

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos
en el derecho interno
Pedro Nikken

Educación, desarrollo y derechos humanos
Mayra Falck

Certeza jurídica del derecho interamericano de
derechos humanos: avances, reparos y rezagos
Julieta Morales Sánchez

Justicia transicional en las Américas. El impacto del
Sistema Interamericano
Federico Sersale di Cerisano

Algunas reflexiones para la protección del derecho al agua
de los pueblos indígenas ante el
Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos
Luis Carlos Buob Concha

Los delitos graves en el sistema procesal
penal mexicano: una violación a la Convención Americana
sobre Derechos Humanos
Carlos Morales Sánchez

El fuero indígena
Rafael Ángel Ramírez Restrepo



Enero - Junio 2013

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2013 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: Marisol Molestina.

Portada, diagramación y artes finales: Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y litografía Versailles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail: s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación

<i>José Thompson J.</i>	7
El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno	11
<i>Pedro Nikken</i>	
Educación, desarrollo y derechos humanos.....	69
<i>Mayra Falck</i>	
Certeza jurídica del derecho interamericano de derechos humanos: avances, reparos y rezagos	85
<i>Julieta Morales Sánchez</i>	
Justicia transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano	115
<i>Federico Sersale di Cerisano</i>	
Algunas reflexiones para la protección del derecho al agua de los pueblos indígenas ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	137
<i>Luis Carlos Buob Concha</i>	
Los delitos graves en el sistema procesal penal mexicano: una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos	175
<i>Carlos Morales Sánchez</i>	
El fuero indígena en Colombia	193
<i>Rafael Ángel Ramírez Restrepo</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 57 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2013, dedicado en esta ocasión al *I Curso Colombiano Interdisciplinario en Derechos Humanos*, que tuvo lugar del 12 al 22 de marzo en Medellín, Colombia, en el marco del 47 Período Extraordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Este curso fue organizado por el IIDH en conjunto con el mencionado Tribunal, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto Colombiano de Derechos Humanos y varias entidades públicas de la ciudad de Medellín.

Con esta edición del Curso Interdisciplinario, el IIDH, como brazo académico de apoyo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), se propuso retomar – fuera de la sede – un análisis académico del proceso de fortalecimiento del SIDH que tuvo lugar en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA) a mediados de 2011 y que culminó con la celebración de la Asamblea General Extraordinaria de la OEA, el 23 de marzo de 2013.

En ese sentido, el eje temático del I Curso Colombiano Interdisciplinario fue “Sistema Interamericano de Derechos Humanos: historización, debate actual y perspectivas a futuro”. El objetivo fue generar un espacio académico en el que se discutiera y reflexionara sobre los aspectos políticos del trabajo de los órganos de protección del SIDH, los avances jurisprudenciales y su incorporación en el derecho interno, a partir de su universalidad del Sistema. Así mismo, permitió analizar la importancia e impacto de las actividades de promoción de los órganos del SIDH en el diseño, implementación y monitoreo de políticas públicas con enfoque de derechos, a partir de la obligación de cumplimiento.

A través de las diversas ponencias, paneles y talleres, el eje temático del Curso posibilitó repasar las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, incluyendo el deber de aplicar el control de convencionalidad, estudiar la evolución de los órganos del Sistema con énfasis en sus reformas reglamentarias más significativas y analizar el impacto político de las relatorías especiales, con énfasis en la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Por otra parte, el Curso fomentó espacios de reflexión en otros temas de vigencia internacional que, a su vez, han caracterizado nuestra realidad regional. Así, se analizaron los derechos humanos de las mujeres y la justicia transicional, así como los derechos económicos, sociales y culturales, con énfasis en el derecho a la educación y la educación en derechos humanos.

En este contexto, la edición 57 de la Revista IIDH recopila los artículos académicos desarrollados por algunos de los y las ponentes del Curso, en específico: Pedro Nikken (Venezuela), Mayra Falck (Honduras), Federico Sersale (Argentina) y Julieta Morales (México). Además, se invitó a colaborar a quienes han participado en el Curso Interdisciplinario, involucrándoles en el proceso posterior de esta actividad de formación. Esta es una de las acciones que el IIDH emprende para que el Curso sea el punto de partida de un compromiso por parte de quienes participan en él, con el fin de promover propuestas y/o estudios especializados para el fortalecimiento y promoción de los derechos humanos. En ese sentido, se seleccionaron tres colaboraciones: Luis Carlos Buob (Perú), Rafael A. Ramírez (Colombia) y Carlos Morales (México).

En esta edición se estudiará la internacionalización de los derechos humanos a través de su adopción en el derecho interno de los Estados, incluyendo su aplicación específica por parte de autoridades judiciales y administrativas; se repasará la certeza jurídica del derecho interamericano, tomando en cuenta sus avances, reparos y rezagos; se destacarán los principales logros alcanzados, señalando también aquello que aún es un desafío para el SIDH, tomando en consideración las condiciones de acceso al mismo, la adopción del derecho interamericano en el derecho nacional y los especiales escenarios de vulnerabilidad; se analizará el impacto que

ha tenido la justicia transicional en el SIDH al valorar los aportes que la jurisprudencia interamericana ha desarrollado sobre la materia, desde el acceso a la justicia – tomando en cuenta las deposiciones de amnistía y la jurisdicción penal militar –, hasta el derecho a la verdad y la reparación integral; se valorará la importancia de la educación en derechos humanos con énfasis en cuatro aspectos clave, para que se configure en un eje para promover el desarrollo de forma que trascienda a un círculo de aprendizaje integral de la sociedad. Por otra parte, seremos testigos de una propuesta jurídica sobre cómo amparar la protección del derecho al agua de los pueblos indígenas ante el SIDH, tomando en consideración el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del Sistema Universal, el carácter evolutivo de la jurisprudencia de nuestro sistema regional y la interpretación *pro homine* del texto convencional. Además, nos adentraremos en el sistema penal mexicano y, en específico, en la figura de la prisión preventiva, con el fin de estudiar su compatibilidad o no con lo dispuesto en la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH, haciendo un ejercicio de convencionalidad. Finalmente, se analizará el fuero indígena en Colombia con el fin de determinar la competencia de la justicia ordinaria o indígena con fundamento en la norma y jurisprudencia colombiana y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH al equipo de trabajo de las diversas instituciones que hicieron posible la realización del *I Curso Colombiano Interdisciplinario en Derechos Humanos*, incluyendo a las agencias internacionales de cooperación. Asimismo, agradecemos a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus artículos académicos para esta edición de la Revista, e invitamos a las y los lectores a que también sean partícipes de la discusión sobre temas de relevancia para la comunidad internacional, colaborando con sus contribuciones a esta publicación semestral que desde 1985, acoge artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales que desarrollen y hagan énfasis en la temática de los derechos humanos.

José Thompson J.
Director Ejecutivo

Los delitos graves en el sistema procesal penal mexicano: una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

*Carlos Morales Sánchez**

1. Planteando el problema

Durante la vigencia del Código Penal de Martínez de Castro – promulgado el siete de diciembre de 1871, y que entró en vigor el 1 de abril de 1872 y fue abrogado en 1929 – en la República mexicana los juicios penales se desahogaban de manera oral. A fines del siglo XIX y principios del siglo XX, antes de la invención de la televisión y la radiodifusión, las personas habitantes de la Ciudad de México acudían a los juzgados a presenciar los juicios como forma de esparcimiento. El último juicio oral basado en el Código Penal de 1871 tuvo lugar en 1929. A partir de ese año, dieron inicio los procedimientos penales escritos bajo la vigencia del Código Penal de Almaraz, que está vigente a nivel federal hasta la fecha.

En los juicios escritos (o tradicionales), el agente del Ministerio Público (fiscal) recibe una denuncia por escrito e inicia una averiguación previa; si logra la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado, ejercerá **acción penal** ante el juez correspondiente, quien emitirá una orden de aprehensión que será

* El autor es un abogado de la comunidad indígena zapoteca del Istmo de Tehuantepec, Oaxaca, México. Es licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca. Ha sido Defensor Público Federal en el Instituto Federal de Defensoría Pública del Poder Judicial de la Federación y Director General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Seguridad Pública de Oaxaca. Ha escrito diversos artículos sobre defensa pública; como Defensor Público Federal realizó litigios estratégicos ante la Suprema Corte de Justicia de México.

ejecutada por la Policía Ministerial. Efectuada la detención, una vez que el probable responsable esté internado en la cárcel, el juez iniciará el procedimiento en sus diversas etapas: pre-instrucción, instrucción y juicio, y emitirá sentencia bajo las reglas del procedimiento escrito. Recientemente, y ante la imposibilidad de continuar sosteniendo la vigencia del anquilosado procedimiento escrito, algunas entidades federativas del Estado mexicano han dado un viraje: Chihuahua (2006), Oaxaca (2007) y, posteriormente, Nuevo León, Zacatecas y el Estado de México. En dichos estados se ha iniciado la implementación de un sistema acusatorio adversarial, denominado comúnmente “juicios orales”. También de manera reciente, el Estado mexicano ha admitido que es imposible continuar con el anquilosado enjuiciamiento escrito y ha ordenado, en la reforma constitucional de 2008, que para el año 2016 todas las entidades federativas y la Federación deberán implementar los juicios orales.

Es pertinente señalar que durante la actual vigencia del procedimiento escrito, la persona enjuiciada debe enfrentar el procedimiento en prisión y la única posibilidad de obtener la libertad durante el juzgamiento es mediante el pago de una caución, y sólo si el delito no es grave. Si lo es grave no existe la posibilidad de obtener la libertad. En materia federal, los delitos “graves” están catalogados en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales. En el fuero común, las codificaciones estatales establecen su listado de delitos graves. Esta regla general acepta una excepción: en los lugares donde ya se ha implementado el sistema acusatorio adversarial es el **juez de control** o **juez de garantías** quien determina, a petición del Ministerio Público, la medida de coerción que habrá de imponer, pudiendo ser o no la prisión preventiva.

En el presente trabajo se pretende demostrar que, en el marco del procedimiento escrito que aún está vigente en México, la aplicación inexorable de la prisión preventiva cuando se trata de delitos graves es anti-convencional, porque: 1) viola el principio de presunción de inocencia, ya que la prisión preventiva se traduce en la ejecución de una pena cierta sobre una persona cuya **culpabilidad** es incierta;

2) conforme a la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha hecho del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹, en lo relativo a la presunción de inocencia, los Estados tienen la obligación de no restringir la libertad de las y los ciudadanos, salvo que la persona enjuiciada pretenda impedir el desarrollo eficiente de las investigaciones y eludir la acción de la justicia²; 3) la norma convencional está incorporada al derecho interno mexicano y es aplicable de manera inmediata bajo el riesgo de actuar irrespetando la convencionalidad, y 4) cuando el Estado mexicano somete a una o un ciudadano a la prisión preventiva sin que previamente se hayan demostrado los dos requisitos establecidos en la interpretación de la Corte IDH, es procedente el juicio de amparo porque se viola una norma convencional.

2. Generalidades

En apariencia, existe un acuerdo generalizado sobre la presunción de inocencia, que en su principal aspecto significa que la persona acusada no tiene el deber de probar su inocencia, porque la prueba de su culpabilidad debe ser llevada a juicio por quien lo acusa³. Es, como dice Carlos Bernal Pulido, la institución jurídica más importante con la que cuentan las personas particulares para resguardarse de la posible arbitrariedad de las actuaciones del Estado cuando ejerce el *ius*

1 Conocido como “Pacto de San José” depositario OEA. Lugar de adopción: San José, Costa Rica. Fecha de adopción: 22 de noviembre de 1969. Vinculación de México: 24 de marzo de 1981, adhesión. Aprobación del Senado: 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1981. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978, general; 24 de marzo de 1981, México. Publicación del decreto de promulgación en el *Diario Oficial de la Federación*: jueves 7 de mayo de 1981. Última modificación *Diario Oficial*: 17 de enero de 2002, aprobadas por el Senado el 10 de diciembre de 2001. Decreto por el que se aprueba el Retiro Parcial de las Declaraciones Interpretativas y de la Reserva, que el Gobierno formuló al párrafo 13 del artículo 12 y al párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2 Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia de fondo de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf>, a octubre de 2013.

3 Ojeda Velásquez, Jorge, *Derecho Constitucional Penal*, Tomo I. Editorial Porrúa, México, 2005, pág. 669.

puniendi, que, como consecuencia, no sólo es un principio propio del debido proceso, sino una garantía de la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre⁴.

Prima facie, nadie bajo el riesgo de ser beneficiario del calificativo de autoritario, podría admitir la aplicación selectiva o relativa del principio de presunción de inocencia: en algunos casos sí y en otros no. Este principio no es una garantía que pueda confrontarse con otras para pesarla y contrapesarla con ellas, prevaleciendo en unas y quedando limitada en otras. No es una entre otras libertades: es el fundamento ético del proceso penal. Sin embargo, aun cuando generalmente se admite lo anterior, cuesta trabajo comprender por qué durante la vigencia de todas las constituciones del México independiente, se permitió (y se sigue permitiendo en los lugares donde aún tiene vigencia el procedimiento escrito) la aplicación de la prisión preventiva que es una indudable violación al principio de presunción de inocencia, en cuanto se traduce en el castigo anticipado de una persona que puede o no resultar culpable. La verdad es que se acostumbra tanto la aplicación cotidiana de la prisión preventiva, que hoy parece **normal** que una persona sea separada de su entorno social y reducida a la condición de presa sin condena. Las generaciones venideras nos juzgarán con dureza no sólo por permitir la violación, sino también porque ni siquiera nos pareció grave esa afectación a los derechos humanos.

Luigi Ferrajoli sostiene que todo el pensamiento liberal clásico acabó justificando la prisión preventiva por diversas “necesidades” o “meras conveniencias”, ya fuera el peligro de fuga, el riesgo de obstaculización de las pruebas, la simple gravedad del delito y la necesidad de prevención o conjuntamente la necesidad de prevención de los peligros de naturaleza procesal y los de naturaleza penal⁵. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo

4 Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, primera edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 369.

5 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, quinta edición. Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 552.

en revisión 1028/96, el 13 de enero de 1998, también acudió a las necesidades aludidas por Ferrajoli y justificó, además, la prisión preventiva como un sacrificio de un bien menor por un bien mayor:

Hay quienes sostienen que la prisión preventiva es una medida cautelar y provisional, por lo que no está en contradicción con la garantía de audiencia; sin embargo, debe advertirse que su no contradicción con dicha garantía y con el principio de presunción de inocencia deriva más bien de los fines que persigue que de su carácter provisional. **Sus fines son preservar el desarrollo adecuado del proceso y asegurar la ejecución de la pena, además de evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.** Por tanto, existe en este caso una preponderancia del interés social al particular. (El resaltado es del autor)

Ferrajoli no está de acuerdo con ninguna razón para justificar el aprisionamiento preventivo. Y va más allá:

Es cierto que, sobre todo para algunos delitos graves, existe el peligro de que, incluso después del primer interrogatorio y de las primeras comprobaciones, el imputado altere las pruebas. Pero ningún valor o principio puede satisfacerse sin costes. Y este es un coste que el sistema penal debe estar dispuesto a pagar, si quiere salvaguardar su razón de ser⁶.

Es necesario decirlo con claridad: en la construcción de las “necesidades justificatorias” se advierte un prejuicio: se estima correcto juzgar a una persona aprisionada de manera preventiva porque se prejuzga que es culpable, que se fugará, que causará un daño al ofendido, que causará un daño **irreparable** a la sociedad. Se encierra a alguien porque se prejuzga que así se vivirá en paz⁷. Se olvida que esta idea primordial – de

6 Ibidem, pág. 559.

7 Voltaire exclamaba hace dos siglos: “quién le obliga a esta desobediencia. Si un hombre está acusado de un crimen, empezáis por encerrarlo en un calabozo horrible; no permitís el que tenga comunicación con nadie; le cargáis de hierros como si ya le hubieseis juzgado culpable. Los testigos que deponen contra él son oídos secretamente. Sólo los ve un momento en la confrontación... ¿Cuál es el

acuerdo a Ferrajoli – es “precisamente una de aquellas contra las que nació el delicado mecanismo del proceso penal, que no sirve, como se ha dicho para tutelar a la mayoría, sino para proteger incluso contra la mayoría, a los individuos que aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables”⁸.

3. Los tratados internacionales como fuente de normas de derechos humanos

Podría sostenerse que el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales – que viola sin posibilidad de paliativos⁹ el principio de presunción de inocencia con relación a aquellas personas a las que se le atribuya alguno o algunos de los delitos ahí enumerados – no es inconstitucional porque su contenido sólo reglamenta la libertad provisional establecida en el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Ley Fundamental – que preconiza que en los juicios del orden criminal, la persona acusada tendrá derecho a obtener su libertad exhibiendo una garantía siempre que no se trate de delitos en que la concesión de ese beneficio esté prohíba expresamente, por su gravedad.

Sin embargo, no es así. Los compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano exigen que la interpretación y aplicación de las normas se realicen no solamente desde la perspectiva del derecho interno, sino que es necesario tomar en cuenta los tratados internacionales que forman parte del derecho interno, en los términos del artículo 133 constitucional. No se debe olvidar, por otra parte,

hombre a quien este procedimiento no asuste? ¿Dónde hallar un hombre tan justo que pueda estar seguro de no abatirse?” Citado por Ferrajoli en *ibidem*, pág. 558.

8 *Ibidem*, pág. 562.

9 Desde otra perspectiva, podría pensarse que la posibilidad de obtener libertad provisional respecto de delitos no graves condicionada a la exhibición de una caución, reduce la violación a la presunción de inocencia al universo limitado de los delitos graves. No es así. La violación al principio existe también tratándose de delitos no graves porque nadie debería estar obligado a exhibir alguna garantía de su libertad cuando no se ha demostrado su culpabilidad. Empero, la posibilidad de obtener la libertad a cambio de una garantía económica hace **tolerable** la violación.

que la interpretación se rige, entre otros, por el principio de la unidad sistemática que fuerza a reconocer simultáneamente la validez de todos los preceptos que integran un ordenamiento jurídico, de modo que la norma penal guarde coherencia tanto con las otras normas penales como con el resto de las normas jurídicas¹⁰.

A propósito, conviene tener presente que los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre ellos, los previstos en el artículo 20, son derechos mínimos de los gobernados, y constituyen el piso del edificio constitucional, no el techo. Esto significa que pueden ser ampliados – no restringidos – por los tratados internacionales o la legislación secundaria¹¹.

El tribunal más alto del país, actuando plenariamente, admitió en la ejecutoria del amparo en revisión 1475/98¹² promovida por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo¹³, la posibilidad de que los tratados internacionales amplíen el régimen establecido en las garantías individuales:

10 Vaello Esquerdo, Esperanza, *Introducción al Derecho Penal*, primera edición. Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2002, pág. 64.

11 Así, no podría considerarse inconstitucional el artículo 16 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, que otorga a los pueblos indígenas personalidad jurídica de derecho público, por ir más allá del artículo 2 de la Constitución Federal que sólo otorga a esas comunidades el carácter de entidades de interés público. De igual manera, no podría sostenerse válidamente que el artículo 418 del Código Federal de Procedimientos Penales que establece la libertad bajo protesta – la que se otorga sin mediar garantía económica – sea contrario al artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Federal, que exige para la procedencia de la libertad provisional el otorgamiento de caución. Estas normas de derecho interno no son inconstitucionales porque amplían los derechos establecidos constitucionalmente.

12 Amparo en revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. Esta ejecutoria generó la tesis aislada: Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal.

13 En la que estableció que el artículo 68 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (que dice: “En cada dependencia sólo habrá un sindicato”) va en contra del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, que establece la libre sindicación, y para ello tuvo que definir la jerarquía normativa de los tratados internacionales.

Puede darse el caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales y que por no estar dentro de las normas constitucionales no podrían ser aplicadas a nuestro derecho. En este caso, conviene analizar las características de la norma internacional que se pretende aplicar y en función de ella atender a la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata, en el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de la que, por el contrario, merme la esfera de protección que la Constitución da *per se* a los gobernados.

Es importante hacer la reiteración: conforme a lo expuesto, los instrumentos internacionales ratificados por México – entre los que se encuentran la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁴– pueden ampliar, mejorar o extender el régimen de protección de derechos humanos de la Constitución, y ello obliga al Estado mexicano a ampliar la esfera de libertades de las y los gobernados o lo compromete a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles. La incorporación de tales normas a la Constitución es automática, sin que sea necesario que medie una disposición legislativa.

4. ¿Cómo opera la maximización?

En la ejecutoria que definió la jerarquía de los tratados, el tribunal constitucional también estableció que los tratados que mejoran o amplían garantías individuales deben considerarse **constitucionales**:

14 Depositario ONU. Lugar de adopción: Nueva York, EUA. Fecha de adopción: 16 de diciembre de 1996. Vinculación de México: 23 de marzo de 1976. Adhesión. Aprobación del Senado 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1981. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, general; 23 de junio de 1981, México. Publicación del decreto de promulgación en el *Diario Oficial de la Federación*; miércoles 20 de mayo de 1981. Fe de erratas; 22 de junio de 1981. Última Modificación *Diario Oficial*: 16 de enero de 2002. Retiro parcial de la reserva que el gobierno de México formuló al artículo 25, inciso b).

En el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, **deben considerarse como constitucionales**. (El resaltado es del autor)

Este criterio llevó al investigador Manuel Becerra Ramírez a afirmar que lo resuelto por la Suprema Corte permite deducir que los tratados internacionales que amplían los derechos humanos, están al mismo nivel que la Constitución Federal:

[...] esa postura de la SCJ es sumamente trascendente, ya que significa que a través de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es posible ampliar la esfera de derechos de los gobernados. Es comprensible que en esta hipótesis, la incorporación de tales normas a la Constitución sea automática, sin que medie una disposición legislativa. Si hablamos de una jerarquía podemos afirmar que los tratados en materia de derechos humanos serían no superiores a la Constitución pero sí estarían al mismo nivel, ya que se podrían colmar las lagunas que ésta pudiera tener en materia de derechos humanos, sin que hubiera necesidad de reformarlas. Esta postura de la Corte viene a completar la disposición del artículo 15 constitucional, que prohíbe la celebración de los tratados en los que se alteren las garantías y el derecho establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano¹⁵.

La reforma del 10 de junio de 2011 aporta mayor claridad, al haber incorporado de manera expresa la noción de “derechos humanos”, abandonando la vieja noción de garantías individuales para ampliar el marco de protección, y establecido el control de la convencionalidad. La jerarquía normativa ordinaria queda de la siguiente manera: la norma constitucional se ubica en el punto culminante de la pirámide

15 Becerra Ramírez, Manuel, “Tratados Internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. Amparo en Revisión 1475/98”, en: *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 3. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, Julio-Diciembre de 2000, pág. 175.

kelseniana, el tratado internacional que prevé derechos humanos al mismo nivel de la ley fundamental y abajo del tratado la ley federal.

La importancia de lo anterior se traduce en que:

- a. El artículo 20, apartado A, fracción I, de la norma-cúspide establece el derecho mínimo: para la procedencia de la libertad provisional se exige que el delito no esté calificado como grave, por el contrario, sí el delito lo está, el inculcado no podrá obtener su libertad provisional bajo caución.
- b. El artículo 8.2 de la CADH (norma que se ubica inmediatamente debajo o al mismo nivel de la norma-cúspide), según la autorizada interpretación de la Corte IDH¹⁶ en el caso *Suárez Rosero v. Perú*, ha considerado que la prisión preventiva no debe ser la regla general y que el estado tiene el deber de no restringir la libertad personal del enjuiciado salvo que éste pretenda impedir el desarrollo eficiente de las investigaciones y eludir la acción de la justicia:

77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada.

De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y

16 Como referente de derecho comparado menciono que la Corte Suprema de la Nación Argentina en el fallo 315:1492-7 de julio de 1992, Caso *Ekmekdian v. Sofovich y otros*, dejó una estela marcada en la aplicación directa de la CADH: “20. [...] debe tenerse presente que cuando la nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contengan descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que pueda operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso. [...] 21. Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (artículo)1”.

que eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos **que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general** (artículo 9.3) En caso contrario **se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.** (El resaltado es del autor)

Esta norma de génesis internacional debe ser leída simultáneamente con el artículo 20, apartado A, fracción I, y opera de manera automática en el sistema interno.

- c. Por debajo de la CADH se encuentra el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece el catálogo de delitos graves. Este artículo restringe de manera absoluta el principio de presunción de inocencia porque impide que las personas enjuiciadas por delitos graves puedan obtener la libertad caucionada.

Como puede apreciarse la CADH (en conexión con el PIDCP), al definir los alcances del principio de presunción de inocencia, amplifica el contenido del derecho que a los procesados otorga el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución mexicana, al establecer el deber del Estado de no restringir la libertad del ciudadano, salvo que se demuestren las dos hipótesis mencionadas.

Es evidente que tales instrumentos regulan con mayor prodigalidad el régimen de la prisión preventiva en México: mientras que el artículo 20, apartado A, fracción I, exige para la procedencia del derecho a obtener la libertad provisional: a) la petición del inculpado, b) que el delito no sea grave y c) que el enjuiciado exhiba caución

que estará integrada por el monto de las obligaciones procesales, el monto de la reparación del daño y la sanción pecuniaria; los instrumentos internacionales exigen de manera casuística solamente la demostración, por la parte acusadora, de que el inculpado pretende evadirse y entorpecer el desarrollo del proceso.

El derecho a enfrentar el proceso en libertad en México está maniatado por la condición de que el delito atribuido no sea grave. La existencia del catálogo de delitos – que no admiten la posibilidad de la libertad caucional – contraviene el PIDCP¹⁷ y la CADH por dos razones:

- Porque permite que la prisión preventiva sea la regla general y no la excepción.
- Porque establece la imposibilidad del otorgamiento de la libertad caucionada por los delitos *graves*.

En efecto, ninguno de los instrumentos internacionales establece la posibilidad de negar el derecho a obtener la libertad caucionada tratándose de determinados delitos, por el contrario, establecen que la prisión preventiva no debe ser la regla general y que la libertad de las personas – sin indicar límites – podrá estar subordinada a la exhibición de garantías, de donde se advierte, *contrario sensu*, que a la luz de la CADH, el derecho a obtener la libertad bajo exhibición de garantías es procedente respecto de **todos** los delitos. Conforme al control de convencionalidad, la aplicación del tratado internacional autoriza, por ser superior en la jerarquía normativa, a dejar de aplicar el artículo 194, sin mayores requisitos. La jerarquía de la CADH

17 El PIDCP señala “9.3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”. Y señala, además, que: “14.2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

implica la prevalencia sobre las normas que se les contrapongan y primacía de aplicación sobre las mismas.

5. La procedencia del amparo indirecto

El órgano encargado de la investigación de los delitos – en acatamiento a la consideración de que las personas sujetas a proceso por delito grave *per se* no tienen derecho a la libertad provisional bajo caución, y ante el desconocimiento de lo establecido en el derecho internacional de los derechos humanos –, nunca recaba en la indagatoria (ni la ofrece en el proceso) prueba que demuestre que la persona inculpada pretende evadir la acción de la justicia o impedir el desarrollo eficiente de las investigaciones del proceso, para fundar la negativa al otorgamiento de la libertad cuando se trata de delitos graves.

En ese sentido, en el ejercicio defensivo resulta conveniente solicitar la libertad provisional bajo caución a favor de personas procesadas por delitos graves, con el argumento de que no están demostrados los requisitos que exige la CADH para privar de la libertad a una persona. Así, es necesario, promover el amparo indirecto, solicitando la aplicación del control de la convencionalidad. Es procedente el amparo porque, conforme a las reformas del 10 de junio de 2011, el juicio de amparo también tiene como finalidad la protección de los derechos humanos previstos en tratados internacionales, es decir, existe la obligación de ejercer el control de la convencionalidad.

6. La resistencia de las autoridades judiciales para la aplicación de los tratados

Existe la percepción generalizada de la resistencia de la autoridad judicial a la aplicación de los tratados internacionales¹⁸. Las y los

18 Luis Pásara, al analizar sentencias de jueces del fuero común del Distrito Federal indica: “En ninguna de las sentencias sometidas a examen en este estudio se encontró la aplicación expresa de una norma constitucional o de una norma de derechos humanos de origen internacional, suscrita y ratificada por México. En el caso del segundo tipo de normas, un factor probablemente explicativo es la falta de conocimiento que, en el ambiente jurídico del país, prevalece acerca de

defensores públicos federales del país constantemente citan los tratados internacionales ante autoridades que generalmente sostienen la prevalencia del dogma de la supremacía del derecho interno sobre el externo¹⁹. Algunos jueces omiten considerar la aplicación del tratado internacional y que no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Imer B. Flores, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, lo explica con palmaria claridad:

[...] son compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional. Por esta razón, se requiere tanto que el presidente – como el jefe de Estado – celebre un tratado, como que el Senado – como representante de los intereses de las entidades federativas – lo apruebe. Ciertamente, los Estados, como los demás miembros de la comunidad internacional, tienen libertad para adquirir mayores deberes al firmar tratados, pero no pueden ignorar tales obligaciones adquiridas libremente. A partir de los principios de *pacta sunt servanda* y *rebus sic standibus*, los tratados deben cumplirse de buena fe, salvo que las condiciones cambien sustancialmente. De la misma manera, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que un Estado no puede invocar su derecho nacional como una justificación para no cumplir con un tratado²⁰.

los instrumentos internacionales que México ha ratificado”. Pásara, Luis, “Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006, págs. 31 y 32.

- 19 Jaime Cárdenas Gracia indica que: “Estamos en un proceso de cambio y desde el derecho pocas veces advertimos que existen categorías jurídicas tradicionales que obstaculizan los procesos de comprensión de las nuevas realidades. Hay algunos dogmas del derecho constitucional que han tenido en México, desde hace mucho tiempo, su traducción más burda, simplista y mecanicista [...] Son conceptos y categorías que unidimensionalizan la realidad jurídica, la empobrecen y la reducen [...] y que acaban por transformarse en un instrumento del *statu quo*, en una herramienta ideológica que mantiene la correlación de las fuerzas políticas, sociales y económicas, que hace del derecho un obstáculo al cambio y no un promotor de él”. Cárdenas Gracia, Jaime, “Remover los dogmas”, en: *Cuestiones Constitucionales*, número 6, pág. 18.
- 20 Flores, Imer B. “Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis”, en: *Cuestiones Constitucionales, Revista*

Víctor Bazán, estudioso del sistema internacional de los derechos humanos, al hacer referencia al problema de la vinculación de los tratados internacionales con el derecho interno, afirma que son numerosas las razones para profundizar la discusión sobre el asunto en tratamiento, y agrega:

[...] entre ellas figura el reciente cambio de apreciación jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca del rango de los tratados internacionales *vis-á-vis* el derecho interno; la particular percepción evidenciada en relación con los tratados internacionales en materia de derechos humanos y su potencialidad operativa para ampliar el plafón de derechos y libertades de la persona contenido en el texto constitucional, lo que supondría (expresado en términos figurados lo que sigue) una declaración *a priori* de constitucionalidad de los instrumentos internacionales que vinculen un ensanchamiento protectorio (“en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles”) frente a la norma constitucional, situación que – más allá de consentir la posible “incorporación” automática de aquellos al material constitucional – deja al descubierto la opción axiológica adoptada por el tribunal a favor de la entronización de la pauta *pro homine favor libertatis* y, por último, la firme presunción en el sentido de que la postura de la Corte generará un realce cualitativo del vigor de los tratados internacionales, según el caso, como parámetros de constitucionalidad o legalidad, respectivamente, de la normativa infraconstitucional²¹.

Desde otra perspectiva, podría considerarse que los razonamientos expuestos en este ensayo tienen su más fuerte oposición en la tesis que expresa:

Prisión preventiva. Es una excepción a las garantías de libertad y de audiencia previa, establecida constitucionalmente. Si

Mexicana de Derecho Constitucional, número 13. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005, pág. 242.

21 Bazán, Víctor, *Jurisdicción Constitucional y Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales. Un análisis de derecho comparado*, primera edición. Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 83.

bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la privación de la libertad de una persona sin previo juicio, también lo es que el artículo 18 de la misma Ley Suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 1o. de la propia Carta Magna las garantías que ella otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad. Así, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad²².

Tal aseveración resultaría incorrecta porque la tesis citada es anacrónica: fue elaborada en 1998, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación ni siquiera había reconocido la existencia implícita del principio de presunción de inocencia en el sistema constitucional (2001), ni había establecido la jerarquía normativa de los tratados, ni la Constitución había aceptado la posibilidad de que las normas del derecho internacional de los derechos humanos ampliaran las garantías individuales (1999), ni se había incorporado la noción de derechos humanos a la Constitución (2011). Es evidente que el desarrollo actual en la interpretación jurisprudencial y la actual integración de la Corte, hacen necesario un nuevo debate sobre el tema.

22 Amparo en revisión 1028/96, Carlos Mendoza Santos, 13 de enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca.

7. Comentario final

La posibilidad de que las personas procesadas por delitos graves obtengan la libertad provisional bajo caución no deja la puerta abierta a la impunidad y a la afectación de la seguridad pública. No es así porque el Estado de Derecho supone, necesariamente, que el poder del Estado debe estar sometido al derecho: al derecho interno (la Constitución, la ley, etc.) y al derecho internacional, específicamente el que reconoce los derechos humanos, es decir, el derecho internacional de los derechos humanos²³.

Considerar que la **maximización** de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia se opone a la seguridad pública constituye – como lo advierte Sergio García Ramírez – un falso dilema:

En este orden desordenado, se pretende montar el más falso y peligroso dilema: derechos humanos o seguridad pública. Una sociedad exasperada por la creciente delincuencia no vacilaría en optar, a ciegas por la seguridad pública, a costa de la decadencia de los derechos humanos. Ese sería el producto de la siembra de una idea ominosa: la seguridad pública tiene un enemigo: las garantías individuales²⁴.

No hay que olvidar – dice en otra parte el citado autor – que “las revoluciones comienzan demoliendo cárceles y liberando presos”²⁵.

El otorgamiento de la libertad provisional para todos los delitos con base en la CADH no afectaría la seguridad pública, sólo incrementaría los estándares de fundamentación y motivación de la

23 Rey Cantor, Ernesto, et al, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Temis e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Bogotá, Colombia, 2005, pág. 239.

24 García Ramírez, Sergio, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso México”, en *Estudios Jurídicos*. UNAM, México, 2000, pág. 384.

25 *Ibidem.*, pág. 700.

actuación ministerial: el Ministerio Público deberá demostrar en cada caso los requisitos establecidos en el sistema internacional de los derechos humanos, es decir, que la persona inculpada pretende eludir la acción de la justicia y entorpecer las investigaciones. Sólo así se tomará a la convencionalidad en serio.