque hace mucho tiempo que no como, considerando también que me gusta una banda de rock internacional que viene al país, y no se si volverá de nuevo; ¿Cuál será mi elección si me ofrecieran alimento y la posibilidad de ver el show de la banda que me gusta?, lo lógico es que al estar hambriento afecta la cuantificación de placeres, ya que no elijo comer porque sea más placentero para mí, sino porque lo necesito sino muero; por lo que de lo anterior pareciera que la mejor forma de cualificar los placeres de las personas es bajo el supuesto de no tener necesidad y así poder tomar una decisión libre y voluntaria, sin forzar mi decisión a una necesidad o carencia al momento de elegir. Por lo que el Principio de Maximación es inaplicable en aquellas situaciones de conductas donde se existe una balanza que se relaciona con un número de necesidades cualitativamente distintas.
6. Principio de Progresividad: de acuerdo con el diccionario de la real Academia Española, el término “*progresivo*”, significa que avanza o aumenta gradualmente, por lo que cuando hablamos de progresividad de los derechos humanos, hacemos referencia a que una persona que adquiere sus derechos, posteriormente no puede haber una disminución o retroceso en el contenido de los derechos fundamentales. La Comisión dictaminara del senado de la República Mexicana, define “*El principio que establece la obligación del Estado de procurar todos los medios posibles*

para su satisfacción en cada momento histórico y la prohibición de cualquier retroceso o involución de esta tarea.” La Sala Constitucional de Costa Rica, mediante sentencia número 2743-03, referido al Principio de Progresividad de los Derechos Humanos, indicó que: *“En atención a la regla de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocida en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado costarricense se encuentra obligado a elaborar y ejecutar políticas tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad del derecho fundamental a la educación.”* En igual sentido la Sala pronuncia en cuanto al tema en su resolución 18702-10, al señalar que *“Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales”*.

7. Principio de Irreversibilidad de los Derechos Fundamentales: se refiere a la imposibilidad de volver al estado de la condición previa. Esto significa que los derechos humanos son irrevocables y con esto se asegura que todos los tengamos derechos iguales al mismo tiempo sin existir discriminación entre las personas. El principio de irreversibilidad en materia de derechos humanos, puede ser considerado como un sub principio derivado del general principio de progresividad, sin embargo tiene una base normativa que radica en el artículo 29 de la Comisión Americana de Derechos Humanos, en cuanto establece que *“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que*

sea parte uno de dichos estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”, implicando que una vez reconocido el derecho para la persona, es definitiva e irrevocable su integración a la categoría cuya inviolabilidad debe de recetarse y garantizar su cumplimiento¹³. Por lo que dentro de un sistema de protección de Derechos Humanos, impone que al momento de haber ganado un derecho como espacio de libertad y así su reconocimiento por parte de la ley, no puede ser revertido, menguado o reducido e implica una elevación del standard mínimo que fijan instrumentos internacionales de Derechos Humanos, de modo que cualquier medida dirigida a limitar algún derecho, viola la obligaciones convencionales asumidas del Estado, implicando una responsabilidad desde un punto de vista internacional.

8. Principio de Indivisibilidad: otro de los principios que protectores de los derechos humanos es el de indivisibilidad, abarcando que los derechos establecidos como derechos fundamentales ya sean civiles, políticos, sociales, culturales entre otros, no pueden ser divididos, fragmentados o jerarquizados ya que el conjunto de derechos conforman una unidad, en el caso del Senado de la República de México expresó que “...se refiere a que los Derechos Humanos son en sí mismos infragmentables, ya sea de naturaleza civil, cultural, económica, política o social, pues son todos ellos inherentes al ser humano y derivan de su dignidad. Así, no se puede reconocer, proteger y garantizar parte de un derecho humano o sólo un

¹³ Fappiano; Op. Cit.; pág. 44; Nikken, Pedro; El concepto de Derechos Humanos. Recopilación para la Comprensión, Estudio y Defensa de los Derechos Humanos; Fundación Konrad-Adenauer, Caracas, 1995, págs. 24/25; Picard de Orsini, Marie y Useche, Judith; El principio de progresividad y la actuación de los órganos del poder público conforme a la constitución vigente; Revista Provincia, número especial, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 2005, pág. 433.

grupo de derechos; de esta forma se consigue que la protección se haga de manera total y se evite el riesgo de que en la interpretación se transija en su protección”¹⁴, así como Antonio Blanc comparte “...*que los derechos humanos son indivisibles porque son indispensables para el respeto de la dignidad humana y para el desarrollo integral de la persona, lo que refuerza la unicidad de los mismos frente a la jerarquización...*”¹⁵. Es decir que la unidad de los derechos debe de estar presente, siendo que cada uno de los derechos humanos conforma un solo elemento, unicidad que resulta inseparable para el respeto de la dignidad humana, donde el avance de uno de los derechos facilita el avance de los demás.

9. Principio de Efectividad o del Defecto Útil: la efectividad de la justicia constitucional en un Estado Democrático es clave, pasando por encima de la efectividad de las sentencias de la Corte Constitucional, con la capacidad de perseguir las funciones a las cuales está predisuelta en un sistema de justicia constitucional. El respeto y ejecución de las sentencias es de suma importancia para los sujetos del ordenamiento aparecen imprescindibles a su efectividad, sin agotar el alcance de éstas, formando un relieve de cada elemento a incidir, ya sea de forma positiva o negativa sobre el funcionamiento de la justicia constitucional.
10. Principio Pro Persona: principio que tiene algunas limitaciones en su estudio sin embargo es el utilizado por tribunales jurisdiccionales de cada país, inclusive por la Corte Interamericana y tribunales europeos para conocer de procesos en los que se vulneran derechos humanos, considerado como el

¹⁴ Citado en Rojas Caballero, Ariel Albero, Los derechos humanos en México. Análisis y comentarios a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. Bases del derecho internacional de los derechos humanos, 1a. reimposición, México, Porrúa, 2012, p. 39..

¹⁵ Blanc Altemir, Antonio, “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, en Blanc Altemir, Antonio (coord.), La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal, España, Universidad de Lleida, Tecnos, ANUE, 2001, p. 31.

principio fundamental que “...*impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. De esta forma, el principio pro persona... conduce a la alusión de que la exigibilidad inmediata e incondicional de los derechos humanos es la regla y su condicionamiento la excepción*”¹⁶.

2.- Fundamento de los Derechos Humanos:

Norberto Bobbio cuestiona de manera vehemente al afirmar que el problema de fondo de los derechos humanos no es el de justificarlos, sino el de protegerlos, y que encontrar un fundamento absoluto sería una investigación infundada, por ser los derechos humanos indefendibles, variables, heterogéneos y anatómicos, de una forma más clara “*la fundamentación de los derechos humanos no es tan siquiera deseable porque es una inútil pérdida de tiempo*”¹⁷. Sin embargo el autor alude a una innecesaria búsqueda de los fundamentos absolutos de los derechos humanos, sin dejar de cuestionarse con seriedades fundamento o los fundamentos que origin la base de los derechos fundamentales ante la existencia de una convicción universal, lo que hace incuestionable su protección. Así mismo podemos señalar que los Derechos Humanos contiene un fundamento similar al derecho, partiendo de que cada documento declarativo como un tratado o declaración, tendrá un fundamento de fondo que le respalda, un porqué, donde mucho de ese fundamento es dirigido hacia principios morales que caracterizan al ser humano como la dignidad, igualdad, bienestar

¹⁶ Opinión separada del juez Rodolfo E. Liza Escalante, en Corte IDH, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 29 de agosto de 1986).

¹⁷ Citado por Puy Muñoz, Francisco. “Que significa fundamentar los Derechos Humanos?”. En: Polo, Luis Felipe. *Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos*. Op. Cit, págs. 26 y 27.

social y material, libertad, dignidad, seguridad social y jurídica, atributos protegidos de las personas humanas¹⁸.

Puy Muñoz plantea una anécdota personal relacionada al fundamento variado de los Derechos Humanos, indicando que hace treinta años se encontraba convencido de tres fundamentos: 1.- fundamento de la convivencia con la humanidad; 2.- convivencia con la naturaleza; 3.- fundamento remoto de la convivencia con la divinidad, así como un poco más reciente, pensaba en el fundamento de los derechos humanos se basaba en el derecho a la vida fundamentado en la voluntad de Dios, y en tiempos más recientes, manifiesta haber descubierto otros fundamentos como la necesidad de satisfacer los mínimos relativos a la supervivencia del débil en su convivencia con el fuerte¹⁹, por lo que se puede derivar que hay todo tipo de fundamentos de los Derechos Humanos, desde las corrientes iusnaturalistas, *-principios naturales inmutables y eternos-*, otros que surgen a partir de desarrollos históricos y otros que se centran en la ética. Actualmente es imposible extraer fundamentos de los derechos humanos desde una visión única y excluyente, por el contrario se demuestra que hay un conglomerado de corrientes de pensamientos que permiten una construcción más realista y holística para fundamentar los derechos humanos, derivados de procesos históricos que se basan de principios éticos ineludibles como la dignidad humana, sin embargo resulta necesario señalar las principales corrientes de pensamiento para una visión más integral del fundamento de los Derechos Humanos.

- ***Fundamentación lunaturista.***

Es una de las corrientes más invocada desde un punto de vista histórico, de la cual se deriva de la filosofía de los derechos humanos a la idea de una ley

¹⁸ cf. Preámbulo de: Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos.

¹⁹ Puy Muñoz, Francisco. Op. cit. págs. 34 y 35.

natural, divina e inmutable, desde un orden anterior a cualquier ordenamiento jurídico²⁰, por lo que dicho fundamento no esta exenta de cuestionamiento, conllevando al sesgo del concepto del derecho Natural. En palabras de Fernández Galiano, “...*derechos naturales son aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concepción de las normas positivas, sino independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de particular de la naturaleza humana*”²¹. De lo anterior se deriva que la fundamentación iunaturista no debiera de basarse en la universalidad ni en la inmutabilidad del Derecho Natural en sí, sino en la naturaleza de las personas humanas.

- **Fundamentación Histórica.**

Éste fundamento se contrapone al Derecho Natural, señalando que los derechos son variables y relativos a cada circunstancia y momento en que evolucione la sociedad. Según la corriente, el fundamento de los derechos humanos no se basa en la naturaleza humana sino en sus necesidades y en las posibilidades de satisfacer esas necesidades en la sociedad, así como valores constituidos en una comunidad histórica y en sus fines, respetando en todo momento como principio inalienable la esencia de la dignidad de la persona humana²². Si embargo la crítica de la visión radica en que no puede deslindarse de la evolución histórica un núcleo de sustrato valorativo, axiológico, donde sin

²⁰ Según Maritain: “Se trata de establecer la existencia de derechos humanos naturales inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil el otorgar, sino de reconocer y sancionar como universalmente valederos y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni si quiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción”. Maritain Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Biblioteca Nueva. Buenos Aires. 1943. pág. 96.

²¹ Fernández-Galiano, Antonio. *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho*. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid. 1974. pág. 133.

²² Cf. Peris, Manuel. *Juez, Estado y Derechos Humanos*. Editorial Fernando Torres. Valencia 1976.

dependencia del momento histórico, debe de permitir la idea de moral y ética para calificar cualquier circunstancia la dignidad humana.

- **Fundamentación ética.**

El autor Eusebio Fernández expone de buena manera lo correspondiente a la Fundamentación ética de los Derechos Humanos, considerando que ni la propuesta iunaturista o histórica, responden de manera coherente a exigencias consideradas imprescindibles o inexcusables de una vida digna; y agrega que: *“Para ésta fundamentación y consiguiente concepción que defiende, los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos que tienen por el hecho de ser hombre y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del Poder Político y el Derecho; derecho igual obviamente basado en la propiedad común a todos ellos de ser considerados seres humanos y derecho igual de humanidad independiente de cualquier contingencia histórica o cultural, característica física o intelectual, poder políticos o clase social”*²³. De lo anterior se puede precisar una definición integral de donde se deriva la expresión de Derecho Humanos, siendo *“aquellos inherentes a la persona humana en su condición como tal”*, postura que además logra coincidir con la concepción tridimensional del Derecho de Miguel Rea, quien define el derecho bajo la fórmula que un hecho social en un momento histórico dado, habrá una valoración ética al mismo tiempo que lo haga calificar para que sea traducido en una norma jurídica²⁴; resumiéndose como: legitimación ética + momento histórico + calificación y protección jurídica.

²³ Fernández Eusebio. “Los derechos fundamentales del hombre”. *Anuario de Derechos Humanos*. Facultad de Derecho, Universidad Complutense. Madrid. 1981. Págs. 94 y 95.

²⁴ Tales elementos - hecho, valor y norma - no existen separados unos de los otros sino que coexisten en una unidad concreta. Cf. Rea Miguel. *Introducción al derecho*. pág. 69.

En suma de lo anterior, se debe de indicar que los derechos humanos responden claramente al entendimiento 1en cualquier medio, lugar y momento histórico, donde la persona tiene una condición digna, que le legitima para que actúe de manera libre y voluntaria, pero con respeto a los mismos derechos que le asisten a las demás personas a su alrededor, en un marco creado por parte del Estado para que pueda realizar así su proyecto de vida digna.

- Sistema de Protección de los Derechos Humanos en el Derecho Interno.

Los derechos humanos tienen dos facetas de interacción, una es su vigencia por medio de actividades para promover los derechos y ser divulgados, el cual se relaciona con el acceso y vigencia de los derechos humanos; otra es su protección en caso de vulneración de los derechos humanos, donde deben de establecerse mecanismos de garantía en caso de que los derechos humanos no sean observados o respetados, llamado mecanismo de protección *ex post facto*, cualquiera que sean las facetas de interacción de los derechos humanos el Estado es el ente encargado de la gestión y promoción de derechos fundamentales a garantizando así un un proyecto de vida digna a sus habitantes, asumiendo completa responsabilidad inclusive a nivel internacional, por la vulneración de cualquiera de éstos en su territorio. Existen mecanismos de protección de los derechos humanos ante el estado, en virtud de que la mayoría de éstos se encuentran dentro de la Constitución Política de los países, por lo que en caso de existir una infracción, constituiría una situación de protección frente al Estado, por lo que se crean actos contra la nación que se describen como “garantías sociales”, como lo es por ejemplo Recurso de Amparo, conocido en Colombia como acción de tutela, Hábeas Corpus, o Hábeas data como es conocido también. En algunos países, es posible recurrir a éstos mecanismos contra particulares también y no solo frente al Estado, sin

embargo desde una perspectiva de derechos fundamentales, se acostumbra responsabilizar al Estado por los actos realizados por medio de sus funcionarios, o por actos de particulares que son realizados bajo el amparo del Estado, por acciones u omisiones de éstos funcionarios, actos que se caracterizan por abstenerse de realizar actos que afecten la esfera de individualidad de las personas, o bien, cuando se debe de realizar actos que para desarrollar derechos y no lo hace, claro ejemplo de lo anterior es derechos colectivos *-educación, trabajo, salud, entre otros-*, ante la necesidad de obtener recursos, infraestructura, así como planes y proyectos de crecimiento o implementación ya sea a largo plazo o mediano plazo *-conocidos como derechos programáticos-*.

Precisamente el concepto de Estado de Derecho Democrático se configura para la protección de los derechos y libertades públicas en sustitución del Estado Absoluto, primando los principios de limitación del Poder mediante la distribución y separación del Poder del estado, así como el Principio de Legalidad, donde todos los órganos y actos del estado estén sometidos a la Ley²⁵. El artículo 46.1 inciso a) de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 41.1 inciso c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que al momento en que se vulneren derechos fundamentales en un país, debe de agotarse en primera instancia los recursos internos desde un punto de vista absoluto *-sine qua non-*, para posteriormente solicitar asistencia de órganos internacionales que conocen de Derechos Humanos. Es por lo anterior que órganos internacionales funcionan por inoperancia e ineficacia de los sistemas nacionales, dando a paso con esto al *principio de subsidiariedad* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, mediante sentencia del 29 de julio de 1988, por parte de la, Corte

²⁵ Cf. BREWER-CARIAS, Allan, *"Hacia el fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno"*. Conferencia impartida durante el XV Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1997.

Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso *Velásquez Rodríguez y otros*, donde se refiere al principio supra mencionado indicando que *“La regla previo agotamiento de los recursos internos permite al estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta “coadyudante o complementaria” de la interna”*. Por lo que conforme al principio de subsidiariedad, y criterio de la Corte, no se puede plantear una denuncia internacional por violación de los derechos humanos, si antes no se ha agotado la posibilidad de que el Estado demandado resuelva la s situación en el marco del derecho interno, con el fin de que no saturar el sistema internacional, pero sobre todo no convertir éste sistema en una suerte de justicia transnacional ordinaria, lo que algunos llamaría “una suerte de cuarta instancia”.

Desde un punto de vista del marco nacional de protección de los derechos humanos, cuando son inobservados por el Estado, la víctima tiene el derecho de acudir a todos los recursos legales contemplados por el legislador para reclamar, y solicitar con ésto la restitución del derecho vulnerado u colateralmente, la reparación de forma integral del daño, lo que es conocido como “garantías genéricas” para las personas víctimas. Las garantías genéricas atienden a la organización e implementación del aparato judicial, en relación a su estructura, servicio, para cumplir con el mandato de realizador de justicia, por los que el órgano judicial debe de buscarse la forma en como fortalecerlo con instituciones u organizaciones así como experticia técnica, presupuesto, capacitación, actualización de sus funcionarios, recursos, conducta y ética por parte de los funcionarios, y muy importante la independencia judicial y de los jueces, adquiriendo tal relevancia que la cooperación internacional recibida es dirigida precisamente a fortalecimiento institucional, donde se incluyen las reformas legales, revisión de procesos administrativos y manuales, en general, todo aquello que esté vinculado con un mejor y eficiente servicio público de

acceso a la justicia. Descongestionando de ésta forma el conocimiento de procesos y llevados a fallo judicial, con el fin de aplicar con la mayor eficiencia principios de justicia pronta y cumplida en los procesos, dando así una respuesta judicial más efectiva y rápida no sólo al reclamante o víctima, sino a la persona acusada resolviendo su situación jurídica de una manera más expedita, sobre todo a pobladores de sectores marginados, poblaciones indígenas y mujeres, quienes tienen un restringido acceso a la justicia precisamente por su condición, tal y como se desprende de las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad”.

Es aquí donde los mecanismos de protección o bien principios protectores de los derechos humanos, los cuales se hizo mención de algunos en el capítulo anterior, guarda relevancia en el sentido de que garantizan una protección de nivel constitucional de los derechos humanos por medio de los recursos necesarios para solicitar ésta protección por ejemplo el Recurso de Amparo, conformando así la llamada “Justicia Constitucional”, enmendando de ésta manera las faltas o insuficiente protección de los Estado, aunque desde otro punto de vista, los mecanismos protectores de los derechos humanos, no resguardan solamente garantías procesales sino también tienen una dimensión de derecho sustantivo tanto para reclamar una violación o vulneración de derechos humanos, sino también país cualquier otra petición o resolución de conflictos; momento en que el mecanismo de justicia interna se convierte en instrumento de realización de justicia. Por lo que cualquier tipo de acción legal, llámese queja, denuncia, demanda o cualquier otra que la ley conceda a la persona que se considere víctima de un agravio o bien de la vulneración de un derecho fundamental, y con ésto el reclamo de la aplicación de una justicia de forma efectiva, pronta y cumplida, resulta precisamente del derecho interno de una nación, bajo su protección por medio del derecho de petición, derecho del cual inclusive la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su

artículo 8.1 se ha pronunciado al establecer que: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación mal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, disciplinaria o cualquier otro carácter”*, así mismo en su artículo 25, el cual reza que: *“Artículo 25. Protección Judicial.*

1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*
2. *Los Estados Partes se comprometen:*
 - a) *a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
 - b) *a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
 - c) *a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”*

Por lo que entendida está la existencia y disponibilidad de un sistema de administración de justicia donde en principio reúne los mecanismos necesarios o idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado; pretendiendo declarar el derecho controvertido o bien restableciendo el derecho violado, no obstante cualquiera que sea el camino procesal que se utilice *-administrativo, judicial o bien ambos-* debe de reinar el principio rector de la causa que es el debido proceso, donde la Corte IDH se ha pronunciado en diversas resoluciones así como en los artículos 8 inciso 2, 3, 4,5 y 6, artículo 7, 9, 10 24, 25 y 27, principio que se encuentra rodeado de una serie de principios de los

cuales con la vulneración de alguno de ellos, de manera inmediata haría que el trámite realizado no surta efecto en lo resuelto.

El primer mecanismo de protección de los derechos fundamentales es el “declaración expresa” de los derechos en los textos constitucionales, garantizando de ésta manera estemos ante un mecanismo procesal expedito propios del Derecho Constitucional. En razón de estar hablando de Derecho Constitucional, es necesario partir de la división de derechos para las personas, desde un punto de vista individual o colectivo, en donde el primero *-derechos individuales-*, regula derechos como la vida, derecho al nombre, inviolabilidad de la libertad personal, protección a la esclavitud o servidumbre, el derecho a no ser sometido a torturas o penas degradantes, el respeto a la dignidad, libertad de tránsito, entre otros, en los que la forma de reclamarlos es por medio personal, siendo a la persona a quien se le ha violado o vulnerado alguno de sus derechos individuales debe de petitionar el reclamo correspondiente por la vía pertinente para la restitución de su derecho o restablecimiento del daño causado. En relación al segundo *-derechos colectivos-*, procura estándares de garantías del principio de igualdad, destacando derechos como la erradicación de la discriminación por razones de sexo, religión, etnia, edad, nacionalidad, donde la vulneración de derechos fundamentales se dirigen de manera colectiva hacia una parte de la sociedad que constituye un grupo de personas. La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, dispone que los recursos internos de los Estados, debían de ser adecuados y efectivos; *“en todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todo son aplicables en todas las circunstancias. Sí, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el*

*sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo un razonable...*²⁶.

Los estados partes de la convención americana tiene una obligación internacional de respetar dichos principios ya que constituyen normas literal; es decir, normas que deben de ser incorporadas al derecho interno de cada país parte de la convención, obligación que es adquirida internacionalmente de conformidad con el artículo 2.1 en la Convención Americana la cual señala que *“adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*, generando una problemática relacionada a la jerarquía entre el Derecho Interno y el Derecho internacional, así como la forma en que deben de interrelacionarse entre sí; ante el anterior cuestionamiento se debe de decir que quien prevalece en éstos casos es el Derecho Interno para resolver conflictos de derechos humanos, sin embargo Jay constituciones o Derecho Interno de países que, le dan un valor jurídico igual al de su Constitución, inclusive hay otras legislaciones que le otorgan a decisiones tomadas en convenciones, tratados y declaraciones; por encima de la Constitución de su Estado, constituyéndose en mandatos supraconstitucionales, tal es el caso de Guatemala, Colombia, Venezuela, Perú, Argentina, Costa Rica, Honduras. La lógica señala que el estado debe de adaptarse a los estándares internacionales y no a la inversa, determinando previo a ser parte o ratificar un tratado, las reformas que debe de hacer a la normativa nacional, posteriormente, el criterio a seguir fuera el de darle un valor jerárquico a los tratados conforme a criterios constitucionales - *supraconstitucional*-; por lo que en caso de no adaptarse el Estado la normativa a la internacional, deberá el Estado de valorar la segunda forma, y en caso de que el estado sea parte de los estándares internacionales y no cumpla con

²⁶ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez y otros*. Sentencia de 29 de julio de 1988 números. Op. cit. Pár 64.

cualquiera de las dos disposiciones de sus resoluciones, podría determinar una pérdida de prestigio y de credibilidad para el Estado parte, poniendo en marcha la responsabilidad internacional del mismo Estado por no haber cumplido con sus compromisos de buena fe, violando así principios básicos del derecho Internacional *“Pacta sunt servanda”*²⁷. Existe una norma más clara que antepone la preeminencia de los estándares internacionales por encima del derecho interno, siendo el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados: que señala que: *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”*, por lo que ante tal violación de derecho internacional, atentaría directamente contra el principio básico de la Buena Fé.

- Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

A partir de la iniciativa de promoción y protección de los Derechos Humanos, es creado el Sistema interamericano de Protección de Derechos Humanos, el cual además forma parte del Organización de Estados Americanos -OEA-, marcando una pauta progresivista de los Derechos Fundamentales desde su internacionalización. Previo a su creación, la protección de derechos fundamentales desde un punto de vista del Derecho Interno, estaba circunscrita en garantías constitucionales como el recurso de amparo o tutela y el recurso de hábeas corpus. Desde un punto de vista ideal, el Estado debería de. Supervisar el cumplimiento y protección de derechos de las personas, sin embargo, la realidad ha demostrado otra cosa, en donde el Estado es precisamente quien con su acción u omisión, vulnera derechos humanos, lo que generó la necesidad de mecanismos supranacionales para supervisar lo que los Estados no eran capaces de realizar por sí mismos. Actualmente el Sistema Interamericano de Protección de derechos Humanos, se conforma por la

²⁷ Cf. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 26: *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe de ser cumplido por ellas de buena fe.*

Convención Americana sobre Derechos Humanos, junto con sus protocolos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales -*Protocolo de San Salvador*²⁸, y en relativo a la pena de muerte²⁹, y las cuatro convenciones interamericanas sectoriales sobre: prevención y sanción de la tortura³⁰, desaparición forzada de personas³¹, prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer³² y eliminación de discriminación contra personas con discapacidad³³. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁴, cumple un papel de importancia para aquellos Estados miembros que tanto no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como aquellos que son parte de ésta, operando desde un punto de vista de derecho consuetudinario, así como una fuentes de derecho fundamental. El

²⁸ *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, “protocolo de San Salvador”. Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. A la fecha no entrado en vigor.

²⁹ *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Plena de Muerte*. Aprobado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el vigésimo período ordinario de la Asamblea general de la OEA. En vigor dese el 28 de agosto de 1991.

³⁰ *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*. Suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. En vigor desde el 28 de febrero de 1987.

³¹ *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas*. Adoptada en Belén do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de la Asamblea General de la OEA. En vigor desde el 29 de marzo de 1996.

³² *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicara Violencia contra la Mujer “Convención de Belén do Pará”*. Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. En vigor desde el 5 de marzo de 1995.

³³ *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*. Adoptada durante la Primera Sesión Plenaria de la Asamblea general de la OEA, el 7 de junio de 1999.

³⁴ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

Sistema Universal de Protección de Derechos Fundamentales es constituido por diversos precedentes vitales para su actual constitución, tal es el caso de la Declaración del Pueblo de Virginia de 1976³⁵, así como la creación de la Corte Centroamericana de Justicia³⁶, como primer Tribunal internacional regional, ejemplos claros del aporte de la región al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El desarrollo de los procesos constitucionales de los países americanos, tiene su origen o influencia en Escuelas de pensamiento europeo sobre todo, de escuelas inglesas y las ideas de John Stuart Mill y John Locke, generando consigo una nueva corriente constitucionalista donde se estructura la forma de gobierno de cada país, relacionado con las competencias y poder. Es por ésto que al no existir una escuela de pensamiento filosófico en Latinoamérica que sostuviera un debate con el pensamiento de escuelas clásicas grecorromanas y corrientes europeas, lo que provoca que nuestra ideales y leyes se deriven del transplante de las experiencias foráneas que aunque han sido de valioso aporte, no dejan de ser extrañas a la realidad de la región. Una vez con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en el año de 1978, el sistema de Protección de Derechos Humanos se transforma en un Sistema Dual, con dos regímenes distintos que lo conforman, no sólo hacia aquellos derechos protegidos, sino respecto a órganos y procedimientos de protección. El primer régimen es aplicado a aquellos Estados miembros de la OEA que no ratificaron la Convención y el segundo para Estados que ratifican la Convención o Estados parte. La Protección de los Derechos Fundamentales recae en dos instituciones interamericanas, como lo son La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁵ La Declaración del buen pueblo de Virginia fue el primer instrumento de derechos humanos de carácter general y no la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa.

³⁶ Creada por el Pacto de Washington en 1907 e instalada en San José, Costa Rica, en 1908. Operó hasta 1918.

- Sistema Internacional de Protección de Derechas Humanos en las Naciones Unidas.

A partir del siglo XVII, se emite la Declaración de Derechos y deberes del hombre y del Ciudadano (1879), momento en que la universalización de valores estaba en su punto máximo, donde los Estado de la Unión y los nuevos Estados independientes, constitucionalizaron los derechos humanos, estableciendo garantías para los ciudadanos frente a la autoridad pública, lo que se conoce como derechos de primera generación *-derechos civiles y políticos-*. Para la primera mitad del Siglo XX, es creado el primer instrumento regional de protección de los derechos humanos, con carácter general *-Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948)-*, para unos meses después las Naciones Unidas crea un instrumento con carácter universal de protección de los derechos humanos *-La Declaración Universal de los Derechos Humanos-*. La necesidad de la creación de instrumentos para la protección de derechos fundamentales, se basa precisamente por las consecuencias y secuelas de la Segunda Guerra Mundial, momento en que la Comunidad Internacional fue obligada a tomar iniciativas para el resguardo de los derechos a nivel supranacional.

El derecho internacional de los derechos humanos son un conjunto de normas y principios internacionales, vinculados con ramas del Derecho en materia de refugiados y Derecho Humanitario, que garantiza y protege los derechos de las personas, independientemente de su condición y su situación, tanto para sujetos nacionales o bien residentes del Estado. Algunos órganos de protección de derechos humanos que podemos mencionar, se encuentra: *ACNUR y el Derecho de los Refugiados*; es el alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, que realiza actos de negociaciones políticas con otros Gobiernos para hacer conciencia de a situación de los refugiados, no realiza trabajo de denuncia; *Comité Internacional de la Cruz Roja y el Derecho Humanitario*; éste comité implementa el Derecho Humanitario a partir de la

negociación y persuasión política, rindiendo informes de manera confidencial; *El Marco de Protección general de la ONU*; son órganos de protección de los derechos humanos que responden a una amplia estructura orgánica, adecuada en la mayoría de las ocasiones a Convenciones específicas de Derechos Humanos, quienes crean comités de supervisión y control.

La practica de las Naciones Unidas ha sido sustraer los derechos humanos de horma progresiva de la competencia doméstica de los Estados, invirtiendo la incidencia de éstos en el ordenamiento Internacional los principios de Soberanía de los Estados y el de no inherencia en los asuntos internos. Para lo anterior se implementaron otros organismos específicos en materia de protección, dentro de los cuales se encuentran la Organización Internacional del Trabajo -*OIT*-, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura -*UNESCO*-, la Organización Mundial de la Salud -*OMS*- y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación -*FAO*-, así como organizaciones que se dirigen al tema de refugiados como lo son ACNUR, la infancia UNICEF y el desarrollo PNUD. Los Estados claro está, que tienen que responder a exigencias de la sociedad, con lo que obliga a ceder sus competencias exclusivas en materia de protección de derechos humanos en favor de la comunidad internacional, permitiendo con ésto que se construya un régimen jurídico internacional de los derechos humanos, donde por su sola existencia, implica un recorte de las competencias de antaño de los Estados en materia constitucional, reposando así un sistema político basado en los principios democráticos por el cual muchos países no son genuinamente democráticos, los derechos humanos son frecuentemente percibidos como un factor político desestabilizador. Desde hace poco más de 70 años, el proceso de generalización de la protección internacional de los derechos humanos, se cuenta con más de 80 instrumentos relacionados en esa materia, operando desde un plano universal como regional.

Dentro de los *Mecanismos Declaratorios* de Protección, encontramos la Declaración Universal de Derechos Humanos, que ha sido fuente de inspiración para la creación de tratados internacionales, convirtiéndose así, en una fuente de normas de derechos humanos que se ha incorporado en Constituciones y Legislaciones nacionales, de la mano de la Carta de las Naciones Unidas -1945-, formando parte de la costumbre internacional y por ende, como fuente de Derecho. Así mismo otro de los Mecanismos Declaratorios de Protección, encontramos a *La Corte Internacional de Justicia y los Derechos Humanos*, que es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, el cual es limitado en materia de derechos humanos, ya que una persona no puede comparecer ante la Corte como accionan ni demandada, razón por la cual especialistas en Derecho Internacional, la sociedad civil y órganos no gubernamentales han presentado iniciativas de reforma de su Estatuto y se permita la presentación de quejas individuales. Convenios Internacionales han procurado la posibilidad de que la Corte Internacional de Justicia, tenga competencia para resolver controversias entre Estados relacionadas con la interpretación o aplicación de normas que protejan contenidas en los tratados, permitiendo así una protección a nivel internacional indirecta de los derechos humanos, siempre y cuando los Estados partes inicien el proceso; sin embargo hay una desventaja en éste criterio, el cual tiene su génesis en el mecanismo a utilizar sería a travez de la protección Diplomática y es evidente que los Estados por lo general, actúan en función de sus intereses, los cuales en ocasiones o la mayoría de las veces, no coincide con los intereses de las víctimas de violaciones de sus derechos fundamentales. Aunado a lo anterior, previo a asistir a un arreglo judicial, debe de haberse acudido o agotado otros remedios judiciales como son la negociación y el arbitraje. Si bien existe una lejanía en la posibilidad de que la Corte Internacional de Justicia actúe como un tribunal internacional de derechos humanos, muchos casos que han sido puestos en su conocimiento mediante la vía consultiva, han servido de base para su resolución, vinculados precisamente

con violaciones de Derechos Fundamentales; por ejemplo Asuntos de la Haya de la Torre, Nottebohm, el derecho de asilo, ensayos nucleares, actividades militares y paramilitares en contra de Nicaragua, así como el Asunto del Sahara Occidental, Consecuencias Jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia, Reservas a la Convención para la Prevención y sanción del Crimen de Genocidio, Reparaciones por daños sufridos al Servicio de la Naciones Unidas, entre otros.

- Tutela de Derechos Fundamentales y Diálogo Judicial en Europa.

La tutela de derechos fundamentales ha sido llevada a cabo a nivel nacional, por jurisdicciones ordinarias y constitucionales, des un ámbito supranacional de la Unión Europea y nivel internacional a lo interno del consejo de Europa. Existe desde un punto de vista de integración entre el Juez nacional y el Juez comunitario, donde se establece un canal privilegiado de comunicación, a través de lo previsto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁷ dispone: “el Tribunal de Justicia de la unión europea será competente para con carácter prejudicial: a) Sobre la interpretación de los tratados; b) sobre la validez interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la unión; cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los estados miembros, dicho órgano podrá pedir al tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de sentir asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuya decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial te derecho interno, dicho órgano estará obligado someter la cuestión al tribunal. Cuando se plantea una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, oye decisiones no sean susceptibles

³⁷ El artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (T.EU.E).

tengo ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al tribunal cuando se plantea una cuestión de sentir un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de La Unión europea se pronunciará con la mayor brevedad). En éste sentido el Juez nacional tiene cierta incertidumbre sobre la validez de la normativa comunitaria para plantear una consulta prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea, ya que es una obligación de las jurisdicciones de ultima instancia y una facultad para los restantes jueces.

El tribunal de Justicia en las sentencias *Stauder, Internationale y Nold*, reconoce que los derechos humanos forman parte de los principios del derecho comunitario, acudiendo a la “teoría de los contralímites”, la cual fue desarrollado por parte de la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Federal Constitucional Alemán. La Corte Constitucional Italiana determina una imposibilidad de la Comunidad Económica Europea de violar los principios fundamentales del orden constitucional o los derechos inalienables de la persona humana³⁸, en igual sentido el Tribunal Federal Alemán se declara competente para el control de constitucionalidad sobre el derecho comunitario, en el supuesto de que un tribunal considere que un precepto de derecho comunitario entre en conflicto con un derecho fundamental reconocido en la Ley Fundamental³⁹. Justicia constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal. Ed. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2008). Al momento de la promulgación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -*Carta de Niza, 2000*-, establece un catálogo de derechos fundamentales, por lo que a la

³⁸ Sentencia número 183-1973, Corte Constitucional Italiana.

³⁹ La teoría de los contralímites puede ser estudiada con mucho mas detenimiento en la obra coordinada por TAJADURA Javier, DE MIGUEL Josu (coords).

entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009⁴⁰, el cual fue de acatamiento obligatorio de los Estados miembros y para todas las instituciones de la Unión Europea, lo que señaló la constitucionalización del derecho comunitario. El artículo 6 incisos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea, plantea que aquellos órganos de la Unión Europea, incluida la Corte de Justicia, no solo deban de respetar los derechos humanos reconocidos en la Carta de Niza, sino que llevada a cabo la histórica adhesión deberán tutelar lo dispuesto en la Convención Europea de Derechos Humanos, estableciendo con esto un diálogo entre la Corte de Estrasburgo y el tribunal de Luxemburgo, con el fin de una aplicación debida de los Derechos Humanos en Europa.

El tribunal se ha considerado se considera intérprete no de un simple tratado internacional, sino que ha calificado de Convenio Europeo de los Derechos Humanos como un instrumento constitucional de orden público europeo⁴¹. En el ámbito de de la relación con las cortes nacionales no existe un canal de cooperación como el reenvío prejudicial en sede comunitaria, a pesar de la existencia de un proyecto para crear el reenvío de convencionalidad, donde se podría plantear por parte del Juez nacional a la Corte EDH, tal y como es previsto en la reciente Conferencia de Brighton⁴². El derecho comunitario europeo y en particular la relación entre la Corte de justicia U.E. y las Cortes nacionales es evidente la apertura de jurisdicciones constitucionales en plantear el reenvío prejudicial, mecanismos por excelencia de diálogos institucionales, tal es el caso del auto número 86-2011 del Tribunal Constitucional Español, así como las órdenes número 102 y 103-2008 en un proceso en vía principal, y más

⁴⁰ Sobre los antecedentes, el proceso de aprobación, la estructura y contenidos del Tratado de Lisboa, así como los retos que ésta plantea se puede consultar, PASSAGLI Paolo. *Il Trattato di Lisbona*, p. 350 - 362. En PANIZZA Saulle, ROMBOLI Roberto (a cura di). *Tema e questioni di attualità costituzionale*. Ed. Cedam, Padova, 2009.

⁴¹ Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia *Loisidou vs. Turquía* del 23 de marzo de 1995. párr. 75.

⁴² Esa posibilidad se encuentra planteada en la Declaración de Brighton.

recientemente la orden número 207-2013 en un proceso llevado a cabo por parte de la Corte Constitucional Italiana⁴³. La relación entre la Corte de Justicia U.E. y las cortes nacionales se describe desde un ámbito supranacional, donde la relación del juez nacional y el juez comunitario establece un canal de comunicación a través del reenvío o cuestión prejudicial, previéndolo en el artículo 267 del tratado de la Unión Europea. En el derecho comunitario se ha formalizado en el artículo 22 K) del Protocolo de Tegucigalpa en el cual se ha previsto que la cuestión de prejudicialidad es planteada ante la Corte Centroamericana de Justicia.

Como mecanismo de diálogo institucional, el reenvío prejudicial es comúnmente denominado diálogo judicial o entre cortes, centralizando el instrumento del reenvío prejudicial, permitiendo a un órgano jurisdiccional consultar a la Corte de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación o validez del derecho europeo que debe de aplicar en la resolución de un caso concreto, llevando a cabo una doble función en apariencia, por un lado lleva a cabo el rol de juez de legitimidad de los actos comunitarios por medio de la vía incidental de las leyes, y por otro lado cumple una tarea resolviendo dudas interpretativas relativas a las normas comunitarias, esclareciendo con esto el significado de éstas y que son contenidas en un acto derivado o en el tratado. A diferencia del resto de los procedimientos jurisdiccionales, el procedimiento prejudicial no es un recurso interpuesto contra un acto europeo o nacional, sino una consulta sobre la aplicación del derecho europeo, donde las jurisdicciones de última instancia están obligadas a ejercer procedimientos de prejudicialidad de oficio o si una de las partes así lo solicitan, invocando la responsabilidad del Estado por la violación del derecho de la Unión Europea en aquellos supuestos, en que la violación del juez de última instancia de no haber llevado a cabo el reenvío prejudicial, se acompañe de una decisión jurisdiccional que vulnere una norma

⁴³ ROMBOLI Roberto. Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo, p.431 ss. En CANCCIO Adriana (coord). Nuova strategia per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Ed. Aracne, 2014.

de la Unión. El sistema de rango constitucional determina que los Tratados se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución, tal es el caso de Holanda⁴⁴, aunque no se puede encontrar una referencia explícita, en los artículos 92, 93 y 94 Constitucionales constituyen la apertura al derecho internacional de los derechos humanos el cual se reconoce en el artículo 16 de la Constitución de Portugal de 1976, que dispone que: *“1. Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución nos excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables del derecho internacional. 2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.”* En igual sentido el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978 refiere que *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”* Esta apertura al derecho internacional de los derechos humanos, es reconocida en recientes Constituciones de algunos países de Europa del este, tal es el caso de Bulgaria, Armenia, Georgia, Kazagistan, Croacia, Albania, Macedonia y Moldavia.

Capítulo II. Definición y Tipos de Control de Constitucionalidad.

1.- Control de Constitucionalidad:

- Control de Constitucionalidad Definición.

En palabras de Ferrajoli⁴⁵, un modelo de justicia con observancia de las garantías, consiste en una tutela de los derechos constitucionales: los cuales -de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expertas vivas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos-

⁴⁴ HAECK Yves, op. cit. p. 83.

⁴⁵ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 28-29.

que son el Derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia, de lo que podemos extraer según lo descrito por el autor, que el Derecho existe para tutelar derechos fundamentales. El principal responsable por dar o negar efectividad de los citados derechos, es el encargado de la actividad jurisdiccional, quien tiene la obligación *-juez-* de ser garante de ante violaciones o amenazas de lesión a derechos fundamentales constitucionales consagrados, por lo que ésta actividad jurisdiccional debe de ser inteligente y activo además. Por lo que la actividad del juez en un Estado Democrático y su legitimidad no es política sino que se basa desde una perspectiva constitucional, actuación que se centra en la protección de los derechos. Fundamentales de todos y cada una de las personas humanas, aunque deba de optar por una posición en contra de la opinión mayoritaria o mediática; así que si un juez debe de aplicar normas jurídicas pertinentes para la solución de un conflicto, debe de iniciar con normas de rango constitucional y luego aplicar aquellas normas del estado, siempre y cuando no colisionen con la ley fundamental.

La Constitución es una ley de garantías frente a excesos o abusos tanto del poder político como de derechos individuales y colectivos, limitando de ésta manera el autoritarismo o totalitarismo de un Estado, tal es el caso de la anarquía, caos y la ley de la selva en la sociedad, situaciones que llevarían a la marginación de la ley y desintegración del orden jurídico en la sociedad⁴⁶. Ricardo Guastini⁴⁷, quien indica que en un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulte completamente impregnado por las normas constitucionales - *constitucionalización del ordenamiento jurídico-*, traduciendo lo anterior en que

⁴⁶ Haro, Ricardo. “La constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Montevideo, Konrad Adenauer, 2004, p. 45.

⁴⁷ Guastini, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 49-73.

una Constitución marcadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, el accionar de los actores políticos y las relaciones sociales. La existencia de instrumentos que aseguren la eficacia de la Constitución, siendo que es susceptible de ser contravenida como cualquier norma jurídica, evitando así la desobediencia a los postulados que contiene y estructuran al Estado ideológica y orgánicamente, traduciendo lo descrito en una defensa de la Constitución. Prevenir la violación de derechos fundamentales, reprimir su desconocimiento, logrando así el desarrollo y evolución de las disposiciones constitucionales, se basa precisamente en la defensa de la Constitución, integrada por todos los instrumentos jurídicos y procesales, de los cuales uno de los mecanismos de defensa que existe es el de control de constitucionalidad de las normas o las leyes, logrando así que se prevenga, repare, anulen o sancionen, la violación de disposiciones constitucionales, manteniendo de ésta forma el respeto a las normas de rango constitucional, reprochando actos contrarios a la ley fundamental, estableciendo responsabilidades y sanciones a la que contingente e indirectamente podría servir. Tradicionalmente podrían vislumbrarse en la teoría constitucional, diversos modos o modelos de constitucionalidad, donde se identifican elementos característicos propios, perfilando y distinguiendo aspectos particulares que determinan la naturaleza de los sistemas difusos y concentrados de control de constitucionalidad, así como de las magistraturas respectivas⁴⁸. Los medios de control de constitucionalidad podría ser clasificados desde los siguientes puntos de vista:

1. La naturaleza del órgano encargado del control constitucional.
2. Conforme el número que lo ejercen.
3. Por la orientación de la interpretación constitucional que requieren.

⁴⁸ Al respecto consúltese: Sagües, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001. Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*, Lima, Editorial Palestra, 2006.

Por lo que podemos afirmar que existen dos grandes variantes del control de constitucionalidad de las leyes, el americano y el europeo, también llamada kelseniano o austriaco, por lo que debe de analizarse ambas variantes, que permita adquirir conocimientos conceptuales necesarios para construcción de las funciones del juez, en un marco de un proceso penal.

- Sistema “Concentrado” de Control de Constitucionalidad.

El sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes se le conoce como sistema europeo sin embargo, no siempre con el control constitucional de la leyes se cristalizó Europa, lo anterior por la siguiente razonamiento jurídico:

Primero, un entendimiento rígido de principio de separación de poderes, Y posibilitaba una injerencia que tal gravedad en la función fundamental del parlamento, siendo la potestad legislativa; especialmente si se piensa que los órganos jurisdiccionales eran designados directa e indirectamente por el rey, al tiempo que disfrutaban la configuración doctrinal de Montesquieu de un relieve muy secundario, al ser definidos como " la boca muda que pronunciar las palabras de la ley", segundo, el desmedido culto al texto escrito de las normas y, en especial, a las leyes dictadas por el parlamento, en una época presidida por la preponderancia de la llamada Escuela Exegética, con formulaciones tan expresivas como la de Bugnet⁴⁹ “yo no enseño derecho civil, sino código civil”; tercero, la confianza era ilimitada en la racionalidad de la ley, máximo reflejo de la superioridad de la razón humana; la convicción casi religiosa, en la bondad absoluta de la “volonté générale”; y cuarto, la exaltación el principio de la soberanía parlamentaria, que hacía imposible cualquier intento de controlar y valorar la adecuación de las leyes por otros órganos ajenos a la misma institución parlamentaria.

⁴⁹ González-Treviano Sánchez, Pedro José, *El tribunal constitucional, Navarra*, Editorial Aranza-di, 2000, p.25.

Comienzos del siglo XIX aparecen factores favorables al control judicial. Como es la aclaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano no se formula un catálogo de derechos y libertades naturales imprescriptibles -artículo segundo-, donde se afirma " toda sociedad en la que no se reconocen los derechos fundamentales ni se asegura el principio de separación de poderes no tiene constitución" -artículo 16-. En 1874 Suiza fue el primer país europeo que organizó un sistema control constitucional asignando al tribunal Federal el control constitucional de las normas de los cantones, sin embargo. Nuevo proyecto sobre justicia constitucional a lo largo del siglo XIX y buena parte del siglo XX en razón de la inexistencia de tribunales constitucionales, ya que la ley era expresión de la voluntad del pueblo, una fuente de obligaciones que mediante delitos y penas definía el orden público; y como consecuencia, esa supremacía era que el verdadero soberano era el parlamento. El tribunal constitucional, según que Kelsen, establecía como tarea un juicio de compatibilidad lógica entre la ley la constitución, media tu juicio lógico abstracto y negativo, eliminando en la norma incompatible pero sin crear una nueva ley, sin adecuar la norma la realidad social, sino creando un juicio de validez o de compatibilidad de la norma a la constitución. Kelsen concibe el ordenamiento jurídico Como una pirámide en cuya cúspide se encuentra la Constitución como norma *normarum* que, por su superioridad jerárquica, le da validez al resto de las normas integrantes del ordenamiento.

El sistema concentrado de constitucionalidad las leyes opera este el reconocimiento a un solo órgano de la importante función que mantener dentro de los cauces de la constitucionalidad a los actos y a la producción legislativa, momento en que las normas jurídicas de más alto nivel estructuran y diseñan un órgano *ex profeso* para esta importante actividad por lo que se puede decir, que tal sistema es concentrado. Enrique Uribe apunta lo siguiente: "*el sistema concentrado atribuye a un solo órgano la competencia con carácter exclusivo para conocer y resolver acerca de la la constitucionalidad de actos y normas*

jurídicas. De aquí se derivan dos grandes cuestiones: por un lado, la idea de que la competencia no puede ser compartida; esto es, la decisión última para terminar la constitucionalidad o su ausencia en un caso específico, debe provenir invariablemente de un solo órgano, de una instancia que tiene reservada para sí la capacidad jurídica - e incluso política - para decidir con plena autonomía e independencia el sentido de la cuestión objeto de análisis. Por el otro lado, es claro que la competencia se extiende a dos ámbitos de singular importancia para el Estado; es decir, a la producción legislativa en todas unidades Irma nena especial en el ámbito donde la supremacía de la Constitución es más evidente y, además de ello, al control de los actos de quienes ejercen la potestad del Estado desde los distintos ámbitos del quehacer estatal”⁵⁰.

En resumen, se pueden identificar las siguientes características del sistema control concentrado:

1. El control se confía a un tribunal constitucional distinto de los tres poderes clásicos del estado.
2. Es un control concentrado por cuanto tribunal constitucional es el juez único de la ley.
3. El tribunal constitucional sólo actúa instancia de parte.
4. La legitimación para recurrir ante el tribunal constitucional se configura de manera restrictiva mi general no pueden acceder los ciudadanos.
5. Si quien recurre es un órgano político, la vida es el control abstracto. Si quien recurre su órgano judicial, la vida es el control concreto o sea, que que si en el curso de un proceso se suscita la duda sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso y de cuya validez depende.
6. La sentencia del tribunal constitucional tiene fuerza de ley porque es legislador negativo.

⁵⁰ Uribe Arzate, Enrique. *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 109.

7. La sentencia el tribunal constitucional es constitutiva y por ende produce efecto ex nunc.

En el caso de Latinoamérica, las características y aplicación de este sistema son las siguientes⁵¹:

1. En Países latinoamericanos cuando el control concentrado es exclusivo, se concentra en virtud de disposiciones constitucionales pertinentes, en la Corte Suprema de Justicia que es cabeza de poder⁵² o en sus Salas⁵³.
2. Cuando el control concentrado de constitucionalidad coexiste con un sistema difuso, puede estar radicado en la Corte Suprema de Justicia (Venezuela artículo 215, Brasil en el Tribunal Supremo Federal) o en tribuna constitucional (Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia).
3. El caso del sistema concentrado de Chile, se ejerce simultáneamente según los casos, por la Corte Suprema de Justicia que conoce por vía incidental, como por el Tribunal Constitucional el cual ejerce un control preventivo en la discusión de proyecto de reforma constitucional, leyes aprobatorias de tratados internacionales y leyes constitucionales, además de ejercer Control a posteriori sobre los decretos del Poder Ejecutivo con fuerza de ley.
4. Por otro lado, se observa quien el sistema concentrado la provisión de los una vez para ejercer ex officio el control de constitucionalidad de las leyes y actos estatales de carácter general, rige como en el difuso, sin perjuicio de que la Corte Suprema o Constitucional se pronuncie sobre otras inconstitucionalidades no deducidas.
5. Una ley se puede decretar su inconstitucionalidad por acción o por vía incidental (Uruguay, Honduras, Paraguay, Panamá, Costa Rica), aunque también podría ser planteada por vía de acción popular (Colombia, Panamá,

⁵¹ Haro, Ricardo, "El control de constitucionalidad...", Ob. Cit., pp. 40 y sgts.

⁵² Honduras artículo 184.4, Panamá artículo 188.1, Uruguay artículo 256.

⁵³ Costa Rica en la reforma de 1989 al crear la sala constitucional; el Salvador artículo 174, Paraguay artículo 260.

El Salvador, Nicaragua, Ecuador) o acción directa (Ecuador, Guatemala y Bolivia, Y que se establece la acción directa de los funcionarios específicamente señalados).

Una de las mayores aportaciones el sistema concentrado es este un al constitucional siendo que dicho órgano presenta la dimensión distinta la concebida porque Kelsen, al constituirse Como un legislador positivo, siendo un órgano jurisdiccional superior encargado de interpretar o dotar de contenido a los valores constitucionales, al analizar los alcances defectos y para el sistema social generaría una declaración de inconstitucionalidad, desarrollando una función armónica entre los conflictos jurídicos o políticos que emanan de un proceso de inconstitucionalidad, evitando la expulsión de la norma del ordenamiento, fungiendo Como un legislador positivo.

- Sistema “Difuso” de Control de Constitucionalidad.

En el sistema de control difuso existen órganos a través de los cuales es posible realizar el desahogo de las cuestiones de constitucionalidad, partiendo de la exigencia que las leyes se deben de ajustar a lo dispuesto por la constitución, encontrándonos frente a un sistema de control constitucional que encuentra en distintos órganos su cauce normal. El juez reconoce que una norma jurídica es incompatible con la constitución actuando a instancia de parte o de oficio, dejando sin efecto la norma en dicha causa (y sólo en relación de ella), haciendo prevalecer la norma constitucional que la contraría. Por lo tanto, el juez que ha ejercido un control difuso, no anula la norma inconstitucional haciendo una declaratoria de carácter general o particular en ese sentido, si no que se limita a inaplicarla en el caso concreto en que se consideró que los artículos de la ley invocada o hasta la propia ley, contradicen la Constitución. Por lo que en principio todos los jueces deben llevar acabo un razonamiento esencial determinando la constitucionalidad o no, de la ley que se pretende

aplicar, postulados y principios opuestos al sistema concentrado de control de constitucionalidad.

Los jueces estamos obligados a interpretar las leyes en los casos concretos que cotidianamente se someterá su decisión, tal es el caso cuando disposiciones legislativas se contradicen entre sí queriendo aplicar la que tenga preeminencia usual en criterios tradicionales, criterio que carece de validez entre disposiciones de diversa fuerza normativa; y así, la norma constitucional prevalece siempre sobre la disposición ordinaria contrastante, encontrándose el Juez en el deber de decidir en caso el cual tenga relevancia una norma legislativa ordinaria opuesta a la norma constitucional, queriendo aplicar la primera, y aplicar por el contrario, la segunda. García de Enterría, señala respecto lo siguiente: *“este sistema implica que todos los jueces están habilitados en aplicar las leyes cuando las juzgan contrarias a la constitución (multiplicidad de control en el que, sin embargo, pone orden el principio stare decisis, que vincula los tribunales inferiores a la jurisprudencia de la Supreme Court”*. Se pueden presentar casos en los cuales la norma contenida en una ley analizada in abstracto en relación con la constitución debe aplicarse a un caso concreto porque no contraviene el texto fundamental, pero al realizar esa aplicación a determinados supuestos de hechos o situaciones jurídicas, dicha aplicación resulta inconstitucional. La interpretación de la norma y la duda de constitucionalidad sube elementos que motivan a hacer referencia a la interpretación previa de la norma y a la forma en que puede condicionar la decisión del juez, asentándose en los siguientes principios:

1. Cualquier juez puede incluso debe, valorar la aplicación de la Constitución por encima de la legislación ordinaria, evitando de esta forma enviar a la suprema corte de justicia aquellos casos en los que se plantea la posible contradicción entre una norma cualquiera y alguna disposición de rango constitucional.

2. Los efectos de la resolución no se hace extensivos a los demás sujetos aunque pudieran compartir la misma problemática, ya que no han acudido al tribunal a exponer la posible inconstitucionalidad, inclusive aunque se emita una sentencia que declare inconstitucional determinado corpus, los efectos se rigen por el principio de la relatividad de la sentencia, dejando de lado los derechos de los habitantes que no se han apersonado ante el juzgador.
3. La vía de excepción, es el mecanismo de control constitucional el cual tiene el mismo procedimiento planteándose como una cuestión de carácter incidental.
4. El juez hasta después de haber realizado un análisis del principio o regla constitucional, así Como de la significación del precepto legal, explorando la existencial una solución interpretativa que larga compatible con la Constitución.

La interpretación que realizan los jueces conforme la constitución no ha de equipararse completamente a la interpretación que llevar acabo un Tribunal Constitucional, ya que los poderes de reinterpretación de este último y adaptar la norma legal a la constitución son más amplios, estableciendo con efecto de erga omnes a fin de no entrar en conflicto con la norma Suprema. Por tanto, la decisión en materia de control difuso es una decisión expresa y no es aceptable una especie de control difuso tácito de la constitucionalidad; ya que no puede reputarse como sobreentendida la inconstitucionalidad de una norma legal que - en principio- goza de una presunción de legitimidad, debiendo contener un análisis expreso que justifique su inaplicación para el caso concreto de una norma legal que pretende ser cuestionada.

- Sistema “Dual o Mixto” de Control de Constitucionalidad.

El desarrollo del control constitucional de leyes estados Unidos originó un examen del compatibilidad entre las normas jurídicas y la constitución, facultando a todos los jueces a desaplicar las normas en casos concretos. Los sistemas de control difuso y concentrado, dista de los sistemas europeo de

jurisdicción constitucional, así como de su evolución y de la revisión judicial de las leyes en los Estados Unidos, razón por la cual es que se habla de un sistema intermedio el cual se denominó como Sistema de Contra de Constitucional día, mixto o paralelo. En Norteamérica, impartir justicia constitucional no es un ejercicio exclusivo de los Jueces del Poder Judicial, ni tampoco en un Tribunal Constitucional como en los dos sistemas estudiados anteriormente, sino que la responsabilidad es confiada de manera simultánea tanto a la jurisdicción del Poder Judicial, como a los Tribunales Constitucionales; por lo que la forma de solución de mixtura orgánica implantada, genera una dualidad de magistratura constitucional que no concuerda con los modelos puros u originarios de control de Constitucionalidad de las leyes, añadiendo matices que si bien no inciden en los aspectos orgánicos, gravita en en sus aspectos funcionales y competencias, génesis de un sistema dual de modelos funcionalmente mixtos de constitucionalidad.

Casal Hernández, indica lo siguiente: *“La dualidad o mixtura de los sistemas radica en que junto al poder difuso o descentralizado de desaplicación de las leyes el poder de anular las leyes que la contraríen. De esta forma, no se trata en rigor de una convivencia del modelo concentrado con el difuso, como a veces se señala, pues en su delimitación clásica de ambos se contraponen, sino de la coexistencia de facultades que en dichos modelos nunca convergen. Así, el modelo concentrado de control de constitucionalidad supone, por definición, que un alto tribunal especializado, situado dentro o fuera del Poder Judicial, asume con carácter privativo el denominado monopolio del rechazo de las leyes consideradas inconstitucionales, por lo que la supuesta coincidencia de este sistema con el difuso sería más bien su negación”*⁵⁴. Por su parte, Domingo García Belaúnde, señala que *“El modelo dual o paralelo -puede llamarse indistintamente- es aquel que existe cuando en un mismo país, en un*

⁵⁴ Casal Hernández, Jesús María. *Constitución y justicia constitucional*, 2da. Edición, Caracas, Universidad Andrés Bello, 2004, p. 149.

mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse o desnaturalizarse (...) Por éstas razones, y por haber incorporado casi en bloque el modelo concentrado dentro de un sistema difuso, sin contaminarlo ni absorberlo, creo que dentro de los modelos derivados y al lado del modelo mixto, debemos de colocar al dual o mixto⁵⁵.

En otras palabras el modelo mixto o dual facultad jueves desconoce leyes incompatibles con la Constitución a resolver casos concretos, así como la existencia de un órgano jurisdiccional competente para declarar la inconstitucionalidad de las medias con efecto erga omnes; tal es el caso de la mayoría de países latinoamericanos y de algunos países europeos donde este sistema se ha establecido revelando así, la recepción del control constitucional americano en países con influencias Romanas, tal es el caso de Brasil, Colombia, Costa Rica, el Salvador, Guatemala, Perú, República Dominicana, Venezuela y de Portugal. Debe mencionarse que este sistema mixto o dual, cada país que no adoptado refleja características propias el estado, tal es el caso de Perú donde existen procesos constitucionales competencia del Tribunal Constitucional, y otros que es de exclusivo conocimiento del Poder Judicial, como es el caso de proceso de acción popular; sin embargo el procesos constitucionales conocidos inicialmente por el poder judicial y que posteriormente son resueltos por el tribunal constitucional como es el caso del hábeas corpus y del recurso amparo, por lo que en este caso concreto Como si un juez peruano ejerce control difuso en su resolución, inaplica una norma por inconstitucional, el caso debe ser conocidos mediante consulta ante la sala constitucional de la Corte Suprema quien tendrá la última palabra de la forma en cómo proceder aquel juez, situación que se contrapone al sistema americano de control difuso.

⁵⁵ García Belaúnde, Domingo. *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Editorial Temis, 2001, pp. 133 y 135.

Por último señalando Gustavo Alberto Musumeci, quien resalta la ventajas de aplicación del sistema de control actual o paralelo de un Estado constitucional derecho:

- A. El sistema de control mixto al funcionar, en forma paralela -lo que conlleva a que tanto el control difuso como el concentrado se desarrollan en el marco de su propia lógica interna, sin que los mismos se crucen-importa fortalecer la jurisdicción constitucional en materia de supremacía constitucional. Además, de esta manera se produce una retroalimentación de los modelos de control lo que lleva a una consecuencia lógica innecesario el propio sistema de control, cual es, aquella tendiente a purificar el ordenamiento sub constitucional.
- B. Fortalece la democracia participativa. Éste implica que al lado del sistema representativo en crisis hace muchos años⁵⁶, la democracia participativa no intenta sustituirlos sino complementarlo. Frente al ritual del voto y la enajenación de la capacidad política hasta la próxima elección, la democracia participativa aspira a que los ciudadanos dejen de ser simples espectadores de las políticas y rumbos de gobierno para comenzar a ser protagonistas de las decisiones colectivas a través de mecanismos permanentes de actuación sobre la cosa pública. Gil Domínguez, Andrés sostiene que el punto clave para entender el sistema jurisdiccional estado por la democracia participativa y el modelo dual o paralelo en el cual los intereses particulares son superados por la defensa abstracta de la legalidad constitucional. No se limita a actuar en casos concretos, sino que el radio jurisdiccional se expande a los casos constitucionales en los que cualquier persona -más allá de su interés personal- ponen marcha la jurisdicción constitucional -en

⁵⁶ Ver Miller, Jonathan, "Control Judicial de Constitucionalidad y estabilidad institucional: Sociología del modelo estadounidense y su colapso en la Argentina". En: *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Di Tella*, vol. 1, n.2, Buenos Aires, 2000.

beneficio de toda la comunidad- con el objeto de preservar la supremacía constitucional.

- C. Evite el incremento de la litigiosidad. Esto implica que el control abstracto de constitucionalidad, Opera como una tutela preventiva ante la afectación de principios y preceptos constitucionales, circunstancia esta, por lo que evita la reiteración de violaciones concretas individuales derechos, y con ello la multiplicación en el futuro de reclamos análogos ante los tribunales.
- D. Se trata de un mecanismo constitucional complementaria. Ello es así toda vez que la acción directa en constitucional, actúa como herramienta alternativa al control difuso de constitucionalidad.

Capítulo III. Definición, Tipos de Control de Convencionalidad y su Aplicación en el Proceso Penal.

1.- Control de Convencionalidad:

- Control de Convencionalidad Definición.

El control de convencionalidad es aporte latinoamericano para el mundo, con la finalidad de proteger los derechos humanos que las personas, donde la convención americana tomó como fundamento los siguientes artículos:

Artículo 1: "1. Los estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...)"

Artículo 2: "si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Igual sentido se infiere que la Corte Interamericana, a través de los votos concurrentes de García Ramírez en los casos Myrna Mack, Tibi y Vargas Areco, trabajo con el denominado control de convencionalidad, dónde primer momento se entendió como la potestad de la Corte Interamericana de revisar las normas y actos de los estados partes de la Convención Americana cuando se están analizando un caso de violación de derechos humanos, En el sentido de establecer su compatibilidad con las normas de la citada convención; caso contrario se podrá declarar, en el asunto sometido la competencia contenciosa de la corte, la responsabilidad internacional del Estado parte infractor. El compromiso del Estado hacia el respeto de derechos humanos es el adecuar su normativa a tratados internacionales a los que se haya suscrito; sin embargo, por un tema de soberanía o una debida interpretación del principio de supremacía constitucional, algunos países de la región sometieron a juicio o crítica el citado deber -la norma internacional es de aplicación general es decir que el convenio internacional ni siquiera puede ser contradicho por el ordenamiento constitucional-. El hecho que un Estado de la región suscriba la Convención Interamericana, se comprometen internacional a la protección de derechos fundamentales situación, que no es de observancia exclusiva del legislador, sino también del operador jurídico, ya que la administración de la justicia debe aplicarse con respeto a los derechos humanos, y extendiéndose introducir al aplicación de la norma jurídica.

Con fin de garantizar el deber de adecuación, se ha establecido como mecanismo de protección de los derechos humanos la denominada cláusula o control de convencionalidad, donde la Corte Interamericana mediante resoluciones hace referencia como atribución de la citada Corte. El objetivo principal del control de convencionalidad, es lograr una efectiva tutela del derecho internacional de los derechos humanos donde los ordenamientos nacionales, se hayan obligados a su aplicación.

En la parte considera activa de la sentencia Almonacid Arellano vs Chile, del 26 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana Derechos Humanos indicó que: *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la convención americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no serían mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican unos casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente tratado, sino también la interpretación que el mismo hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En esa misma línea ideas, esta corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁵⁷. Con resuelto, la Corte advierte que los jueces nacionales tienen obligación de anteponer los tratados internacionales de protección de derechos humanos suscritos por el estado donde laboran, frente a aquellas normas internas que violan a los primeros; en razón al pacto sunt servanda que impacta, aún, a la actividad jurisdiccional nacional, y por otro lado, al imperio convencional de aquellos documentos internacionales protectores de derechos humanos que, por su alcance e importancia tienen aplicación preferente ante normas legales internas; inclusive, cuando las normas internacionales de*

⁵⁷ Fundamentos 124 y 125.

protección derechos humanos se contraponen con la legislación interna - *principio de supremacía convencional*-.

Como postulado de la corte interamericana se indica que el control de convencionalidad, diferenciándolo con el control de constitucionalidad, lo ejercen los jueces nacionales y con mayor razón la propia Corte, y manera oficiosa además, puntualizando que hecho control se ejerce dentro de un marco que competencia y regulaciones procesales, considerando tanto presupuestos formales como materiales de admisibilidad y procedencia, fuentes tanto de la normativa interna como de la convencional así como, la jurisprudencia nacional y supranacional en materia de derechos.

- **Antecedentes, Parámetros del Control de Convencionalidad.**

Los estados nacionales desde el siglo pasado se han unido para emitir documentos internacionales donde se reconozcan los derechos humanos a un estándar internacional y se establezcan órganos de supervisión y control, comenzando proceso de internacionalización del derecho constitucional, fundamentado en las relaciones de los estados y no en la protección de los individuos. Al respecto Dienheim⁵⁸, nos hablan constitucionalismo universal que se expresa de la siguiente manera:

a.- Sistema universal.

La cartera Naciones Unidas de 1945 representan inicio este movimiento, después de una fallida Sociedad de Naciones, refiriéndose a la necesidad de reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de naciones grandes y pequeñas. El primer paso de la internacionalización del derecho constitucional fue mediante la declaración universal de derechos humanos aprobada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas

⁵⁸ Dieneim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel de. *Constitucionalista universal. La internacionalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.

el 10 de diciembre de 1948, donde se establece un catálogo de derechos humanos para la humanidad, posteriormente, se han ido aprobando importantes documentos y tratados internacionales en esa materia; así tenemos: el pacto internacional de derechos civiles y políticos, pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos, el Segundo protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos donde fue abolida la pena de muerte en 1989, entre otros.

Debe destacarse que además de la regulación convencional de Derechos, fueron creados comités con el fin de supervisar las obligaciones de aquellos estados signatarios, dentro de los cuales podemos nombrar el Comité de derechos económicos, sociales y culturales, el Comité para la eliminación de la discriminación racial, el Comité de los derechos del niño, el Comité contra la tortura, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, así como el Comité de los derechos de los trabajadores migratorios. La Corte Internacional de Justicia, es el órgano judicial principal de la Naciones Unidas, sin embargo, han sido creados de una vez especializados como el Tribunal del Mar, asimismo, en materia penal se destaca la creación de tribunales ad hoc, Nüremberg, Tokio, Ruanda, Tribunal Penal internacional para la ex Yugoslavia, y la Corte Penal Internacional, entre otros.

b.- Sistemas regionales.

Paralelo sistema universal, existen tres sistemas regionales en la protección de derechos humanos: el europeo, el interamericano y el africano.

Por lo anterior existe una evolución del derecho de gentes⁵⁹, *donde no sólo es un aparato disposiciones sustantivas, con fuerza vinculante o sin ella, Sino también de órganos y procedimientos para su aplicación debida*, destinados a

⁵⁹ García Ramírez, Sergio & Toro huertas, Mauricio Iván del. "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2001, p. 04.

dirimir litigios entre Estados e individuos con motivo de vulneración de derechos humanos, donde resulta una responsabilidad internacional del Estado; siendo los resultados de interés mundial obtenidos de cara a una eficaz protección de los mencionados derechos, ya que en caso de violación de derechos humanos no solamente son de importancia para el estado y el individuo involucrado, sino para toda la humanidad. Estos pronunciamientos constituye una orientación por excelencia en el tema derechos humanos, integrando un tipo de corpus iuris, que establece el carácter obligatorio o facultativo del cumplimiento de tales instrumentos y pronunciamientos por parte los Estados.

- Control de Convencionalidad “Concentrado”.

El Control de convencionalidad obedece a facultades inherentes de organismos jurisdiccionales supranacionales, Quienes resuelven casos contenciosos sometidos a su consideración, garantizando al lesionado en el goce de su derecho o libertad con conculcados y reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de sus derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Ferrer y Silva precisan que el control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana: realizando un control de compatibilidad entre el acto de deliberación y el Pacto de San José, recayendo la responsabilidad internacional sobre el Estado y no sobre algunos de sus órganos o poderes⁶⁰. La tarea de la Corte Interamericana es la inspeccionar si los países han violado como las convenciones sujetas a su competencia, estableciendo que una sentencia con carácter de cosa juzgada de jueces domésticos tiene que ser necesariamente cumplida debido a que ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, siendo uno de sus efectos la obligatoriedad, aunque podría discutirse ante esta autoridad la cosa juzgada

⁶⁰ Ferrer Mc-Gregor, Eduardo & Silva García, fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa, 2011, p. 56.

una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa.

Sergio García Ramírez, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su voto concurrente en el caso Tibi, indicó lo siguiente: “... se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegaba su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si lo según andes constitucionales controlan “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho de una sociedad democrática. El tribunal interamericano, Por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.”⁶¹. No obstante, la Corte Interamericana sostenía improcedencia de revisión supranacional si el precepto atacado no había sido aplicado, sin embargo últimamente cambio de tornas, destacando su potestad de controlar la convencionalidad de las normas locales aún en abstracto⁶², estableciendo que aunque puede haber una infracción al pacto de San José, aun cuando el dispositivo normativo doméstico no haya sido aplicado en un asunto concreto, debiendo el Estado responsable adecuar su normativa a las disposiciones de la

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tibi con Ecuador, (2004).

⁶² Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 68 - 71.

Convención Americana. El artículo 63.2 de la Convención Americana, establece que: *“en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se trata de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, poder actuar a solicitud de la Comisión.”*, por lo que la protección convencional le otorga a la Corte Interamericana la posibilidad de adoptar las medidas provisionales pertinentes o que considere necesarias, en la espera que se resuelva la situación jurídica puesta a su conocimiento, valorando de sushi queda concurrir tres condiciones para disponer de una medida provisional: i) “extrema gravedad”, ii) “urgencia” y iii) “que se trate de evitar daños irreparables a las personas”, condiciones que son coexistentes y en estar presentes en toda situación en la que se solicita la intervención del Tribunal y así mismo deben persistir, para que la Corte mantenga la protección ordenada, siguiendo Tribunal quien valorará la continuidad de la protección ordenada, en caso de que una de las condiciones haya dejado de tener vigencia⁶³.

Por lo que las medidas provisionales refuerza el control concentrado de convencionalidad, convirtiéndose en respuestas urgentes e idóneas por parte de la Corte Interamericana, con el fin de evitar un perjuicio irreparable a la esfera de los derechos humanos de una determinada persona, aún de asuntos no sometidos a su conocimiento *-artículo 27.2 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-*.

- Control de Convencionalidad “Difuso”.

Otro tipo de control, que debe realizarse por jueces nacionales o domésticos de los Estados que ha aceptado la jurisdicción de carácter supranacional, es el

⁶³ Corte Interamericana de derechos Humanos. *Carpio Nicolle. Medidas Provisionales respecto de Guatemala (2009). García Prieto y otros. Medidas Provisionales respecto del El Salvador (2010). Eloisa Barrios y otros. Medidas Provisionales respecto de Venezuela (2010). 19 comerciantes. Medidas Provisionales respecto de Colombia (2010).*

control difuso que convencionalidad, el cual consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que debe de aplicar contratados internacionales la jurisprudencia emitida por organismos jurisdiccionales supranacionales como la Corte de Justicia Internacional, la Corte Interamericana Derechos Humanos, El tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Africana, de un caso en concreto. El control difuso de convencionalidad surge a partir de resuelto el 26 de septiembre de 2006 por la corte interamericana en el caso Almonacid Avellano y otros con gobierno de Chile, donde se señala que el legislador falla su tarea que suprimir y/o no adoptar las leyes contrarias a la Convención Americana, el judicial permanece vinculado al de verte garantía establecido del artículo 1.1 de la misma, por lo que consecuentemente debido de abstenerse de la aplicación de cualquier normativa contraria a ella. Lo anterior indica que los jueces no son solamente aplicadores de la ley nacional, si no tiene una obligación de realizar una "interpretación convencional", verificando que la leyes a aplicar de un caso particular resultan compatibles con la Convención Americana por ejemplo, caso contrario, su proceder sería una violación internacional ya que la inaplicación de una ley convencional produce una responsabilidad internacional del Estado⁶⁴.

De acuerdo al artículo 68.1 de la Convención Americana: "los estados partes en la convención se compromete a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes", el anterior se deduce que no hay compromiso los estados a cumplir con las decisiones de la Corte Interamericana en aquellos casos en que no fueron partes, o sea, la jurisprudencia tribunal, es por eso que diversos autores hablan de la creación del control de convencionalidad como una "interpretación mutativa por adición" por lo que se agregan texto de la convención literal, de lo que se genera y se extrae del voto razonado del juez Ferrer McGregor en la causa Cabrera García con México en los siguientes términos: *"Resulta evidente que la corte IDH crea la doctrina del "control difuso*

⁶⁴ Ferrer & Silva, Ob. Cit., p. 58.

de convencionalidad” advirtiendo la tendencia de la “constitucionalización” o, si se prefiere, “nacionalización” del “derecho internacional de los derechos humanos” Y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento “hermenéutico” y de “control” de la normatividad interna por parte de los profesionales internos; es decir, la corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad”⁶⁵.

Podemos afirmar que el control difuso de convencionalidad de las normas tiene fundamento en sistema interamericano, artículo 29 el pacto de San José en medida que todos los poderes u órganos de los Estados signatarios de dicho pacto, incluyendo jueces y órgano de administración de justicia que realizan funciones jurisdiccionales, están obligados a través de sus interpretaciones a permitir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho documento internacional y de sus protocolos adicionales, implicando aquellas interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitaciones derechos humanos, velando por el efecto útil del pacto, y que jueces y órganos vinculados a la administración de justicia están obligados a ejercer de oficio el control de convencionalidad. Por lo que la intención de la corte interamericana es clara, al definir que todos los jueces independientemente de su formal pertenencia o no al poder judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, su deber de ejercer el control de convencionalidad.

- Control de Convencionalidad en América Latina.

Costa Rica

El sistema de justicia de Costa Rica guarda similitud con los sistemas de justicia constitucional alemán, español e italiano, es decir se adopta un modelo de control concentrado de constitucionalidad las normas a través de la figura denominada consulta judicial de constitucionalidad, relacionado con

⁶⁵ Corte interamericana de derechos humanos. *Cabrera García Y Montiel Flores con México*, (2010).

documentos y organismos que conforman el sistema europeo de protección de derechos humanos. La Constitución política costarricense del siete noviembre de 1949, en Su numeral 10, se consagra el modelo de control de constitucionalidad concentrado, en el que se dispone lo siguiente: *"Las disposiciones del poder ejecutivo contrarias a la constitución serán absolutamente nulas, así como los actos de quienes usurpen funciones públicas y los nombramientos hechos sino requisitos legales.*

Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del poder ejecutivo y de los decretos del poder ejecutivo.

La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo".

Las actas de la Asamblea Nacional Constituyente 1949, nos refiere las razones por las cuales se optó por el modelo de control constitucional concentrado, sin embargo los motivos podrían tener su génesis desde más atrás, concretamente del código de procedimientos civiles, donde existe rechazo hacia Modelo de control de constitucionalidad difuso según criterio de la Comisión de magistrados que reformó la ley orgánica de tribunales y códigos de procedimientos civiles y penales en 1935, donde se señala que: *"...tiene poca seriedad el procedimiento de permitir que los jueces y tribunales inferiores hagan declaratoria de inconstitucionalidad, con evidente desprestigio para el Poder Legislativo y aún para el Ejecutivo... son bien conocidas las discusiones a que ha dado lugar la cuestión de si debe encomendarse a los tribunales de justicia la facultad de declarar inaplicables las leyes, decretos o acuerdos que sean contrarios a la constitución o si debe negárseles esa facultad por constituir una intromisión de funciones que riñe con el principio de independencia de poderes... La comisión... se ha inclinado por mantener la referida facultad, pero dándole una mayor seriedad al procedimiento para declarar la inaplicabilidad en términos que proteja mejor, por un lado los intereses de los particulares... y por*

el otro, la majestad de la ley, que sólo cuando sea evidentemente contraria al espíritu y la letra la Constitución no debe encontrar acatamiento por parte de los Tribunales.”⁶⁶.

Mediante la ley 7128 del 18 de agosto de 1989 se reforma la carta fundamental de Costa Rica y fue creada la Sala Constitucional como un órgano de la Corte Suprema de Justicia quien de forma exclusiva y por mayoría absoluta de sus miembros, declararían la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, además de dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del estado así como conocer consultas sobre proyectos de reformas constitucionales, aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley.

Mediante ley 7135 del 11 de octubre de 1989 fue promulgada la ley de Jurisdicción Constitucional, donde la jurisdicción constitucional pasó a manos exclusivas de la sala constitucional, eliminando la competencia que tenían los tribunales contencioso - administrativos en cuestiones de constitucionalidad, los Tribunales Penales y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo y la Corte Plena en materia de hábeas corpus; se introdujo el sistema costarricense el control previo de constitucionalidad, ejercido por medio de la consulta preceptiva, Facultativa y especial, regulando además la consulta judicial de constitucionalidad, así como todo relativo a conflictos de competencias constitucionales. La consulta judicial de constitucionalidad es el mecanismo mediante el cual un juez costarricense puede solicitar a la sala constitucional que termine si una norma o acto que aplicar al resolver una causa o procedimiento, es o no contrario a la constitución y, mientras la sala se pronuncia, se suspende proceso. Costa Rica en el año de 1980 presenta ante la Secretaría General de la OEA, instrumento del reconocimiento de la

⁶⁶ Picardo, Antonio. *Explicación a las reformas de la ley Orgánica del Poder Judicial*, San José, imprenta nacional, 1937, p. 27.

competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana Derechos Humanos, señalando lo siguiente:

1.- que la República de Costa Rica declaró reconocer, cinco bendiciones y durante el lapso de la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro estado parte a incurrido en violación de los derechos humanos establecidos en la citada convención.

2.- que la República de Costa Rica declaró reconocer, sin condiciones y durante todo el lapso de vigencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la competencia obligatoria de pleno derecho y sin convención especial que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo los casos relativos a la interpretación o aplicación del referido tratado multilateral.

De lo anterior podemos decir que en Costa Rica coexiste por un lado el control difuso de convencionalidad las normas Y por otro, el control concentrado de constitucionalidad las normas estableciendo una postura entre ambos sistema de control y el hecho de que un país adopte el control difuso de convencionalidad no implica que tengas que adoptar el control difuso de constitucionalidad.

México

México había adoptado el modelo de control de constitucionalidad concentrado, al igual que Alemania, España, Francia e Italia, con la salvedad que origina una lectura sesgada de la labor de los jueces ordinarios, al reconocerse facultad de interpretación constitucional al carecer de medios de consulta o cuestión de inconstitucionalidad, y por otro lado al ser un país parte de la convención americana debía conciliar la postura interna con el compromiso internacional en torno a que sus autoridades, Incluyendo los jueces, deberían velar por el respeto los derechos humanos aún, ante aquella norma jurídica que las violasen. México es el gran ejemplo en Latinoamérica que en temas de

protección derechos humanos coma fue impactado su sistema jurídico con el control de convencionalidad, generando impedimento u obstáculo para modificar su dinámica normativa en aras de garantizar los citados derechos, cambio que empezó cuando la Corte Suprema de Justicia mexicana reconoce el control difuso de convencionalidad de las normas. La cita posición surge como consecuencia de la sentencia del 23 de noviembre de 2009, Emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla con Estados Unidos Mexicanos*, donde el Estado de México condenado por violación de Derechos Humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, destacando los siguientes puntos de la resolución:

A.- que es inconvencional -por violación al principio del juez natural- que los jueces militares tenga competencia para juzgar violaciones a derechos humanos, pues tales actos debe conocer la jurisdicción ordinaria, máxime que los jueces castrenses sólo son competentes para juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

B.- que las víctimas (familiares) de actos contrarios a derechos humanos cometidos por militares, tienen el derecho fundamental a una vía impugnativa efectiva para impedir que tales actos sean juzgados por la jurisdicción militar, máxime que su participación en procesos penales no debe entenderse limitada a una mera reparación del daño, sino a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia entre los que unas competentes.

C.- que los jueces de los estados miembros deben ejercer un control judicial de las leyes nacionales tomando como parámetro los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia interamericana.

D.- que los jueces nacionales de interpretar la constitución a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y sus protocolos adicionales).

E.- que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden establecer obligaciones y reparaciones concretas que debe cumplir directamente el Poder Judicial del Estado.

De lo anterior se suscitaron dudas al seno de la Suprema Corte mexicana, todo fue cuestionada la obligatoriedad de la jurisprudencia y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, generando debates del estado mexicano sobre las relaciones entre ambos tribunales como en relación a si la Corte Suprema mexicana debería o no cumplir con los derechos humanos de fuente internacional, cuando una de sus tareas principales es garantizar a los individuos los espacios de libertad frente a los poderes públicos⁶⁷.

La suprema corte mexicana preciso que la sentencia de la corte interamericana son obligatorias solamente para el poder judicial de la Federación; ello significa que México experimenta un doble sistema de vinculación jurídica entre las decisiones de los órganos de justicia internos con los de la corte interamericana, es decir para los jueces federales mexicanos las decisiones de la citada corte son obligatorias, pero para los jueces estatales mexicanos son orientativas; tal y como he señalado por García Ramírez en su voto concurrente del caso Myrna Mack, si un Estado parte se somete a las estipulaciones del tratado internacional, su cumplimiento es total, no parcial ni condicionado, entre ellos el deber de optar los dispositivos internos a las normas convencionales, incluyendo las decisiones de la Corte Interamericana al formar parte del bloque de convencionalidad, sin distinción de jurisdicción federal o estatal y grado.

Venezuela

De acuerdo con la Constitución de 1999, Venezuela recoge un modelo dual de control de constitucionalidad ya que se reconoce el control difuso a cargo de todo juez la República, y el control concentrado la constitucionalidad de los actos estatales es ejercido por dos jurisdicciones diversas, la constitucional que corresponde exclusivamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de

⁶⁷ Ferrer & Sina, Ob. Cit., p. 05.

Justicia, y la contencioso administrativa, que se ejercida por órganos competentes para controlar la constitucionalidad de los actos administrativos y no normativos aunque siempre de rango sub legal. El código orgánico procesal penal venezolano, establece en el artículo 19 que: *"corresponde a los jueces verdad por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional."*

La adhesión que Venezuela a la Convención Americana de Derechos Humanos fue ratificada el 23 de junio de 1977 donde el gobierno de la República de Venezuela reconoce la competencia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte a incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta convención, reconocimiento de competencia que fue hecho por tiempo indefinido. Por lo que podemos afirmar que Venezuela se ha comprometido en reconocer el control de convencionalidad, tanto en su modalidad difusa como concentrada, además de reconocer el control dual de constitucionalidad tanto difuso como concentrado. Sin embargo tal situación se ve afectada cuando la sala constitucional del Tribunal Supremo de justicia de Venezuela mediante sentencia número 1939 el 18 de diciembre de 2008, declaró inejecutable la sentencia la Corte Interamericana Derechos Humanos en el caso de la destitución te los tres jueces de la corte primera de lo contencioso administrativo⁶⁸; solicitándole al Ejecutivo Nacional que denunciara a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, configurándose una grave violación del derecho internacional y por tanto a las obligaciones derivate el tratado que lo creó, por lo que no basta con tener proclamas legislativa saludables a la protección de los derechos humanos, Sino que se requiere un ejercicio de las mismas por parte de los aparatos organizados del poder público, ante la ausencia del mismo, dicha protección simplemente será una perorata

⁶⁸ Caso Apitz Barbera Y otros Vs. Venezuela.

sujeta a la voluble voluntad política del gobernante. Por lo que un modelo ideal de control requiere un compromiso de cumplimiento real por parte de la autoridad del Estado.

Capítulo IV.

1.- Control de Convencionalidad en el Proceso Penal:

Papel del juez en la Etapa de Investigación:

- Juez de Instrucción.

En un modelo de instrucción judicial o bien de una investigación bajo dirección funcional del Ministerio Público, el juez debe velar por el respeto cumplimiento los derechos humanos, los cuales son reconocidos por la constitución del Estado, en tratados internacionales y en las normas que los mismos emanen; principios y garantías característico de un Estado constitucional de derecho, que son asumidos ante la comunidad internacional en materia de protección de derechos humanos.

Carnelutti, describe la función jurisdiccional como: "no existe un oficio que el suyo ni la dignidad más imponente. Está colocado, en el aula, sobre la cátedra; y merece esta superioridad"⁶⁹. El juez tiene facultades jurisdiccionales y exclusivas de administrar justicia, basando sus resoluciones en la Constitución Política, su ley orgánica y las normas de procedimiento, así como las disposiciones administrativas que nacen de esta última. El Juez se encarga de dar inicio al proceso, dirigir la instrucción y resolver mediante decisión judicial los asuntos penales; funciones que recaen en la persona física del Juez que ejerce la jurisdicción penal y tiene la difícil misión de Decir sobre derechos humanos, como son la libertad y el patrimonio.

El juez instructor organiza instrucción en la forma que crea conveniente, actuando de aquellas diligencias en que son necesarias para establecer la

⁶⁹ Carnelutti, Francesco. *Las miserias del proceso penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1989, p. 27.

existencia del delito y la persona del autor. Ese sentido, la facultad del juez son agrupados de la siguiente forma:

A.- Sobre las personas; puede decretar la detención provisional y la definitiva de los imputados, la ley autoriza para incomunicar el procesado si fuera necesario. Le corresponde resolver todo lo referente la libertad personal del imputado.

B.- Sobre terceros no inculcados; es atribución del juez la situación de testigos y peritos. Para lograr su comparecencia la ley y le autoriza a dictar medidas coercitivas, obligándoles a comparecer mediante auxilio de la fuerza pública.

C.- Sobre los bienes; la ley permite al juez de instrucción la incautación de los instrumentos del delito. Debes recoger documentos del procesado, así como su correspondencia en caso de ser necesario.

Dirección de la Instrucción.

Según el modelo de instrucción judicial adoptado en cada país, el juez ya sea de instrucción o penal, es el director de la instrucción y como tal le corresponde la iniciativa de la organización y desarrollo de la misma, le corresponde la dirección y actuación de todas las diligencias que se desarrolla en la etapa de instrucción, siendo su participación imprescindible y no debe delegar delegadas tan delicadas funciones en su auxiliar.

Adopción de Medias Cautelares.

Al juez le corresponde tomar decisiones sobre la imposición de una medida cautelar o coercitiva, durante la etapa de instrucción e inclusive, antes de haber iniciado proceso penal, en igual sentido, le compete modificar dichas medidas cuando no se mantuvieran los presupuestos para ello, ya sea a solicitud de parte o de oficio.

Decisión sobre la situación jurídica del Imputado y Agraviado.

Las decisiones sobre la situación jurídica del imputado, le corresponden a la autoridad jurisdiccional, tales como la declaración de ausencia o contumacia del imputado, los casos de extradición, la constitución en parte civil del agraviado, el sobreseimiento, desestimaciones, entre otros.

Ejecución de las Resoluciones Judiciales emanadas de la Instancia Superior.

Las resoluciones dictadas por instancias superiores para el caso concreto, son ejecutadas por el juez de instrucción, dando las órdenes que sean necesarias autoridades administrativas o auxiliares, tales como el internamiento, la libertad, la captura, devolución de objetos o bienes, entre otros.

En esa inteligencia, los jueces están comprometidos a orientar el proceso entre los propósitos estatales de máxima importancia, como lo son la realización de la justicia y la garantía de los derechos humanos de los participantes en el drama penal, adquiriendo conciencia de la importancia y trascendencia de los intereses de las partes están en juego en un proceso penal, los cuales exige la máxima capacitación de las instituciones procesales muy por encima, de su aplicación mecánica. Es por ello que el administrador de justicia debe de contar con la capacitación necesaria para resolver conflictos de una forma racional ilógica, así como inconvenientes y dificultades que se presente en la búsqueda de la verdad real de los hechos, así como el equilibrio entre justicia y derechos humanos. Las reformas normativas, por relevantes que parezca no constituye una solución a las deficiencias del sistema judicial, ya que la capacitación del componente humano encargado de impartir justicia es el elemento fundamental para que el sistema sea o no eficiente; convirtiéndose en el verdadero instrumento de realización de justicia material, Con pleno respeto de los derechos humanos.

En la primera etapa del proceso penal el interés del Estado es adelantar una persecución eficaz de los hechos y actos punibles, los cuales comprometen las condiciones de existencia y desarrollo de la comunidad, y por otra parte debe de salvaguardar los derechos humanos de los intervinientes en la investigación penal, los cuales en principio no deberían verse afectados en modo alguno por la existencia de una imputación en contra de una persona. La contraposición de intereses legítimos representando club de intervención de los jueces y les impone la obligación de ponderar dichos intereses a efecto de evitar que sus

decisiones se incline a favor de alguno de ellos, dejando en desprotección al otro. Carnelutti señalaba que cualquier tipo el sistema procesal que se siga la finalidad de éste, es la averiguación o el descubrimiento de la verdad, por eso, la exhortación de Carrara a los jueces al indicar que "la ley no te impida ser justo". Los criterios de racionalidad y razonabilidad, deben ser fundamentos del trabajo del juez, alejándolo de una función desinteresada y sin compromiso político social que evite convertirse en un simple "espectador" de las desigualdades ofensivas del valor de la justicia; exigiendo su posición de garante de los derechos humanos de aquellos intervinientes, y así mismo, adquirir un compromiso de maximizar las virtudes y corregir las deficiencias que se vayan presentando durante desarrolló la instrucción.

- Juez de Garantías.

A principios del siglo XXI América latina experimenta una reforma material justicia penal, implementando el denominado proceso penal acusatorio con tendencia u orientación a lo adversarial⁷⁰.

La estructura proceso penal se dividen las siguientes etapas o fases: 1. Etapa de investigación o investigación preparatoria. 2. Etapa intermedia. 3. Etapa de juzgamiento juicio oral, pascuales se complementan con las reglas de impugnación y la ejecución judicial de la sentencia. En la primera etapa de investigación pronto más como referente las reformas que esa materia operó y Alemania e Italia, ya que se establece un modelo de investigación a cargo del Ministerio Público, con colaboración de la policía judicial y administrativa, así como la presencia de un juez que se involucran el control de adopción y

⁷⁰ Al respecto, consúltese: González, Samuel & Mendieta, Ernesto, *El sistema de justicia penal y su reforma*. Teoría y práctica, México, Editorial Fontamara, 2005. Pastrana Berdejo, Juan David & Benavente Chorres, Hesbert, *Implementación del proceso penal acusatorio en Latinoamérica*, México, Flores editor, 2009. Struense, Eberhard & Maier, Julio. *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2000. Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000): *América Latina: Análisis regional*, 2da edición, México, Editorial Porrúa, 2000.

práctica de las medidas restrictivas de los derechos humanos de los sujetos involucrados en el proceso penal. En razón del anterior fue necesaria una reestructuración institucional del Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía y demás instituciones, regular por la figura de un operador jurídico con funciones de control de la legalidad de la actividad procesal en las dos primeras etapas del proceso penal antes descritas, así como velar por el respeto hacia los sujetos procesales que intervienen la mencionadas fases procesales.

De un modelo de investigación fiscal para que exista un equilibrio funcional Y el respeto a las garantías procesales se requiere la presencia u órgano jurisdiccional, es decir, que en aquellos sistemas que adoptaron el citado modelo de investigación, deberá de apreciarse la figura del juez de garantía o de control; el cual se convierte un contrapeso para la dirección de la investigación que recaen el Ministerio Público, sin importar que esta autoridad ministerial dependa del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial o sea una entidad autónoma del Estado, no impide la aplicación de principios durante el ejercicio la función fiscal, tales como el principio objetividad, equilibrando de esa manera la eficacia respecto a los derechos constitucionales durante el desarrollo de la investigación penal o bien, la presencia un un órgano de control y vigilancia de su actuación Como es el caso del juez de control o de garantía. El juez que interviene durante la indagatoria de la persona acusada, recibe una multiplicidad de títulos, aunque mantiene su rol de garante de los derechos humanos, a pesar te los diferentes Códigos de Procedimientos Penales en Latinoamérica, el órgano jurisdiccional que participan las etapas de investigación e intermedia, es conocido como Juez de Garantías. El caso de Costa Rica, el Código Procesal Penal reconoce al juez de las dos primeras fases del proceso punitivo, como Juez Penal, hola salvedad de que el Juez que conoce la etapa preparatoria no es el mismo que conoce la etapa intermedia. Sin embargo, independientemente de la forma en que sea reconocida en el procedimiento penal la figura el Juez de Garantías, esta función jurisdiccional

debe ejercer el control de la investigación, de las garantías de las personas involucradas y todas las decisiones de naturaleza jurisdiccional que deban ser tomadas durante la etapa preparatoria, velando por la vida aplicación del derecho en aras de proteger derechos fundamentales de los individuos que forman parte del proceso.

- Concepto y principios del Juez Penal.

Concepto de Juez Penal.

El respeto de derechos constitucionales de los intervinientes en un proceso penal no es una función exclusiva del juez que participa en la etapa de investigación, Sino que debe ser ejercida por cualquier órgano del Poder Judicial, sin dejar de lado la actuación de buena fe de las partes quienes velarán por la regularidad del proceso y el ejercicio correcto de sus facultades procesales.

Por lo que podemos definir el concepto de juez de control Como aquel operador jurídico que ejerce una vigilancia de los derechos constitucionales de los sujetos procesales, durante las fases de investigación e intermedia, garantizando una respuesta pronta y cumplida bajo las reglas del control judicial, sobre diligencias, actos procesales o comportamiento de las agencias formales del sistema de justicia penal que puedan poner en peligro o lesionen los derechos constitucionales de los sujetos procesales; asegurando la legalidad la prueba y la protección a la comunidad. Al respecto Germán Martínez señala que: *“... uno de los funcionarios que va tener en la práctica diaria, la tarea probablemente más relevante para la aplicación bien entendida de los principios del modelo acusatorio, va a ser el denominado juez de control. Ejercidas a cabalidad sus facultades, dicho juzgador va a someter a los cauces de la legalidad, más aún, de la constitucionalidad, las acciones de los otros operarios del sistema en la fase inicial del proceso, que es la parte más delicada y de indeseable dificultad, pues, tradicionalmente es ahí donde ocurren mayores abusos e irregularidades, por tanto, dicho funcionario judicial tiene la ineludible obligación de comprender*

qué es lo que la Constitución, la ley en general, la sociedad y su propia naturaleza esperan de él.”⁷¹.

Aunque las dos primeras etapas del proceso penal intervenga un juez de control o garantías, no se exige que las libertades fundamentales de los sujetos procesales vayan a ser vulneradas en las otras etapas del proceso penal - *juzgamiento y ejecución de sentencia*- lo cual no significa que se dejara impune por la falta de participación de un juez de control, por el contrario, aquellos jueces que participan en las últimas etapas procesales tienen una responsabilidad de garantizar a las partes en respeto los derechos constitucionales a pesar de no tener el calificativo de juez de control o de garantías. La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-591 del año 2005, señala lo siguiente: *“una de las modificaciones más importantes que introdujo el acto legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas del registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de libertad; (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y Y que no tengan autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley sino si además son proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (i) es adecuada para*

⁷¹ Martínez Cisneros, Germán, “El juez de control en México. Un modelo para armar” en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No 27, 2009, pp. 177-178.

*contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que ésta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.*⁷².

Principios del Juez Penal.

La actividad procesal que realizamos este control descansa en los siguientes principios Y reglas procesales:

- I. **Principio de la audiencia.** En lo que respecta a la actuación del juez de la etapa investigación, este no asume la dirección de la misma, sin embargo en transcurso del planteamiento, hay actos en sus diligencias que implica por un lado, la afectación del ejercicio de derechos constitucionales del imputado, y por otro, la observancia de ciertas formalidades y términos procesales. En ese sentido es en tales supuestos donde se de recurrir al juez de control para que emita la resolución pertinente, controlando además la legalidad de la detención del imputado así como el dirigir la audiencia de formalización de la imputación dictando o no, el auto de vinculación a proceso y resolviendo además, sobre la procedencia de una medida cautelar solicitado por parte del Ministerio Público. En la etapa intermedia o preparatoria del juicio oral el juez interviene en la dirección de la audiencia, a fin de escuchar a las partes y sus cuestionamientos a la formalidad de la acusación del Ministerio Público, resolviendo sobre incidentes relacionados a la acusación, así como la emisión de los medios probatorios de las partes y certificando los acuerdos o convenios sobre la prueba que los sujetos procesales han podido llegar. En suma, aquellas peticiones su planteamiento de las partes que por su la naturaleza o importancia deba ser debatidas, requieran reproducción de prueba o cuando la ley lo disponga expresamente, el juez de control convocará los

⁷² (Corte Constitucional de Colombia. *Ortega Rodríguez con Congreso de la República de Colombia*, (2005).

intervinientes a la respectiva audiencia; en los demás casos se resolverán por escrito. Sin embargo con la introducción el principio oralidad en los procedimientos así como con la creación de comisiones de oralidad, se busca que los jueces tenga un mayor contacto con las partes y que éstas sean escuchadas mediante la realización de una audiencia oral, obligando las partes solicitar los requerimientos necesarios en la etapa en que se encuentre proceso de forma oral y que sean resueltos de manera inmediata por la figura del Juez en la etapa que corresponda, garantizando de esta manera una respuesta expedita sin dejar de lado principios de derechos fundamentales de las partes, así como un pronto acceso la justicia por los interesados. Algunas audiencias que podemos señalar que puede realizar el juez de control son:

- A. Audiencia revisión revisión de medida cautelar.
- B. Audiencia de control de la detención.
- C. Audiencia de solicitud de orden de cateo
- D. Audiencia de vinculación a proceso.
- E. Audiencia de prueba anticipada.
- F. Audiencia elevación juicio, entre otras.

II. La no revisión de carpeta de de investigación. Como se indicado la legislación faculta al juez de control la realización de audiencias sin embargo, por ejemplo el sistema acusatorio mexicano, el juez tiene ciertas limitaciones tales como no estar facultado para revisar el contenido de la carpeta de investigación del Ministerio Público, evitando con esto algún tipo de contaminación por parte del órgano jurisdiccional al formular un juicio previo con su lectura y sin haber escuchado aún las partes, resolviendo lo solicitado por las partes con la documentación requerida y material probatorio en la respectiva audiencia.

III. La motivación de sus decisiones. La motivación constituye el conjunto de razonamiento de hecho y derecho realizados por el juzgador, los cuales

apoyan su decisión. Desde un plano procesal, consiste fundamentar Como exponer los argumentos fácticos y jurídicos que sustenta la decisión, por lo que no equivale a una simple explicación de las causas del fallo, sino que su justificación de ser razonada es decir, te deben ser expuestas las razones o argumentos que hacen jurídicamente aceptable la decisión⁷³. La motivación es un deber de los órganos jurisdiccionales y un derecho de los justiciables, a tal punto que la doctrina la considera como elemento del debido proceso; situación que ha ayudado a extender su ámbito no sólo resoluciones judiciales sino también administrativas.

Control de Convencionalidad en el Proceso Penal.

- Control de Convencionalidad en las Normas Penales.

La autoridad judicial están obligación develar, proteger y garantizar el respeto a los derechos humanos; y dentro de ese deber está la decisión por parte del juez de no aplicar una norma jurídica que colisiona con la constitución y con tratados internacionales que materia de derechos humanos se está suscrito. Este control de convencionalidad de las normas sobre la cena cuál modelo difuso, que como fue descrito en capítulos anteriores, cualquier Estado adscrito un modelo de protección de derechos humanos, está en obligado a su aplicación. La institución pública obligada a cumplir cual control de convencionalidad es el Poder Judicial, quien por medio de los jueces nacionales velarán, dentro del marco de su competencia que la norma jurídica aplicable al caso en concreto no violenten los derechos humanos de los justiciables. La protección de derechos fundamentales no distingue entre autoridades públicas, miente procedimientos o procesos ya que un país como Costa Rica que se ha suscrito la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y demás instrumentos convencionales de la protección de derechos

⁷³ (Atienza, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al derecho y razonamiento jurídico*, Barcelona, Editorial Ariel, 1993, p. 31.)

humanos está en la obligación del cumplimiento de los deberes convencionales, con la potestad de no aplicar aquellas normas penales que colisionen con el bloque de convencionalidad, evitando de esta manera, que órganos jurisdiccionales supranacionales declaren la responsabilidad internacional del Estado por violación de Derechos fundamentales.

Algunos principios que respaldan el control difuso de convencionalidad las normas, son los siguientes:

1. Principio de buena fe y del *effet utile*. Constituye el fundamento para que tratados internacionales sean cumplidos por parte de los estados nacionales, la obligación de dictar medidas necesarias para hacer efectivos derechos y libertades reconocidos en las normas convencionales, comprende la de no dictar las cuando ellas conduzca adelantas, así como adecuar las normas en convencionales existentes, ya que las obligaciones internacionales tercer cumplidos de buena fe Y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Por lo que después penal en un proceso bajo su competencia, Puedes realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales siempre cuando sean conforme al *corpus iuris* convencional no aplicando, aquellas normas que contravengan de manera absoluta al referido bloque de convencionalidad, garantizando así, los compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.
2. Principio *pro homine*. La interpretación jurídica debe buscar un beneficio para el hombre, por lo que se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata derechos protegidos o bien, a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, principio que se contempla en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que aplicarse que forma obligatoria por los operadores de justicia.

3. Principio de convencionalidad. Es cuando un estado se compromete a respetar derechos fundamentales de forma voluntaria, por lo que tanto jueces y tribunales nacionales están sujetos al imperio del denominado bloque de convencionalidad, orientados en lo resuelto por otros órganos internacionales en materia de derechos humanos.
4. Principio de supremacía convencional. A partir del derecho internacional de los derechos humanos, se crean órganos de promoción, supervisión y control, quienes tienen una especial incidencia en los órdenes jurídicos nacionales, adquiriendo una prevalencia superior respecto de cualquier norma interna, como se evidencia en la evolutiva jurisprudencia convencional.
5. Principio *ius cogens*. Este principio sin arreglo de carácter imperativo no dispositivo, donde no pueden ser derogadas por acuerdo particular entre los sujetos de derecho, bajo pena de nulidad absoluta. Su concepto es derivado de un orden superior que tiene las más legales establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones. Por lo que *ius cogens*, significa que una norma es inderogable, es imperativa, es indisponible, de inexorable cumplimiento, por ejemplo la prohibición de tratados encaminados al uso de la fuerza contra terceros estados o, la previsión de tratados contra los derechos humanos.

Se debe señalar que en países donde la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema, es obligatoria para los tribunales inferiores, ya que reviste el carácter de norma o ley y por ende, puede y debe ser incluida en el control al que nos venimos refiriendo⁷⁴. El Estado define las reglas procesales, diseña el proceso, determina la competencia de los funcionarios estatales, fija casos de afectación de los derechos fundamentales

⁷⁴ Hitters, Ob. Cit., p. 121. Rosell Senhen, Jorge, *“la jurisprudencia penal, la sala constitucional Y el control difuso de la constitucionalidad”* en *Capítulo criminológico. Revista de las disciplinas del control social*, Vol. 35, No 04, 2007, p. 468.

del imputado, con el fin de aplicar el derecho penal. Siendo el imputado la persona humana que ingresa al proceso penal dominado por el Estado, ante una evidente desigualdad material para defender su libertad personal, de ahí que órganos de justicia supranacionales cristalizan aquellas decisiones tomadas o adquiridas por la nación en materia de política criminal.

CONCLUSIÓN.

Una vez realizado el anterior trabajo de investigación, considero que existe una claridad en relación primero a la forma en como inicia la constitución de los Derechos Humanos, así como poco a poco a nivel internacional, se originó la necesidad de contar con órganos encargados de supervisar y orientar a los Estados en materia de Derechos Fundamentales, con el fin de universalizar o bien internacionalizar la concepción y los alcances de los derechos de las personas, logrando al día de hoy, la posibilidad de que las personas que consideren que de alguna manera el Estado o bien otras personas, han violado sus derechos y la posibilidad de que puedan asistir en primera instancia a un órgano constitucional nacional a reclamar su resarcimiento y, solo en casos en que no se obtenga una respuesta al conflicto, asistir a Tribunales y Cortes Constitucionales internacionales con la exposición de su caso, y obtener una respuesta a su reclamo. Es claro la necesidad de que los Estados que reconozcan los derechos humanos, formen parte de órganos internacionales para que éstos puedan recibir mediante orientaciones -con sus resoluciones- la forma en como resolver conflictos relacionados con vulneración de Derechos Constitucionales a nivel nacional, inclusive con la creación de Tribunales Constitucionales nacionales, que permite en el momento en que los jueces consideren dudosa la constitucionalidad de una norma, permita hacer una consulta al Tribunal nacional encargado de la Constitucionalidad de un país, y mediante su respuesta, que es de acatamiento y aplicación obligatoria por parte de los órganos jurisdiccionales -*erga omnes*-, analicen si la norma en consulta contradice o viole derechos fundamentales de las personas, inclusive su inmediata modificación de la forma en que el Legislador conformó la legislación nacional. Llevando con esto a que jueces sean garantes precisamente de los derechos humanos de las personas que forman parte de un conflicto, y de esa forma, las resoluciones o sentencias que se dictan en un Juzgado o Tribunal, se

encuentren acorde no sólo de la normativa nacional sino internacional. En el caso del Derecho Penal, considero que es la rama del derecho en donde constantemente se vulneran derechos fundamentales, por una simple razón, el garantizar los derechos de una parte, indudablemente se vulneran los de la parte contraria. Lo podemos ver en muchos casos en las etapas iniciales del proceso, en donde una persona víctima que acude a la instancia judicial a reclamar sus derechos, de manera inmediata al señalar al supuesto responsable, éste de manera inmediata, a pesar de que constituciones nacionales protegen en su dictado a quien a partir de ese momento de denuncia es llamado imputado; inicia una serie de investigaciones que vulneran derechos personales, como lo es el caso de una medida cautelar o coercitiva *-afectaría su libertad de movimiento-*, o bien ser utilizado como objeto o sujeto de prueba *-afectando su pudor y creencias-*, así como el allanamiento, secuestro y registro de morada *-afectando su intimidad y la su familia-*, o el caso de intervenciones telefónicas *-afecta su intimidad y libre expresión-*; una serie de diligencias que son necesarias en una investigación, pero que afectan directamente derechos humanos de las personas, independientemente de ser señalado como imputado, acusado o investigado. Por lo que es necesaria la presencia de un conecedor del derecho además del profesional que le asiste en todo el momento, hablando del caso del juez penal o juez de garantías, en verificar que el órgano ministerial encargado de llevar adelante la investigación, de forma antojadiza realice las diligencias mencionadas. Juez que debe de tener una preparación no solo profesional en materia de derechos humanos, quien objetivamente valorando el caso en concreto de la solicitud puesta en su conocimiento, ordene o no la diligencia, precisamente sopesando los derechos a los que la persona o personas investigadas se van a ver vulnerados. Objetividad que no solo debe ser exigida a la figura jurisdiccional sino al encargado de ordenar las diligencias investigativas y la solicitud de medidas cautelares o coercitivas. De ahí la necesidad de que órganos internacionales

velen por el cumplimiento de la normativa internacional en materia de derecho constitucional de los Estados partes, ya que es una herramienta de mucha importancia que permite a los Jueces poder acudir a éstas cuando precisamente lleven a cabo su labor.

Un claro ejemplo de vulneración de derechos humanos relacionados en su mayoría con el Derecho Penal, es precisamente la Prisión Preventiva, la cual es fuertemente criticada a nivel Latinoamericano, en razón de que además de ser la medida cautelar más gravosa que demanda la norma penal, viene a formar parte de ésto la difícil convivencia penitenciaria a la que están expuestas los indiciados en un proceso, se ha generado un hacinamiento carcelario que hace que las condiciones de salud, de alimentación, de comunicación, de áreas de esparcimiento, áreas de ejercicio entre otras se vean afectadas, siendo el caso de mi país Costa Rica uno de los más claros, en donde ha llevado al Ministerio de Justicia y Paz, a tomar decisiones relacionadas con Derechos Fundamentales de las personas de Privadas de Libertad, y optar por beneficios concedidos sumamente amplios en relación no sólo de personas indiciadas que se encuentran con medidas cautelares sino además con individuos sentenciados, lo que hace que la razón por la que inicie una relación con el reclamo de derechos por parte de las personas víctimas y la vulneración de derechos de las personas acusadas, se invierta, siendo ahora el sujeto quien fue acusado a quien se busque no vulnerar sus derechos, y la persona denunciada se vea afectada precisamente por el reclamo realizado; generando con éstos beneficios que sujetos investigados se fuguen del proceso, o bien que cometan delitos por los cuales en un principio se encontraban bajo la medida cautelar, afectando bienes de otros sujetos. Sin embargo la constitucionalización de las leyes ha permitido hacer un filtro por parte del Juez en relación a medidas cautelares y aplicar la norma únicamente cuando sea necesario *-última ratio-*, volviendo a ser la excepción y no la norma en relación al tema de Prisión Preventiva para personas investigadas por un delito.

A pesar de las falencias que presenta al menos un país como Costa Rica en materia de Prisión Preventiva y la Prisionalización, considero que es uno de los países de la mano de los demás países de Latinoamérica, que ha luchado precisamente en el tema de Derechos Humanos, estar al nivel de países europeos como es el caso de Alemania o España inclusive, países europeos que para nadie es un secreto que han venido en evolución en éste tema, y si bien en algún punto se implantó sistemas creados en relación no sólo al Derecho sino también al Derecho Constitucional y el tema de Derechos Humanos. Tal es el caso de que Costa Rica por ejemplo, sea sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y existe una relación precisamente con la decisión internacional de que nuestro país sea sede de un tan importante e influyente órgano de Derechos Humanos y es precisamente por el Estado Democrático de Derecho por el que tanto lucharon nuestros antepasados, que de alguna forma, sin saber desde ese momento luchaban por derechos fundamentales de las personas nacionales e internacionales. Sin embargo países como México, Estados Unidos, Argentina entre otros, han generado una lucha en el tema y el resultado así favorable para los sujetos que forman parte de la sociedad.

Por lo que considera al menos éste operador del derecho de profesión, que con la investigación realizada, permite crear un panorama más claro en relación al origen de la conformación de órganos internacionales, así como la aplicación de los criterios u orientaciones que generan tribunales y cortes constitucionales en casos puestos a su conocimiento donde se evidencia una clara infracción de los Derechos Fundamentales, y con ésto generar al usuario judicial, la seguridad de que al momento de presentarse como víctima de un atropello de sus derechos, las personas encargadas de impartir justicia, controlando y garantizando precisamente su respeto, plasmen en sus resoluciones normativa de carácter inclusive supranacional en relación con las normas del Estado, logrando además percibir o determinar cuando una norma nacional infringe o viola

derechos fundamentales, contrariando precisamente lo resuelto a nivel constitucional. Espero que el presente trabajo sea de tanto provecho para otros, como para mí desde una perspectiva tanto personal y profesionalmente ha ayudado.

BIBLIOGRAFÍA.

- Llobet, Rodríguez, Javier. *Derechos Humanos en la Justicia Penal* / Javier Llobeth Rodríguez. -1a. ed. - San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental, 2008.
- Rodríguez Rescia, Víctor Manuel. *Curso de derechos humanos* / Victor Manuel Rodríguez Rescia. - 1a. ed. - San José, C.R. : IJSA, agosto del 2016.
- Benavente Chorres, Hesbert. *La Investigación Judicial y el control de Convencionalidad en el proceso Penal*. Ed. Bosch Editor. 2012. España.
- Luigi Ferrajoli, Santiago Ortega Gómero (traducción), *Derechos Fundamentales Democracia Constitucional y Garantismo*. RZ Editores, Impreso en Colombia, 2016.
- Miranda Bonilla Haideer. *Diálogo Judicial Interamericano*. Ed. Nuevas jurídicas. Primera Edición. 2016. Bogotá. Colombia.
- *Ensayos de Derecho Penal Constitucional. Derechos y Libertades*. Ed. Nueva Jurídica. 2016. Bogotá, Colombia.