



**10**

**Colección del Colegio de Abogados  
Procesalistas Latinoamericanos**

# **DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL INTERAMERICANO**

**Alfonso Jaime Martínez Lazcano  
Hugo Carrasco Soulé, et al.**



**Editorial Primera Instancia**



**DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL  
INTERAMERICANO**



ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO  
Director científico

**DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL  
INTERAMERICANO**  
**10**

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO  
HUGO ROBERTO MUÑOZ BASÁEZ  
LUIS A. CUCARELLA GALIANA  
RICARDO MARTÍNEZ QUINTERO

HUGO CARRASCO SOULÉ  
LORENA DENIS TRINIDAD  
NOÉ BUSTAMANTE ZAMORA  
RODOLFO GUERRERO MARTÍNEZ

PRÓLOGO DE ANGELO VIGLIANISI FERRARO



Editorial  
Primera Instancia  
2021

## EDITORES

© ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO  
HUGO CARRASCO SOULÉ  
EDITORIAL PRIMERA INSTANCIA  
COLEGIO DE ABOGADOS PROCESALISTAS LATINOAMERICANOS

### ASISTENTES EDITORIALES

Omar Martínez Hernández  
Neidaly Espinosa Sánchez

Editorial Primera Instancia  
Calle Selva 35 402  
Periférico Avenida del Imán  
Insurgentes Cuicuilco C. P. 04530  
Coyoacán Cdmx.  
Teléfono: +52 (961)6142659  
Móvil: (+52) 961 1775659  
E-mail: primerainstancia@gmail.com

Título: *Derecho procesal convencional  
interamericano*

Volumen 10  
Primera edición, 2021  
DEWEY 323  
THEMA LBBC1

## AUTORES

© ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO  
© HUGO CARRASCO SOULÉ  
© HUGO ROBERTO MUÑOZ BASÁEZ  
© LORENA DENIS TRINIDAD  
© LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA  
© NOÉ BUSTAMANTE ZAMORA  
© RICARDO MARTÍNEZ QUINTERO  
© RODOLFO GUERRERO MARTÍNEZ

ISBN: 978-607-29-2518-2

Este libro ha sido evaluado con un procedimiento de doble *ciego-blind per reviewed*.  
Esta obra y sus características gráficas son propiedad de *EDITORIAL PRIMERA INSTANCIA*.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema electrónico, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares de *copyright*.

IMPRESO EN MÉXICO- PRINTED IN MEXICO  
2021

## COMITÉ CIENTÍFICO

**Dra. Jania Maria Lopes Saldanha**

Profesora en la Universidad Federal de Santa María, Brasil

**Dr. Juan Marcelino González Garcete**

Universidad Nacional de Asunción, Paraguay

**Dr. Patricio Marianello**

Universidad de Buenos Aires, Argentina

**Dr. Pablo Darío Villalba Bernié**

Universidad Católica de Encarnación, Paraguay

**Dr. René Moreno Alfonso**

Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia

**Dra. Pamela Juliana Aguirre Castro**

Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito, Ecuador

**Dr. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas**

Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos

El libro de *Derecho procesal convencional interamericano* está integrado por textos jurídicos, que cumplen con los criterios de calidad, para ser publicado, los capítulos que lo construyen son inéditos, con la finalidad de mantener un nivel de exigencia científica, se verifica que el proceso de revisión de cada uno de los capítulos del libro en comento, se ha realizado bajo el principio de revisión arbitral por pares a doble ciego por un Comité Científico de Investigadores Nacionales e Internacionales, externos a la Editorial Primera Instancia.

Bajo los siguientes criterios:

- I. Importancia o relevancia del tema
- II. Claridad del enfoque temático
- III. Relación con la literatura existente
- IV. Datos metodológicos de investigación
- V. Uso de teoría
- VI. Marco teórico
- VII. Calidad crítica/Calidad argumental
- VIII. Claridad de las conclusiones
- IX. Aportación o propuesta a la disciplina

Participaron en el proceso de arbitraje de la obra destacados investigadores científicos de la Universidad Nacional de Asunción Paraguay. De la Universidad Federal de Santa María de Brasil, del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos, Universidad de Buenos Aires Argentina. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito, Ecuador, Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia y la Universidad Católica de Encarnación, Paraguay.

## ÍNDICE GENERAL

|              |    |
|--------------|----|
| PRÓLOGO..... | 19 |
|--------------|----|

### **GÉNESIS DEL DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

*Alfonso Jaime Martínez Lazcano*

|  |    |
|--|----|
| I. INTRODUCCIÓN.....   | 25 |
| II. TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN .....  | 26 |
| 1. Categorías fundamentales .....  | 27 |
| 2. El derecho es un producto cultural .....  | 29 |
| III. CONVENIO .....  | 30 |
| IV. DERECHO CONVENCIONAL .....   | 32 |
| 1. Derecho internacional público.....  | 35 |
| 2. Derecho convencional sustantivo y procesal.....   | 36 |
| V. DERECHO SUSTANTIVO CONVENCIONAL DE LOS<br>DERECHOS HUMANOS .....                                      | 38 |
| 1. <i>Corpus Iuris</i> Latinoamericano.....  | 40 |
| VI. CORRELACIÓN DEL DERECHO SUSTANTIVO<br>CONVENCIONAL CON EL DERECHO SUSTANTIVO<br>CONSTITUCIONAL ..... | 43 |
| 1. Bloque de constitucionalidad .....  | 45 |

## *Índice general*

|  |    |
|--|----|
| 2. Impacto del derecho sustantivo convencional en el derecho sustantivo constitucional ..... | 46 |
| VII. DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL .....   | 47 |
| 1. Derecho Comunitario .....   | 49 |
| 2. Tribunales comunitarios .....   | 50 |
| 2.1. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina .....                                       | 50 |
| 2.2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....  | 51 |
| 3. Derecho de Integración .....  | 52 |
| 3.1. Solución de controversias .....   | 52 |
| VIII. DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS .....                            | 53 |
| 1. Universal .....   | 53 |
| 2. Sistemas jurisdiccionales regionales de protección de derechos humanos .....              | 54 |
| 2.1. Europa .....  | 55 |
| 2.2. Latinoamérica .....   | 56 |
| 3. África .....  | 57 |
| 4. Control difuso de convencionalidad .....  | 59 |
| 5. Corte Penal Internacional .....   | 59 |
| 5.1. Justificación .....   | 60 |
| IX. A MANERA DE CONCLUSIONES .....   | 61 |
| X. BIBLIOGRAFÍA .....  | 62 |

## **LA ALINEACIÓN BIFOCAL DEL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA**

*Hugo Carrasco Soulé*

|                       |    |
|-----------------------|----|
| I. INTRODUCCIÓN ..... | 68 |
|-----------------------|----|

|  |     |
|--|-----|
| II. ACCESO A LA JUSTICIA Y SUS PILARES .....   | 73  |
| III. LA OBLIGACIÓN DE REMOVER OBSTÁCULOS ECONÓMICOS PARA GARANTIZAR EL ACCESO A LOS TRIBUNALES .....               | 74  |
| IV. LOS COMPONENTES DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.....                                  | 77  |
| V. LOS COMPONENTES DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES .....                                       | 98  |
| VI. LOS COMPONENTES DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE DERECHOS SOCIALES, INDIVIDUALES Y COLECTIVOS..... | 108 |
| VII. REFLEXIÓN FINAL .....   | 115 |
| VIII. BIBLIOGRAFÍA .....   | 116 |

**IMPACTO DEL DERECHO CONVENCIONAL  
INTERAMERICANO EN MÉXICO**

*Noé Bustamante Zamora*

|   |     |
|---|-----|
| I. INTRODUCCIÓN.....                                    | 119 |
| II. OBJETIVOS .....                                     | 121 |
| 1. Objetivo general.....                                | 121 |
| 2. Objetivos específicos.....                           | 121 |
| III. HIPÓTESIS .....                                    | 121 |
| IV. METODOLOGÍA.....                                    | 122 |
| V. LA OBLIGATORIEDAD DE LOS TRATADOS.....               | 122 |
| VI. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS ..... | 125 |

|  |     |
|--|-----|
| VII. PRINCIPALES EFECTOS DEL DERECHO CONVENCIONAL INTERAMERICANO EN EL DERECHO INTERNO DE MÉXICO ..... | 126 |
| 1. Incorporación al Derecho interno.....   | 126 |
| 2. Armonización del Derecho interno conforme al Derecho Convencional Interamericano.....               | 131 |
| 3. El control difuso de convencionalidad .....   | 132 |
| 4. La interpretación conforme y el principio pro persona .....   | 136 |
| 5. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su vinculación .....             | 138 |
| VIII. DISCUSIÓN Y RESULTADOS.....  | 140 |
| IX. CONCLUSIONES.....  | 140 |
| X. BIBLIOGRAFÍA .....  | 141 |

**LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO Y LA LITIGACION  
VIRTUAL**

*Hugo Roberto Muñoz Basáez*

|   |     |
|---|-----|
| I. INTRODUCCIÓN.....  | 143 |
| II. PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS .....                                 | 144 |
| III. BREVE REMISIÓN A LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO EN GENERAL..... | 146 |
| 1. El derecho general a la Justicia .....                               | 146 |
| 2. El principio general de igualdad.....                                | 149 |
| 3. Justicia pronta y oportuna .....                                     | 150 |
| 4. El derecho a la legalidad .....                                      | 153 |
| 5. El debido proceso, también reseñado como derecho a la defensa .....  | 154 |

|  |     |
|--|-----|
| IV. CUESTIONES PRELIMINARES DE UNA TEORÍA UNITARIA DEL DERECHO PROCESAL..... | 156 |
| V. EL MODELO ADOPTADO EN CHILE .....   | 164 |
| VI. CONCLUSIONES FINALES.....  | 167 |
| VII. BIBLIOGRAFIA.....   | 167 |

**DERECHOS DIGITALES: UNA VISIÓN EN EL USO DE LAS  
TECNOLOGÍAS Y SUS IMPLICACIONES LEGALES**

*Rodolfo Guerrero Martínez*

|   |     |
|---|-----|
| I. INTRODUCCIÓN.....  | 170 |
| II. LAS CUATRO REVOLUCIONES INDUSTRIALES .....              | 171 |
| III. LA CIBÉRNÉTICA Y LA INFORMÁTICA.....                   | 172 |
| 1. La informática .....                                     | 172 |
| IV. DERECHOS DIGITALES .....                                | 173 |
| V. LEGISLACIÓN .....  | 173 |
| VI. CIBERESPACIO: DEMOCRATIZACIÓN DEL<br>CONOCIMIENTO ..... | 176 |
| VII. CAMINO HACIA LA CIBERJUSTICIA .....                    | 177 |
| VIII. ANONIMATO.....  | 180 |
| IX. ABOGADO 4.0 Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS .....              | 181 |
| 1. <i>Big data</i> e internet de las cosas .....            | 183 |
| 2. Inteligencia artificial .....                            | 185 |
| 3. Ciberseguridad .....                                     | 186 |
| 4. Protección de datos.....                                 | 188 |
| 5. Propiedad intelectual y derechos de autor .....          | 189 |
| X. CONCLUSIONES .....                                       | 190 |
| XI. BIBLIOGRAFÍA .....                                      | 191 |

**DERECHO CONVENCIONAL. LINEAMIENTOS Y PRINCIPIOS  
QUE DEBEN OBSERVARSE EN SU APLICACIÓN EN EL  
ÁMBITO FAMILIAR**

*Lorena Denis Trinidad*

|  |     |
|--|-----|
| I. INTRODUCCIÓN.....   | 196 |
| II. OBJETIVO.....  | 196 |
| III. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD .....   | 196 |
| IV. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LINEAMIENTOS GENERALES.....  | 197 |
| 1. Convencionalidad, obligación y compromiso internacional ....  | 197 |
| 2. El control de convencionalidad debe desarrollarse de acuerdo con la competencia de cada operador jurídico .....           | 200 |
| 3. Marco jurídico. El control de convencionalidad se extiende a todo el <i>Corpus Iuris</i> universal e interamericano ..... | 202 |
| 4. Mecanismo o lineamientos generales para aplicar convencionalidad.....   | 204 |
| 4.1. Análisis de vulnerabilidad de la persona o grupo. (Determinar vulnerabilidad, derecho humano infringido).....           | 204 |
| 4.2. Atender a los diversos principios rectores de convencionalidad .....  | 206 |
| 4.3. Realizar control constitucional.....  | 207 |
| 4.4. Tutela de derechos humanos .....  | 209 |
| 4.5. Fundamentación y motivación adecuada .....  | 209 |
| V. EJES RECTORES EN EL DERECHO FAMILIAR .....  | 210 |
| 1. Evolución del concepto de familia .....   | 210 |
| 2. El modelo social de discapacidad.....   | 211 |
| 2.1. Modelos de discapacidad .....   | 213 |

*Índice general*

|   |     |
|---|-----|
| 3. Realidad de los países de Latinoamérica.....   | 215 |
| 4. Jurisprudencia relevante por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia familiar ..... | 216 |
| 5. Los principios de la niñez.....  | 218 |
| 6. Otros principios en materia familiar.....  | 221 |
| VI. CONCLUSIONES.....   | 222 |
| VII. BIBLIOGRAFIA.....  | 223 |

**AGENDA 2030: CONVENCIONALIDAD Y EMPODERAMIENTO  
DE LA MUJER**

*Luis Andrés Cucarella Galiana*

|   |     |
|---|-----|
| I. OBJETIVOS.....   | 227 |
| II. METODOLOGÍA .....   | 228 |
| III. DISCUSIÓN .....  | 229 |
| 1. Sistemática .....  | 229 |
| 2. Participación ciudadana en la Justicia y proyección en la lucha contra la violencia de género.....                           | 230 |
| 3. Acción popular y violencia de género .....   | 232 |
| 3.1. Su admisibilidad en materia criminal.....  | 232 |
| 3.2. Exclusión de la acción popular de inconstitucionalidad ...   | 233 |
| 4. Participación ciudadana y publicidad sexista: el asociacionismo como instrumento de lucha contra la violencia de género..... | 236 |
| 4.1. Introducción .....   | 236 |
| 4.2. Publicidad discriminatoria y violencia de género .....   | 237 |
| 4.3. Asociaciones y legitimación activa para ejercitar acciones por publicidad discriminatoria por género .....                 | 240 |

*Índice general*

|   |     |
|---|-----|
| 5. Carga probatoria: el caso especial de discriminación sufrida por motivos de género .....                                   | 241 |
| 5.1. Normas generales sobre carga probatoria .....  | 241 |
| 5.2. Especialidades en la prueba de discriminaciones por motivos de género: construcción de presunción de discriminación..... | 243 |
| 5.3. Otros supuestos sobre carga probatoria y protección del derecho a la igualdad .....                                      | 247 |
| IV. RESULTADOS .....  | 248 |
| V. CONCLUSIONES .....   | 249 |
| VI. BIBLIOGRAFÍA .....  | 249 |

**CONVENCIONALIDAD Y PROCESALISMO. UN ENSAYO  
SOBRE LA CEGUERA DEL DERECHO EN LA  
CONTEMPORANEIDAD**

*Ricardo Martínez Quintero*

|  |     |
|--|-----|
| I. INTRODUCCIÓN .....  | 254 |
| II. OBJETIVO PRINCIPAL .....   | 257 |
| III. OBJETIVOS COMPLEMENTARIOS .....   | 257 |
| IV. METODOLOGÍA.....   | 258 |
| V. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE PROCEDIMENTALISMO, PROCESALISMO Y CONVENCIONALISMO ..... | 258 |
| VI. DE LA NATURALEZA PROCESAL DE LA CONSTITUCIÓN. FUNDO DE LA CONVENCIONALIDAD.....        | 262 |
| VII. EL HOLOCAUSTO DEL PALACIO DE JUSTICIA EN COLOMBIA.....                                | 264 |

|  |     |
|--|-----|
| VIII. DE LA APELACIÓN DE SENTENCIAS Y LA DOBLE CONFORMIDAD .....   | 265 |
| 1. La posición de la Corte Constitucional .....  | 272 |
| 2. El derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias..   | 272 |
| 3. Impugnación de sentencias judiciales que imponen por primera vez una condena en la segunda instancia .....      | 273 |
| 4. El deber constitucional del legislador de implementar recurso que materialice el derecho a la impugnación ..... | 280 |
| IX. EL CASO DEL EXALCALDE GUSTAVO PETRO URREGO. DERECHOS A GARANTÍAS JUDICIALES Y PROTECCIÓN JUDICIAL .....        | 285 |
| X. CONCLUSIONES .....  | 289 |
| XI. BIBLIOGRAFÍA .....   | 291 |



## PRÓLOGO

El libro *Derecho procesal convencional interamericano* proporciona una contribución útil para estudiantes y profesionales de los derechos humanos en un área poco investigada por la doctrina.

Ya en su contribución de apertura, *Génesis del derecho procesal convencional de los derechos humanos*, Alfonso Jaime Martínez Lazcano aclara el alcance exacto del tema en consideración, destacando que no es “una subcategoría del derecho procesal constitucional, sino un conjunto de reglas a estudiar desde el punto de vista sustantivo y procesal”, partiendo del supuesto de que el derecho convencional, por un lado, converge con el derecho sustantivo constitucional, “constituyendo el bloque de constitucionalidad”, y, por otro, “es invasivo y no complementario al derecho interno, por la exigencia de establecer los derechos, libertades y erradicar las normas contrarias a la convención”.

Obviamente, en el volumen se reserva un gran espacio para *La alineación bifocal del derecho humano de acceso a la justicia*, en autoría de Hugo Carrasco Soulé, donde se resalta que el acceso a la tutela jurisdiccional no puede ser entendido bajo una sola visión; que es imposible pensar que la solución se puede encontrar en la normatividad y en la experiencia doméstica, ya que es obligatorio incorporar siempre la práctica internacional en la defensa efectiva de las garantías procesales vulneradas, de ahí la importancia y trascendencia de la alineación bifocal de ambas perspectivas, ya que con ellos es posible lograr una eficaz protección de los *derechos humanos de acceso a la justicia*.

El muy complejo problema del *Impacto del derecho convencional interamericano en México*, es abordado por Noé

Bustamante Zamora, en el que concluye que son claros los efectos positivos que el derecho convencional interamericano en materia de derechos humanos ha provocado en México, como la incorporación de las normas convencionales interamericanas en materia de derechos humanos al *corpus iuris* del derecho mexicano y con categoría de norma suprema, que las normas jurídicas internas mexicanas deben armonizarse con las convencionales en materia de derechos humanos y, en caso de contrariedad de las ordinarias, deben inaplicarse a los casos concretos, en ejercicio del control difuso de convencionalidad y que las normas relativas a derechos humanos, deben interpretarse conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y los criterios de la Corte IDH, cuando resulte más favorable a la persona.

*Las garantías del debido proceso y la litigación virtual*, especialmente en una época en la que la litigación virtual, sobre la que Hugo Roberto Muñoz Basáez se detiene mucho en su bello ensayo donde señala que nos asiste la convicción que en apoyo de evitar la paralización de la administración de justicia con las restricciones impuestas al desplazamiento de las personas deben adoptarse cuestiones de urgencia, pero ello jamás puede conculcar, restringir y a veces negar el ejercicio de las garantías procesales de los intervinientes del proceso, y los *Derechos Digitales: Una Visión de la nueva realidad en el uso de las tecnologías y sus implicaciones legales*, analizados con gran atención por Rodolfo Guerrero Martínez, en el identifica algunos temas principales en la visión de los retos para la regulación de las nuevas tecnologías y el papel que tendrán en el mundo jurídico para proteger a los usuarios del ciberespacio. También documenta que puede haber riesgos como el robo de identidad, fraudes crediticios, venta de información personal, entre otros. Estos riesgos pueden convertirse en realidades que pueden perjudicar la imagen de las personas involucradas, así como generar problemas legales. Por lo que en el sector jurídico el abogado deberá de conocer y capacitarse en temas de ciberseguridad, transparencia, *hacking* para desempeñar una labor exitosa y adecuada en las corporaciones, y en la sociedad ante cualquier tema tecnológico. Ambos temas se desarrollan cada vez más.

Después de haber abordado algunas hipótesis, en las que el derecho convencional tiene un papel fundamental, Lorena Denis Trinidad estudia con detenimiento el *Derecho convencional. Lineamientos y principios que deben observarse en su aplicación en el ámbito familiar*, y entre otros puntos, concluye que en el caso del derecho familiar, el operador jurídico debe tener presente que ya no existe un modelo único de familia reducido al matrimonio, sino que es un concepto que ha evolucionado, atender al nuevo modelo social de discapacidad, a todos los principios que exige la Convención sobre los Derechos del Niño y demás, así como a toda la jurisprudencia relevante que ha emitido la Corte IDH en materia familiar ha producido un cambio radical de paradigmas. Donde la aplicación del control de convencionalidad constituye una serie de desafíos para los operadores jurídicos, quienes con sus decisiones podrán dar vida y realidad a una justicia humanizada, o el empoderamiento de la mujer, abordado por Luis Andrés Cucarella Galiana donde dedica un meritorio estudio titulado *Agenda 2030: convencionalidad y empoderamiento de la mujer* nos menciona que en el ámbito de la lucha contra las discriminaciones por género, y en particular, en la erradicación de la violencia de género como la forma más grave de discriminación hacia la mujer, la ampliación de la legitimación activa en el ámbito procesal penal puede ser un instrumento eficaz para alcanzar el Objetivos de Desarrollo Sostenible número 5.

El libro se cierra con un amplio ensayo sobre *Convencionalidad y procesalismo. Un ensayo sobre la ceguera del derecho en la contemporaneidad*, por Ricardo Martínez Quintero, donde indica que, en los asuntos de aparente respeto a la convencionalidad, hay que tejer delgado para definitivamente superar el arcaísmo de las interpretaciones semánticas y literales, provenientes de la falta de criterio y autoridad en el ejercicio del control de convencionalidad a las decisiones y providencias. Esto es, el inmediato y urgente cambio de quienes administran justicia a fin de que se avengan en beneficio del garantismo nacional e internacional, según el procesalismo en clara oposición al procedimentalismo, del cual, creemos, proviene el freno a la velocidad impuesta por un derecho contemporáneo alineado en las formas de la eficiencia, la legitimidad y la validez, auspiciados en el equilibrio, la armonía y

la proporcionalidad. No en el poder por el poder y menos de los temores suscitados por las necesidades personales en detrimento de la colectividad.

Este volumen ayuda a comprender perfectamente que en el nuevo siglo es necesario aspirar al universalismo en la protección de los derechos humanos, al menos a nivel regional, si no global.

Las convenciones y los tribunales supranacionales juegan un papel muy importante en la consecución de este objetivo.

Por ello, no parece aceptable la actitud que también se está registrando en Europa dirigida a afirmar una supuesta “*supremacía axiológica*” de las Constituciones nacionales sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH).

Negar, como han intentado algunos tribunales constitucionales del Viejo Continente, la aplicabilidad de una norma del CEDH, o de una sentencia del Tribunal de Estrasburgo, “*constituiría la premisa y promesa de continuas violaciones de los compromisos derivados de participación en el sistema del Convenio*”.<sup>1</sup>

En definitiva, la consecuencia no sería una operación para salvaguardar plenamente la Constitución, sino por el contrario la legitimidad de “*una aplicación incompleta y distorsionante*”<sup>2</sup> de esta última, con efectos disruptivos y no del todo predecibles. También porque, como se ha señalado, lo que uno de los estados fundadores del Consejo de Europa y el CEDH puede hacer o decir “(aunque sea a través de la voz de la ‘razón’ y el ‘equilibrio’ que son sus tribunales supremos o constitucionales) puede ser imitado

---

<sup>1</sup> Así V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*. Véase: <https://www.osservatorioaic.it>

<sup>2</sup> En estos términos A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*. Véase: [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

o explotado por los estados ‘*recién llegados*’, mucho más necesitados de una ‘*ortopedia*’ democrática y garantista”.<sup>3</sup>

Se espera que tanto en Europa como en América Latina se asigne la centralidad adecuada a las Cartas de Derechos Fundamentales y al importante papel interpretativo de los Tribunales llamados a aplicar las normas contenidas en estos documentos.

Obras como las editadas por Alfonso Jaime Martínez Lazcano y Hugo Carrasco Soulé tienen el gran mérito de marcar el rumbo correcto a seguir.

Prof. Dr. Angelo Viglianisi Ferraro  
(Università “Mediterranea” di Reggio Calabria, Italia)  
Abril de 2021.

---

<sup>3</sup> La reflexión es de A. GUAZZAROTTI, *Russia, la CEDU e i controlimiti*. Véase: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)



# GÉNESIS DEL DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Tratamiento de la información.* III. *Convenio.* IV. *Derecho convencional.* V. *Derecho sustantivo convencional de los derechos humanos.* VI. *Correlación del derecho sustantivo convencional con el derecho sustantivo constitucional.* VII. *Derecho procesal convencional.* VIII. *Derecho procesal convencional de los derechos humanos.* IX. *A manera de conclusiones.* X. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

La designación de derecho procesal convencional de los derechos humanos, obedece esencialmente a determinar con más claridad y sencillez esta área del conocimiento ético-jurídico de

---

\* Investigador Nacional SNI CONACyT Nivel I, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas, profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Director de la Revista Primera Instancia y presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente en Investigaciones de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Contacto: [alfonso.martinez@unach.mx](mailto:alfonso.martinez@unach.mx)

reciente auge, que inicia en 1948 con las Declaraciones Universal y Americana de los Derechos Humanos.

Esta disciplina es denominada también como derecho internacional de los derechos humanos o derecho constitucional transnacional, sin embargo, se considera que es más adecuado el concepto de derecho convencional, en su doble aspecto: sustantivo y procesal, de los derechos humanos por el uso que se le ha dado a este adjetivo y para una mejor comprensión, que implica necesariamente la especialización de este campo del saber.

Es común, cada vez más, encontrar en la doctrina y la práctica judicial las siguientes frases al referirse a esta área del derecho: regulación convencional de derecho, control de convencionalidad, jurisprudencia convencional, derecho convencional, régimen convencional de responsabilidad, interpretación convencional, bloque de convencionalidad, parámetro convencional, inconvencional, *corpus iuris* convencional, normativa convencional, principios convencionales,<sup>1</sup> entre otras, cuya categoría conceptual fundamental es el convenio.<sup>2</sup>

Este trabajo destaca especialmente el derecho convencional de los derechos humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH).

## II. TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

La teoría es un instrumento de la ciencia, entre otros aspectos, presenta esquemas de conceptos, de fenómenos relacionados entre sí, los clasifica y sistematiza.

---

<sup>1</sup> Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano*, IIJ-UNAM, México, 2013, p. 320.

<sup>2</sup> Cfr. MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Derecho procesal convencional, las nuevas respuestas del derecho*, Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2015, p. 90.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española sistematizar es un verbo transitivo que significa: “Reducir a sistema”.

Sistema, en el mismo registro, entre otras acepciones, es el “conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí... Conjunto ordenado de cosas que, relacionadas entre sí, contribuyen a determinado objeto...”.<sup>3</sup>

## **1. Categorías fundamentales**

Entre los elementos comunes que conforman un sistema, existe un orden de éstos, colocados por rangos, unos devienen de otros, desde el primer peldaño hasta la cúspide. Las unidades que se encuentran en la cima del sistema se les denominan categorías fundamentales.<sup>4</sup>

GÓMEZ LARA explica:

*Las categorías que existen en toda disciplina científica, son conceptos de mayor jerarquía de los cuales se deduce o se derivan otros conceptos, es decir, esto está en la estructura misma de toda ciencia. Toda ciencia está formada por conceptos y éstos se encuentran jerarquizados, para ser ordenados y sistematizados para que configuren una ciencia, ya ARISTÓTELES ideó el concepto de la categoría lógica, el cual es un concepto de mayor jerarquía del cual se deducen o se desprenden otros... HANS KELSEN en la teoría pura del derecho, sostiene que la categoría jurídica fundamental es el concepto*

---

<sup>3</sup> Diccionario de la Lengua Española, Océano, México, 1990, p. 25.

<sup>4</sup> MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *ABC Juicio de Amparo*, Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2007, p. 2.

*de norma jurídica y de él se derivan todos los demás conceptos de la ciencia jurídica.*<sup>5</sup>

El maestro FIX ZAMUDIO con la claridad que le caracteriza, explica el fenómeno académico de catalogar:

*Las divisiones que se han hecho de las ramas del Derecho, no pueden considerarse como sectores estancos, sino clasificaciones doctrinales para poder profundizar ciertas instituciones jurídicas, pues en última instancia, el Derecho es una unidad, pero tan extensa, que salvo el examen de la teoría general o desde punto de vista filosófico, es preciso dividirla cuando se trata de sectores del derecho positivo, para estar en aptitud de profundizar su análisis.*<sup>6</sup>

En forma similar nos comenta el destacado profesor argentino BERINZONCE: *Tal como se expresa en la clásica enseñanza de Calamandrei, las formas procesales no sirven, como podrían pensar los profanos para hacer más complicado y menos comprensible el desarrollo del proceso, sino por el contrario, para hacerlo más simple y claro.*<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> GÓMEZ LARA, Cipriano, *La teoría general del proceso y el derecho procesal constitucional*, en *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord.) Colegio de Secretarios de la SCJN, 4ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 365.

<sup>6</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Protección internacional de los derechos humanos*, Librería Editora Platense S.R.L., Argentina, 2010, p. 165.

<sup>7</sup> BERINZONCE, Roberto Omar, “El principio de legalidad formal bajo el prisma de la Constitución normatizada”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, no. 40, vol. 40, 2014, p. 66.

## 2. El derecho es un producto cultural

La palabra cultura en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entre sus diferentes significados, se concibe como el “Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico”; “Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.”, y “Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo”.

El derecho es un producto cultural; es una idea creada para limitar o regular la conducta de los hombres. El derecho no tiene una existencia real, se basa en conceptos, en conocimientos teóricos concebidos *a priori* resultado de la experiencia, como la propiedad, la justicia, la libertad, equidad, proceso, matrimonio, jurisdicción, los cuales son símbolos sistematizados de la ciencia jurídica.

El derecho al no ser perceptible directamente, es un objeto imaginario, por no tener sustancia, requiere de la representación, así de acuerdo a los valores será la calificación de cómo son las relaciones interpersonales, es factible decir que son justas, libres, de respeto a la tenencia de cosas, de equidad, todo en base a la percepción individual y colectiva; al grado de desarrollo humano imperante en la sociedad.

Así, la ciencia jurídica, al ser una ciencia práctica “tiene como objeto, no lo que ya es, sino lo que es posible... aprovechando los conocimientos teóricos...para determinar cuál conducta es adecuada para alcanzar la justicia... [Lo que se busca al resolver un caso concreto es encontrar *a posteriori*] la respuesta a esas preguntas [solución del caso] es una noción del conocimiento práctico, que debe hacerse con apoyo a la doctrina jurídica”.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Cfr. ADAME GODDARD, Jorge, *Cuatrocientos casos y respuestas de los juristas romanos*, IJ UNAM, México, 2013, p. 34.

### III. CONVENIO

La categoría fundamental del derecho convencional es el convenio, porque de ahí devienen las relaciones internacionales que actualmente no sólo abarca, como antaño a los Estados, sino al ser humano y a las organizaciones no gubernamentales.

También hay que resaltar que los Estados en sus regímenes interiores tienen como idea fundamental de su origen al contrato social planteado por Jean-Jacques Rousseau, que no es más que la voluntad de agruparse y constituir al Estado.

La importancia del consentimiento es porque: *“La mayoría de las normas internacionales provienen de un consentimiento que los Estados miembros de la comunidad internacional expresan en varios instrumentos jurídicos de naturaleza intergubernamental (tratados, convenios, líneas directrices, etcétera).”*<sup>9</sup>

Así el elemento consentimiento, como un acuerdo de voluntades aparece como elemento motriz de las sociedades democráticas.

Así surge el derecho convencional que implica reconocer a éste, no como un derecho ajeno, sino propio, no como derecho supranacional, sino convencional creado o aceptado por los propios Estados parte, para regirse de acuerdo a las reglas, principios y directrices comunes, previamente consensadas. El concepto de convencionalidad deriva del vocablo convenio, que de acuerdo con las definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas “el término “convenio” puede tener también un significado genérico y uno específico:

*(a) Convenio como término genérico: El Art.38  
(1) (a) del Estatuto de la Corte Internacional  
de Justicia se refiere a los «convenios*

---

<sup>9</sup> PETROVA GEORGIEVA, Virginia, “La “judicialización”: una nueva característica del sistema jurídico internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, pp. 17-18.

*internacionales, sean generales o particulares» como fuente de derecho, aparte de normas consuetudinarias internacionales y principios generales del derecho internacional y, en segunda instancia, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas más cualificados. Este uso genérico del término “convenio” abarca todos los acuerdos internacionales, de forma análoga al término genérico “tratado”. También la jurisprudencia suele denominarse “**derecho convencional**”, con el fin de distinguirla de las otras fuentes del derecho internacional, como el derecho consuetudinario o los principios generales del derecho internacional. El término genérico “convenio” es, por tanto, sinónimo del término genérico “tratado”.*

*(b) Convenio como término específico: Mientras que en el último siglo el término “convenio” se ha empleado habitualmente para acuerdos bilaterales, ahora se utiliza principalmente para tratados multilaterales formales con un número elevado de partes. Los convenios suelen estar abiertos a la participación de la comunidad internacional en su conjunto, o a la de un gran número de Estados. Por lo general, se denomina “convenios” a los instrumentos negociados bajo los auspicios de una organización internacional (por ejemplo, Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, o el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969). Lo mismo sucede con los instrumentos adoptados por un órgano de una organización internacional (por ejemplo, el Convenio de 1951 de la OIT sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por*

*trabajo de igual valor, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo, o el Convenio de 1989 sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas).*<sup>10</sup>

(Resultado agregado)

Figura 1.



Fuente: elaboración propia.

#### IV. DERECHO CONVENCIONAL

En una breve y apretada visión sobre el derecho convencional, esencialmente por el contenido de este artículo, es factible definir a éste como el sistema de normas, reglas y principios creados mediante pactos o tratados internacionales en el que establecen directrices e instituciones comunes entre diversos Estados (Surte efecto interpartes).

La fuente principal y general del derecho convencional es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) misma que dispone: *Se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el*

---

<sup>10</sup> ONU. *Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas*. Véase en: <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#conventions>, consultado el 12/01/2019.

*derecho internacional, ya consté en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. (Parte 1, art. 2, a).*

El concepto de derecho convencional lo encontramos en las resoluciones de los órganos convencionales como la Corte IDH:

*El Tribunal [Corte IDH] también ha señalado que la obligación de investigar no sólo se desprende de las **normas convencionales de Derecho Internacional imperativas** para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna que haga referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas, y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querrelas para participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos.<sup>11</sup>*

*La Corte [IDH] reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o, de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un **derecho convencional**, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una*

---

<sup>11</sup> CORTE IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Sentencia de 3 de abril de 2009, párrafo 77.

*protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana.*<sup>12</sup>

(Resaltado agregado)

También es factible el uso del concepto en la práctica judicial en México:

*DERECHOS HUMANOS. PARA HACERLOS EFECTIVOS, ENTRE OTRAS MEDIDAS, LOS TRIBUNALES MEXICANOS DEBEN ADECUAR LAS NORMAS DE DERECHO INTERNO MEDIANTE SU INTERPRETACIÓN RESPECTO DEL DERECHO CONVENCIONAL. Conforme al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a las Observaciones Generales número 31 (80) del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas - aprobadas el 29 de marzo de 2004-, los tribunales mexicanos tienen la obligación de adoptar las medidas que garanticen la aplicación efectiva de los derechos humanos, sin que sea válido invocar las disposiciones de derecho interno para su inobservancia; toda vez que la construcción de un orden de convencionalidad constituye no sólo una garantía de los derechos y libertades del ser humano, sino también una oportunidad para que los tribunales los desarrollen en un ambiente de eficacia y de esa manera el Estado Mexicano cumpla con sus deberes internacionales. Consecuentemente, esa construcción del orden de convencionalidad se hará midiendo las normas del derecho legislado interno con la medida jurídica del **derecho convencional** para enjuiciar aquellas*

---

<sup>12</sup> CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 82.

*normas a través de las previstas por los tratados y resolver su contrariedad o no para efectos de su expulsión del orden judicial nacional.*<sup>13</sup>

(Resaltado agregado)

## **1. Derecho internacional público**

El derecho convencional es parte del derecho internacional público, campo que actualmente es difícil de delimitar debido a la gran evolución, dinamismo y rapidez con el que se está desarrollando, especialmente porque el hombre ahora también es sujeto del derecho convencional.

La complejidad y variedad de los tratados no es ajena a este fenómeno, sino es la más extensa:

*La diversidad de materias y áreas que los tratados cubren hoy en día es vasta. Existen tratados que pueden definir el status de un territorio, como el Acuerdo de 1984 entre China y Reino Unido referente a Hong Kong, o aquellos que crean derechos y obligaciones en los más diversos asuntos, como propiedad intelectual, inversiones, medio ambiente, comercio, derechos humanos entre muchas otras materias.*<sup>14</sup>

El gran crecimiento normativo se debe principalmente a la globalización, que incluye diversos campos del derecho internacional público: “*derecho comunitario y de la integración económica, y, por supuesto, el sector más dinámico que es el que corresponde al campo de los derechos humanos, por lo que puede*

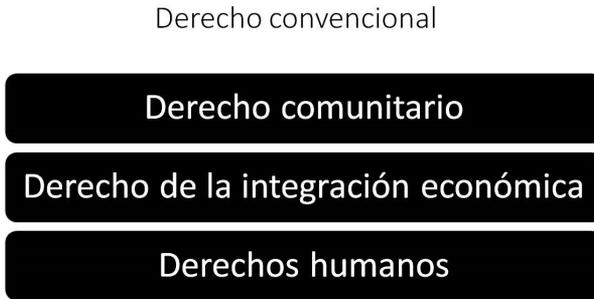
---

<sup>13</sup> Tesis: XI.1o.A.T.54 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XII, septiembre de 2012, Tomo 3, p. 1724.

<sup>14</sup> MORENO GONZÁLEZ, Jimena, BARRERA NÁJERA, Guadalupe y LÓPEZ GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho Internacional Público*, CIDE Oxford, México, 2011, p. 46.

*decirse que en la formación de esta novel disciplina jurídica confluyen aspectos comunes del derecho procesal, constitucional e internacional”<sup>15</sup>*

Figura. 2



Fuente: elaboración propia.

## 2. Derecho convencional sustantivo y procesal

Al derecho convencional es factible dividirlo para su estudio en derecho sustantivo convencional y derecho procesal convencional.

La importancia de la separación del derecho sustantivo del derecho procesal es espléndidamente expuesta por COUTURE:

*Para la ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo. Más que un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta*

---

<sup>15</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011, pp. 216-217. Véase: <https://tinyurl.com/mj7wfu9s>, consulta 20/06/2020.

*rama del derecho. Fue a partir de este momento que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil.*<sup>16</sup>

El referirse al derecho convencional de los derechos humanos y esencialmente al SIDH, hace necesario plantear que la evolución provoca el surgimiento de nuevas especialidades jurídicas sustantivas y procesales, ante la necesidad de conocer y comprender las nuevas pautas del derecho, es fundamental partir de una estructura conceptual coherente, sencilla y clara, afín de lograr la eficacia de los compromisos convencionales en materia de derechos humanos cuyo eje central y protagonista es el ser humano y no las estructuras abstractas denominadas Estados, tras las cuales suelen encubrirse o arroparse auténticos delincuentes.

Así la perspectiva, lo fundamental es que la *praxis* judicial evolucione hasta transformarse en un servicio eficaz de impartición de justicia, cuyo déficit actual es obvio, y no distraerse en una serie de ritos que en muchas ocasiones ha provocado la pérdida del rumbo del proceso y la finalidad del derecho, ante la disyuntiva de las vías contra la arbitrariedad: la jurisdicción o la lucha social.<sup>17</sup>

Independientemente de que todo está en constante cambio, la cuestión ahora es meditar qué tan intensa es la transformación jurídica por la que transitamos o a la que aspiramos, no es que las funciones del practicante jurídico sean otras, sino que la innovación de los derechos humanos incide en lo esencial: cómo pensar, razonar, argumentar y justificar las operaciones jurídicas, porque las fuentes del derecho han crecido y las nuevas tienen más fortaleza formal y material.

---

<sup>16</sup> COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 63-64.

<sup>17</sup> Un ejemplo claro en un país de “primer mundo”, es la reacción social que generó la muerte de Freddie Gray, un joven afroamericano que falleció a manos de la policía por lesiones en su espina dorsal mientras permanecía detenido en una comisaría en Estados Unidos de Norteamérica.

El sustento filosófico de que todo ser humano, sin importar su nacionalidad, cuente con un mayor protección, tanto universal y regional que vigile y supervise a los regímenes nacionales ante su ineficacia institucional, pero no sólo mediante declaraciones o instrucciones, sino también implementando derechos sustantivos, procesales e instituciones convencionales con facultades de emitir decisiones vinculatorias para los Estados parte en materia de derechos humanos, lo que es un avance significativo para el derecho en general.

## V. DERECHO SUSTANTIVO CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho convencional sustantivo de los derechos humanos regula las relaciones entre los Estados parte, que actúan a través de sus agentes y las personas en lo individual o colectivo que se encuentran bajo su jurisdicción, y que no crean vínculos de exigencias recíprocas entre los Estados, es decir, su espacio de validez es interno y no externo.

Así el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH) establece:

*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a **toda persona que esté sujeta a 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.*

(Resaltado agregado)

Los derechos y deberes que se establezcan dependen de cada convención, CARRASCO explica al respecto, por ejemplo, el

derecho convencional sustantivo en el SIDH, que también es válido para los sistemas universal, europeo y africano.

*El derecho sustantivo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene su basamento, esencialmente, en la Convención... el principal objetivo que persiguen los Estados Americanos signatarios... es consolidar un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Asimismo, acordaron que la consecución de este propósito debía efectuarse dentro del cuadro de las instituciones democráticas de cada uno de los países firmantes.*<sup>18</sup>

La Convención ADH es un convenio específico de derechos humanos, con la categoría de tratado multilateral abierto a la participación de los países de América, en ésta se prevé del artículo 3° al 32° los siguientes derechos sustantivos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales:

- Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica
- Derecho a la vida
- Derecho a la integridad personal
- Prohibición de la esclavitud y servidumbre
- Derecho a la libertad personal
- Garantías judiciales
- Principio de legalidad y de retroactividad
- Derecho a indemnización
- Protección de la honra y de la dignidad
- Libertad de conciencia y de religión

---

<sup>18</sup> CARRASCO SOULÉ, Hugo, “El derecho sustantivo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime (Dir. Científico), *Temas Selectos. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2012, pp. 5-8.

- Libertad de pensamiento y de expresión
- Derecho de rectificación o respuesta
- Derecho de reunión
- Libertad de asociación
- Protección a la familia
- Derecho al nombre
- Derechos del niño
- Derecho a la nacionalidad
- Derecho a la propiedad privada
- Derecho de circulación y de residencia
- Derechos políticos
- Igualdad ante la ley
- Protección judicial
- Desarrollo progresivo
- Suspensión de garantías
- Correlación entre deberes y derechos

Los derechos sustantivos se describen así en contrapartida de los derechos procesales, sin embargo, el derecho a la acción es un derecho humano el cual faculta el acceso a la justicia, como derecho sustantivo, máxime que es el medio para hacer efectivo todos los demás derechos humanos.

## **1. *Corpus Iuris* Latinoamericano**

El *Corpus Iuris* Latinoamericano es el conjunto de reglas, principios y directrices jurídicos que sustentan el SIDH. El artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) dispone que las quejas o denuncias deben fundarse en los derechos previstos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención ADH “Pacto de San José de Costa Rica”, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la

Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de *Belém do Pará*”, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión IDH y su Reglamento”.

Por otra parte, la Corte IDH ha difundido como instrumentos del SIDH:<sup>19</sup>

- Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer (1933);
- Convención sobre Asilo Político (1935);
- Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (1948);
- Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (1948);
- Convención sobre asilo territorial (1954);
- Convención sobre asilo diplomático (1954);
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969);
- Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional (1971);
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1979);
- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979);
- Convenio de Sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1981);
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987);
- Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Adopción de Menores (1988);
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990);

---

<sup>19</sup> CORTE IDH. *Instrumentos internacionales*. Véase en: <https://tinyurl.com/58scbrhr>, consulta 09/04/2021.

- Carta de la Organización de los Estados Americanos (1993);
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994);
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1994);
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de *Belem Do Para*” (1995);
- Convención Interamericana sobre obligaciones Alimentarias (1996);
- Convención Interamericana contra la Corrupción (1997);
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1997);
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Mujeres (1998);
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1999);
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999);
- Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (2000);
- Carta Democrática Interamericana (2001);
- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008);
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres (2008);
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009); y
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010).

## **VI. CORRELACIÓN DEL DERECHO SUSTANTIVO CONVENCIONAL CON EL DERECHO SUSTANTIVO CONSTITUCIONAL**

Los derechos humanos internacionales conforman el espacio (complementario) en el que se correlacionan el derecho constitucional sustantivo y el derecho convencional sustantivo, al respecto la jurisprudencia interamericana ha precisado:

*La Corte [IDH] estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado “de subsidiariedad”) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional*

*frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”.*<sup>20</sup>

En el momento en que los Estados se adhieren o aceptan un convenio internacional en materia de derechos humanos se obligan a respetarlo; a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a 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 éstos pasan a formar parte del derecho positivo nacional, pero además, debido a la importancia de éstos se incrustan o “aterrizan” a nivel constitucional.

De esta forma, las Constituciones de los Estados parte del SIDH, integran al derecho sustantivo convencional de los derechos humanos:

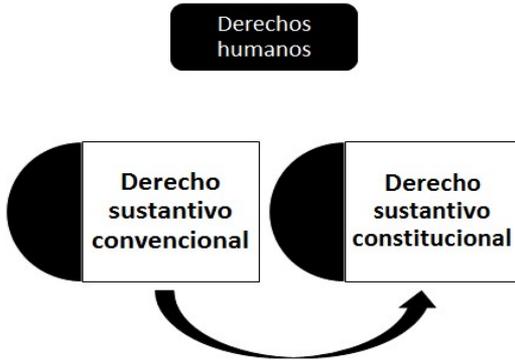
*En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (Art. 1, párrafo 1)*

*Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión... (Art. 133.)*

---

<sup>20</sup> CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, de 20 de marzo de 2013, párrafo 70.

Figura 3.



Fuente: elaboración propia.

## 1. Bloque de constitucionalidad

A la fusión del derecho convencional sustantivo con el derecho constitucional sustantivo se le ha denominado bloque de constitucionalidad.

*La existencia de un bloque de constitucionalidad implica identificar todas las normas (principios y reglas) y valores que, pese a no estar expresamente establecidas en la Constitución escrita, son materialmente constitucionales. Dentro de tales normas y valores integrados a la Constitución (por remisión expresa o tácita de ésta), principalmente encontramos los estándares internacionales sobre derechos humanos.<sup>21</sup>*

---

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, *et. al*, *Bloque de Constitucionalidad en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003, p. 18.

## 2. Impacto del derecho sustantivo convencional en el derecho sustantivo constitucional

Tanto la Convención ADH<sup>22</sup> como la doctrina afirman que el SIDH actúa de forma complementaria y subsidiaria a los regímenes nacionales, pero prácticamente en lo que se refiere al derecho sustantivo convencional es una fuente invasiva, terapéutica e integradora al pretender que el derecho nacional sea acorde a los estándares universales, a través de la obligación de todos los jueces de los Estados parte a ejercer de oficio el control difuso de convencionalidad en el ámbito de sus competencias.

Es factible señalar como impactos del derecho convencional sustantivo los siguientes:

- El primero es en el ámbito normativo, al incrustarse el *Corpus Iuris Latinoamericano* en el derecho positivo nacional para formar un todo, pero no es una simple amalgama, el ingreso del derecho convencional sustantivo es a la zona exclusiva (V.I.P.) por su jerarquía.
- El segundo el que obliga a los jueces de todos los niveles a prepararse, conocer y operar el *Corpus Iuris Latinoamericano*;
- Tercero, a aplicar el *Corpus Iuris Latinoamericano* de oficio;
- Cuarto, como consecuencia, el dejar de aplicar normas nacionales que sean contrarias al *Corpus Iuris Latinoamericano*, mediante el control difuso de convencionalidad se realiza una tarea de depuración de normas inconventionales<sup>23</sup>, y

---

<sup>22</sup> Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos (Preámbulo).

<sup>23</sup> Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro

- Quinto, el núcleo del esencial y prudencial del SIDH lo determina el principio *pro persona*.

## VII. DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL

El derecho procesal convencional tiene como finalidad resolver controversias jurídicas mediante la aplicación o construcción del derecho a un caso concreto, requiere de procedimientos, de tribunales, de operadores jurídicos y mecanismos para hacer efectivas sus decisiones.

*El mundo de derecho procesal en todos sus niveles y campos, por esencia, naturaleza y definición, es la solución de los litigios, de los ruidos, como se decía en el castellano técnico antiguo.*<sup>24</sup>

En una primera reflexión es factible dividir el derecho procesal convencional en derecho comunitario; derecho de la integración y los derechos humanos.

La solución de controversias internacionales ha evolucionado del arbitraje a la creación de medios no jurisdiccionales y jurisdiccionales. Incrementando el número de cortes o tribunales convencionales de diversas competencias, inclusive, algunas con igualdad de atribuciones.

*Tradicionalmente se consideraba que la solución judicial de las controversias en el derecho internacional era insuficiente y poco desarrollada. Las vías tradicionales para el arreglo de dichas controversias eran las negociaciones diplomáticas y,*

---

carácter, los Estados parte 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.* (art. 2 de la Convención ADH).

<sup>24</sup> SAÍD, Alberto y GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Isidro M., *Teoría general del proceso*, Iure, México, 2006, p. 1.

*excepcionalmente, el arbitraje internacional. El contexto actual de la resolución de los litigios internacionales ha cambiado radicalmente.*<sup>25</sup>

Además del ámbito de los derechos humanos se han creado órganos jurisdiccionales de carácter comercial y penal:

*El Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal para Ruanda, la Corte Penal Internacional, el Sistema de Solución de las Controversias de la OMC, el del TLCAN, el del Mercosur, la Corte de Justicia del Caribe, la Corte de Justicia de la Comesa, el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, la Corte Especial para Sierra Leona y las jurisdicciones establecidas en el ámbito de: la Comisión Africana para los Derechos Humanos y de los Pueblos, la Comisión de Compensaciones de las Naciones Unidas, la Asociación Europea de Libre Comercio, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.*<sup>26</sup>

Si bien el consentimiento de los Estados al reconocer la jurisdicción de órganos convencionales es esencial, no lo es al dictarse su fallo el cual es vinculante.

*Tanto en la teoría, como en la práctica de derecho internacional, la justicia internacional es cada vez más considerada como una justicia obligatoria y no consensada. El consentimiento a la justicia internacional no fue suprimido, pero su importancia para el funcionamiento de los tribunales internacionales es, en la actualidad, mucho menor. Su significado fue cambiando paulatinamente, convirtiéndolo en*

---

<sup>25</sup> PETROVA GEORGIEVA, Virginia, *op. cit.*, p. 6.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 11-12.

*un “espectro muy pálido” de su expresión pasada.<sup>27</sup>*

*[...] debido a la globalización o mundialización de los fenómenos económicos y sociales, que también alcanza al derecho, han aparecido distintos organismos jurisdiccionales supranacionales, en el ámbito regional e internacional, encargados de interpretar y de resolver los conflictos derivados de los diversos pactos suscritos por los Estados.<sup>28</sup>*

## **1. Derecho Comunitario**

El derecho comunitario se genera con la unificación de diversos Estados que crean normas e instituciones comunes con un estatus superior a las nacionales motivados por su cercanía estratégica y geográfica.

*El “derecho comunitario”, el cual se encuentra en una situación intermedia entre el derecho interno y el internacional público de carácter tradicional. Este derecho comunitario se estableció en los tratados económicos que dieron lugar a la integración de la mayoría de los Estados europeos y se ha extendido en años recientes a dos países de la familia o tradición del common law, es decir a Inglaterra y a la República de Irlanda, que ya forman parte de las citadas comunidades europeas.<sup>29</sup>*

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>28</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional*, op. cit., p. 214.

<sup>29</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, op. cit., pp. 39-40.

## **2. Tribunales comunitarios**

Los tribunales deben resolver controversias que se presentan entre los miembros de una organización común integrada por diversos países.

### **2.1. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) es un órgano jurisdiccional constituido el 28 de mayo de 1979 mediante el Acuerdo de Cartagena, cuya sede es la ciudad de Quito. El TJCA inició sus actividades el 2 de enero de 1984. Posteriormente, mediante el Protocolo de Cochabamba suscrito el 28 de mayo de 1996, se le designó con el nombre actual.

Es un órgano convencional jurisdiccional cuya competencia es: La acción de nulidad, la acción de incumplimiento, la interpretación prejudicial, el recurso por omisión o inactividad y la acción laboral. Asimismo, además de estar facultado para actuar como árbitro.

Su principal misión es interpretar y aplicar el derecho comunitario, con base en los principios de efecto directo, aplicación inmediata y supremacía del derecho comunitario Andino, ha dotado del mayor contenido posible al ordenamiento jurídico comunitario, contribuyendo sustancialmente a su consolidación como un elemento de trascendental importancia en el desarrollo del proceso de integración subregional andino. En la actualidad, ciertamente podemos afirmar que se trata de un sistema normativo debidamente estructurado, ordenado e institucionalizado.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> *Cfr.* Comunidad Andina, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Véase en: <https://tinyurl.com/mskekz6k>, consulta 15/01/2021.

## **2.2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

El Tribunal interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea (UE) para garantizar que se aplique de la misma forma en todos los países miembros. También resuelve conflictos legales entre los gobiernos y las instituciones de la UE. Los particulares, las empresas y las organizaciones pueden acudir también al Tribunal si consideran que una institución de la UE ha vulnerado sus derechos.

*Por lo que se refiere al derecho comunitario europeo, los ordenamientos respectivos reconocen la superioridad del propio derecho comunitario sobre el de carácter nacional, respecto de las materias de la citada integración. Para lograr el respeto a dicha superioridad se estableció la Corte de Justicia de la Comunidad, con residencia en la ciudad de Luxemburgo, que resuelve las controversias entre las normas internas y las comunitarias.<sup>31</sup>*

El Tribunal de Justicia cuenta con un juez por cada país de la UE, está asistido por nueve abogados generales, cuya labor consiste en presentar, con imparcialidad e independencia, dictámenes sobre los asuntos que se le plantean.

El mandato de los jueces y de los abogados generales es de seis años con posibilidad de renovación. Son designados de común acuerdo por los gobiernos de los países miembros.

*Para asistir al Tribunal de Justicia a hacer frente al gran número de asuntos que se le plantean y ofrecer a los ciudadanos una mejor protección jurídica, el Tribunal General es competente para conocer de recursos interpuestos por particulares, empresas y algunas organizaciones, y de asuntos relacionados con el Derecho de competencia.*

---

<sup>31</sup> *Ídem.*

*El Tribunal de la Función Pública de la UE es competente para conocer de los litigios entre la Unión Europea y sus agentes.*<sup>32</sup>

### **3. Derecho de Integración**

*La integración es un fenómeno de carácter pluridimensional, plurifacético, globalizante, típico del siglo veinte, que tiene la virtualidad de incidir no solo en lo económico, sino también en lo social, en lo político, en lo jurídico y en lo cultural.*<sup>33</sup>

La integración es de carácter convencional con la finalidad de eliminar de forma progresiva las barreras al comercio.

La integración es negativa cuando tiene como fin prescindir de los obstáculos que separan las economías, por ejemplo, suprimir los aranceles entre países miembros. La integración positiva al crear mecanismos de cooperación, por ejemplo, armonizar políticas macroeconómicas conforme la integración avanza.

#### **3.1. Solución de controversias**

Es complejo y no materia de este trabajo, desarrollar la parte de solución de litigios entre los afectados por el derecho a la integración, máxime por su variedad y porque no es muy clara la distinción entre el derecho comunitario y el de integración, para algunos autores estamos ante el género y especie.

---

<sup>32</sup> UNIÓN EUROPEA. *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Véase en: <https://tinyurl.com/ykw2umcx>, consulta 12/03/2021.

<sup>33</sup> MARANIELO, Patricio, *Derecho de la integración*, ed. AD-HOC SRL, Buenos Aires, 2014, p. 20.

## **VIII. DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

En lo que respecta al derecho procesal convencional de los derechos humanos actualmente hay un sistema universal y tres sistemas regionales de protección: europeo, latinoamericano y africano.

Figura 4.

### Sistemas de protección de derechos humanos



Fuente: elaboración propia.

### **1. Universal**

Todo derecho sustantivo que reconocen o adquieren los Estados parte en relación a otro Estado u organismo internacional o para sus habitantes mediante tratados internacionales debe estar garantizado por instituciones de supervisión y órganos jurisdiccionales para que no se conviertan en actos de meras buenas intenciones.

En el ámbito universal de los derechos humanos encontramos diversos mecanismos creados para este fin denominados comités creados por la Organización de las Naciones Unidas.

Hay diez órganos creados por las convenciones de derechos humanos que supervisan la aplicación de los principales tratados internacionales de derechos humanos, nueve comités y un subcomité:

- a) Comité de Derechos Humanos
- b) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- c) Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
- d) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
- e) Comité contra la Tortura
- f) Comité de los Derechos del Niño
- g) Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
- h) Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad
- i) Comité contra las Desapariciones Forzadas
- j) Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.<sup>34</sup>

## **2. Sistemas jurisdiccionales regionales de protección de derechos humanos**

A la fecha se han constituido tres sistemas jurisdiccionales regionales de protección de derechos humanos, en orden de creación: el europeo en 1950 (Pacto de Roma), con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo, Francia; el Interamericano o Latinoamericano de Derechos Humanos en 1969 (Pacto de San José) integrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, DC y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica y el Sistema Africano en 1981 (Carta de Banjul), conformado por la Comisión Africana de Derechos Humanos de los Pueblos, normalmente con sede en Banjul y la

---

<sup>34</sup> *Cfr.* ONU. *Los órganos de los derechos humanos*. Véase en: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>, consulta 15/01/2019.

Corte Africana de Derechos Humanos de los Pueblos, con sede en Arusha, en Tanzania.

## **2.1. Europa**

El Sistema Europeo de Derechos Humanos se constituye con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades conocido también como Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) suscrito el 4 de noviembre de 1950 en Roma, mismo que "...abrió a la firma y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, tras ser ratificado por diez Estados... el Convenio no protege los derechos humanos en general, sino tan sólo algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal.<sup>35</sup>

La CEDH dispone una serie de derechos humanos sustantivos en sus primeros 18 artículos: a la vida, prohibición de la tortura, del trabajo forzado y de la esclavitud, a la libertad y a la seguridad, a un proceso equitativo, libertades de expresión, pensamiento, conciencia, religión, entre otros.<sup>36</sup>

2.1.1. El TEDH tiene su fundamento en el artículo 19 de la CEDH que establece "*con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus protocolos, se instituye un Tribunal que funciona de manera permanente.*

2.1.2. Desde que el TEDH abrió sus puertas en 1959, los Estados miembros del Consejo de Europa han adoptado una serie de protocolos de la CEDH con el objetivo de mejorar y fortalecer su mecanismo de supervisión. En 1998 el Protocolo número 11

---

<sup>35</sup> CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, "Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo", en *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*, Alfonso Jaime Martínez Lazcano (Coord.), Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2014, pp. 50-51.

<sup>36</sup> *Ibid*, pp. 53-64.

sustituye así la estructura de dos niveles, que inicialmente comprendía a la Corte y la Comisión.

Este cambio puso fin a la función de filtrado de la Comisión, lo que permite a los solicitantes a presentar sus casos directamente ante la Corte.<sup>37</sup>

2.1.3. El TEDH tiene competencia para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del CEDH y de sus protocolos que le sean sometidos y tiene su sede en la ciudad de Estrasburgo (Francia).

2.1.4. El TEDH se compone por 47 Jueces igual al número de las Altas Partes Contratantes (Estados), son elegidos por la Asamblea Parlamentaria en razón de cada Alta Parte Contratante, por mayoría absoluta de votos, de una lista de tres candidatos presentada por esa Alta Parte Contratante, son elegidos por un período de seis años. Son reelegibles. El mandato de los jueces finalizará cuando alcancen la edad de setenta años.

## 2.2. Latinoamérica

El SIDH<sup>38</sup> tiene su fundamento en la Convención ADH, la cual está compuesta por 82 artículos que prevén los derechos humanos básicos, los compromisos de los Estados parte y la estructura, facultades y responsabilidades de la Comisión IDH y la Corte IDH, así como la sustanciación de los procedimientos ante estas instancias.

No todos los miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) han ratificado la Convención ADH, y no todos

---

<sup>37</sup> CORTE EDH. Corte Europea de Derechos Humanos. Véase: <https://tinyurl.com/hzntx6xu>, consulta 15/03/2019.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Sistema Latinoamericano de Protección de Derechos Humanos, en *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*, Alfonso Jaime Martínez Lazcano (Coord.), Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2014, pp. 107 y ss.

reconocen la jurisdicción de la Corte IDH, actualmente son 23 de los 35 Estados los que han suscrito la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

Y veinte los Estados los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH, que son los anteriores menos Dominica, Granada y Jamaica.<sup>39</sup>

La Corte IDH tiene dos funciones esenciales, la consultiva y la contenciosa, así lo determina el artículo 2 del Estatuto de Corte IDH, de Competencia y Funciones: “La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención ADH. 2. Su función consultiva por el artículo 64 de la Convención”. Además, de estar facultada para emitir medidas urgentes y la supervisión de cumplimiento de sentencias.

### **3. África**

El Sistema Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>40</sup> se constituyó por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o ‘Carta de Banjul’ aceptada el 27 de junio de 1981 y entró en vigor el 21 de octubre de 1986.

3.1. El artículo 1º del Protocolo a la ‘Carta de Banjul’ crea la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CaDH), aprobado por los Estados miembros de la entonces Organización de la Unidad Africana (OUA) en Ouagadougou, Burkina Faso, en

---

<sup>39</sup> CORTE IDH. *ABC de la Corte IDH*. Véase en: <https://tinyurl.com/xrf4rsv4>, consulta 20/12/2020.

<sup>40</sup> *Cfr.* FIGUEIRA TONETTO, Fernanda y LOPES SALDANHA, Jania Maria, “Sistema Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos”, en MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime (Coord.), *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*, Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2014, pp. 184 y ss.

junio de 1998. El Protocolo entró en vigor el 25 de enero de 2004 después que fue ratificado por más de 15 países.

3.2. La CaDH tiene jurisdicción sobre todos los casos y controversias sometidas a su conocimiento sobre la interpretación y aplicación de la Carta de Banjul, el Protocolo y otros instrumentos pertinentes de derechos humanos ratificados por los Estados interesados.

3.3. La CaDH inició oficialmente sus operaciones en Addis Abeba, Etiopía en noviembre de 2006, pero en agosto de 2007 se trasladó a su sede en Arusha, República Unida de Tanzania, donde el Gobierno de la República ha dotado de instalaciones provisionales en espera de la construcción de una estructura permanente.

3.4. La CaDH está integrado por once jueces, nacionales de los Estados miembros de la Unión Africana. Los primeros jueces del Tribunal fueron elegidos en enero de 2006, en Jartum, Sudán. Ellos prestaron juramento ante la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana, el 2 de julio de 2006, en Banjul, Gambia. Los jueces de la Corte son elegidos, después de la nominación por sus respectivos Estados, a título personal entre juristas africanos de probada integridad, de reconocida competencia práctica, judicial o académica y experiencia en el campo de los derechos humanos. Los jueces son elegidos por un período de seis años o de cuatro años, prorrogables una vez. Los jueces de la Corte elegirán un presidente y vicepresidente de la Corte entre sí que sirven un término de dos años. Pueden ser reelegidos por una sola vez. El presidente de la Corte reside y trabaja a tiempo completo en la sede de la Corte, mientras que los otros diez jueces trabajan sobre una base a tiempo parcial. En el cumplimiento de sus funciones, el presidente es asistido por un secretario, que realiza registro, funciones administrativas y de gestión de la Corte.

3.5. La CaDH tiene dos tipos de competencias: contenciosa y consultiva, tiene jurisdicción sobre todos los casos y controversias que se le presenten en relación con la interpretación y aplicación

de la ‘Carta de Banjul’, el Protocolo de la CaDH y otros instrumentos pertinentes de derechos humanos ratificados por los Estados interesados.

3.6. Países que aceptan su jurisdicción. Hasta la fecha, sólo los siguientes veintiséis Estados han ratificado el Protocolo: Argelia, Burkina Faso, Burundi, Costa de Marfil, Comoras, Congo, Gabón, Gambia, Ghana, Kenia, Libia, Lesotho, Malí, Malawi, Mozambique, Mauritania, Mauricio, Nigeria, Níger, Ruanda, Sudáfrica, Senegal, Tanzania, Togo, Túnez y Uganda.

#### **4. Control difuso de convencionalidad**

La eficacia del SIDH se dinamiza con el deber de todos los jueces, quienes de manera oficiosa están constreñidos en sus actuaciones a realizar el control convencional de las normas internas de cualquier jerarquía al resolver los litigios, lo cual implica ampliar más el impacto de los compromisos internacionales, este fenómeno ha provocado una lucha entre el viejo y el nuevo método de justicia en los países de Latinoamérica.

#### **5. Corte Penal Internacional**

Es un organismo jurisdiccional convencional permanente y complementario a las jurisdicciones penales nacionales que tiene la finalidad de que no queden impunes delitos de lesa humanidad establecidos en el Estatuto de Roma (ER) como el genocidio, la desaparición de personas, el esclavismo, deportación, exterminio, crímenes de guerra, la tortura, entre otros.

La Corte Penal Internacional es un órgano jurisdiccional convencional, porque sólo ejerce su competencia si el Estado en donde se cometió el crimen es parte de Estatuto de Roma (competencia territorial) o si el sindicado es de nacionalidad de un Estado parte del Estatuto de Roma, aunque lo haya presuntamente

cometido fuera de territorio de la nación a la que pertenece (competencia activa de nacionalidad).<sup>41</sup>

## 5.1. Justificación

Casi siempre se repiten los ciclos, cuando ha habido una crisis severa, se buscan nuevos mecanismos de prevención y solución. En el preámbulo del ER se dice que en el siglo XX:

*millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad... que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad... en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.*

Al igual que en los sistemas de protección de derechos humanos (Universal y regionales) la Corte Penal Internacional justifica su creación porque los Estados han resultado insuficientes para tutelar los derechos fundamentales, pero lo más grave, es que las violaciones tienen como victimario principal a los agentes de los Estados.

Sergio García Ramírez plantea el tránsito de la protección de los derechos humanos del ámbito interno al externo: *La primera etapa del largo camino que ha recorrido la dignidad humana se confinó en el derecho interno. La segunda corre por el orden internacional... Sus expresiones con el derecho internacional de*

---

<sup>41</sup> Cfr. GOBIERNO DE ESPAÑA. *Política exterior y cooperación*. Véase en: <https://tinyurl.com/42rh49b9>, consulta 20/06/2020.

*los Derechos humanos, el Derecho humanitario y el Derecho de los refugiados.*<sup>42</sup>

## **IX. A MANERA DE CONCLUSIONES**

1. El derecho procesal convencional de los derechos humanos no es una subcategoría del derecho procesal constitucional ya que están conformados por diversos propósitos, disposiciones y órganos.

2. El derecho convencional de los derechos humanos para su mayor comprensión debe estudiarse en dos perspectivas, desde el punto de vista sustantivo y procesal.

3. El derecho sustantivo convencional de los derechos humanos converge con el derecho sustantivo constitucional constituyendo el bloque de constitucionalidad.

4. El derecho sustantivo convencional es invasivo y no complementario del derecho interno, por la exigencia de establecer los derechos, libertades y erradicar las normas contrarias a la convención.

5. El derecho procesal convencional es complementario y supervisor del actuar de los agentes de los Estados parte.

6. La diversidad de medios jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales que adopten los países que tengan como intención anular los actos de cualquier autoridad que sean contrarios a los mandatos de la Constitución o que provoquen una determinada conducta pública cuyas motivaciones sean provocadas por el principio de supremacía constitucional (argumento de autoridad) debe integrar el derecho procesal constitucional, en contraste, el derecho procesal convencional de derechos humanos se rige bajo el principio *pro homine* (argumento de contenidos).

---

<sup>42</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002, p. 11.

7. Los sistemas de protección regionales de derechos humanos funcionan como examinadores de los actos u omisiones, incluyendo las normas constitucionales de los Estados parte que vulneren los derechos humanos convencionales a través de sus instituciones.

8. El derecho procesal convencional de los derechos humanos o impropriamente llamado derecho constitucional transnacional, no es parte de este último, más bien es parámetro o estándar de validez internacional.

## X. BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

ADAME GODDARD, Jorge, *Cuatrocientos casos y respuestas de los juristas romanos*, IIJ UNAM, México, 2013.

COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 1997.

Diccionario de la Lengua Española, Océano, México, 1990.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, Colegio de Secretarios de la SCJN, 4ª ed., Porrúa, México, 2003.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano*, IIJ-UNAM, México, 2013.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011.  
<https://tinyurl.com/mj7wfu9s>

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Protección internacional de los derechos humanos*, Librería Editora Platense S.R.L., Argentina, 2010.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002.

- MARANIELO, Patricio, *Derecho de la integración*, ed. AD-HOC SRL, Buenos Aires, 2014.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime (Coord.), *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*, Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2014.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime (Coord.), *Sistemas regionales de protección de derechos humanos*, Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2014.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime (Dir. Científico), *Temas Selectos. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2012.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *ABC Juicio de Amparo*, Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2007.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Derecho procesal convencional, las nuevas respuestas del derecho*, Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2015.
- MORENO GONZÁLEZ, Jimena, BARRERA NÁJERA, Guadalupe y LÓPEZ GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho Internacional Público*, CIDE Oxford, México, 2011.
- RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, *et. al, Bloque de Constitucionalidad en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003.
- SAÍD, Alberto y GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Isidro M., *Teoría general del proceso*, Iure, México, 2006.

## **Hemerografía**

- BERINZONCE, Roberto Omar, “El principio de legalidad formal bajo el prisma de la Constitución normatizada”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, no. 40, vol. 40, 2014, pp. 65-85.
- PETROVA GEORGIEVA, Virginia, La “judicialización”: una nueva característica del sistema jurídico internacional, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015, pp. 3-45.

## **Legisgrafía**

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o ‘Carta de Banjul’

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados (CVDT)

Convención Europea de Derechos Humanos

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Estatuto de Roma

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Reglamento de la Comisión IDH

## **Jurisprudencia mexicana**

Tesis: XI.1o.A.T.54 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XII, Tomo 3, septiembre de 2012.

## **Jurisprudencia interamericana**

*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

*Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, de 20 de marzo de 2013.

*Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Sentencia de 3 de abril de 2009.

## **Páginas de internet**

COMUNIDAD ANDINA, *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*. <https://tinyurl.com/mskekz6k>

CORTE EDH. *Corte Europea de Derechos Humanos*. <https://tinyurl.com/hzntx6xu>

CORTE IDH. *ABC de la Corte IDH*. <https://tinyurl.com/xrf4rsv4>

CORTE IDH. *Instrumentos internacionales*. <https://tinyurl.com/58scbrhr>

GOBIERNO DE ESPAÑA. *Política exterior y cooperación*. <https://tinyurl.com/42rh49b9>

- ONU. *Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas*,  
<https://tinyurl.com/3zj4pmxz>
- ONU. *Los órganos de los derechos humanos*.  
<http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>
- UNIÓN EUROPEA. *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*.  
<https://tinyurl.com/ykw2umcx>



## LA ALINEACIÓN BIFOCAL DEL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA

**HUGO CARRASCO SOULÉ\***

*Son los Derechos Humanos el motor de la mudanza, la esperanza de mejores estadios para que los hombres vivamos con algo más parecido a lo que decimos que es la justicia, la dignidad y el desarrollo humano.*

*Alfonso Jaime Martínez Lazcano*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Acceso a la Justicia y sus pilares.* III. *La obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales.* IV. *Los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos.* V. *Los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales.* VI. *Los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales, individuales y colectivos.* VII. *Reflexión final.* VIII. *Bibliografía.*

---

\* Catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM, con la participación del Lic. Baden García Mendoza estudiante de la maestría en Derecho de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: hcarrascos@derecho.unam.mx

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, exiguo es intentar abordar una problemática con mono visión; pensar que la solución se puede encontrar exclusivamente en la normatividad y en la experiencia doméstica, nos deja con un recurso endeble. Así entonces, es fundamental incorporar en los abordajes el enfoque y la práctica internacional. Hecho lo anterior, es esencial proceder con la alineación bifocal de ambas perspectivas para obtener el mejor rendimiento argumentativo.

Dentro de este contexto, entrelazaremos los elementos constitutivos del Derecho Humano de Acceso a la Justicia bajo una alineación bifocal; donde la normatividad local y los instrumentos internacionales dialoguen para sacar entrambos los aspectos más viables que potencien el acceso a la justicia y la lleven a su máxima expresión en el diario acontecer de los gobernados.

De esta manera, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>1</sup> (SIDH), por conducto del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH)<sup>2</sup> dispone 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 penal formulada contra*

---

<sup>1</sup> El SIDH es una construcción jurídica regional de promoción y protección de los derechos del hombre basado en diversos pactos internacionales entre los Estados que lo conforman y dos instituciones convencionales con competencia subsidiaria respecto de los Estados parte, que tienen la finalidad de supervisar y ordenar la reparación integral cuando se determine una violación a los derechos sustantivos del SIDH.

<sup>2</sup> Convención suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 durante la *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*.

*ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

En palabras de Pablo Villalba Bernié las limitaciones al acceso a la justicia constituyen una flagrante violación al principio de igualdad y una odiosa forma de exclusión.<sup>3</sup> En consecuencia, el derecho de acceso a la justicia no solo comprende la apertura del órgano jurisdiccional a la tutela judicial, sino también el derecho al proceso, entendido como la potestad que el conflicto se resuelva en una sentencia de fondo, implica el evolucionar del Estado de Derecho hacia el Estado de Justicia, asegurando la efectividad de la protección.

Por su parte, el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ordena que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales, mismos que deben estar expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, teniendo la obligación de emitir sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Al propio tiempo el mismo numeral, pero en su primer párrafo, no solo prohíbe que persona alguna se haga justicia por sí misma, sino que además impide que cualquier gobernado pueda ejercer violencia para reclamar su derecho.

En ambos supuestos se sientan las bases que conforman el núcleo duro del derecho humano de acceso a la justicia. Cada ordenamiento contempla sus propios linderos conceptuales —en algunos casos emplean términos idénticos—, que posteriormente han sido interpretados por los operadores jurídicos cuya labor es materializar su contenido en la práctica diaria a efecto de defender la esfera jurídica de personas a quienes se les ha violentado el derecho de acceso a la justicia.

---

<sup>3</sup> Cfr. VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, “Reflexiones sobre el sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una visión crítica”, en MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime (Dir. Científico), *Temas Selectos. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2012, pp. 365-397.

Los textos normativos no son escritos en piedra, suelen ser dinámicos, responden a tensiones de carácter nacional, y además no son ajenos a la presión internacional —ya sea global, ya sea regional—. Suelen ser de naturaleza expansiva —aunque se dan casos, desafortunadamente, donde países que habían avanzado expandiendo los límites, dan uno o dos pasos en reversa—. Las normas en las que se expresa este derecho son de largo aliento, ya sembrada la semilla (ya siendo norma vigente) su desarrollo es inminente y la visión de su extinción se reduce cada día que es aplicada y/o interpretada.

Dicha aplicación e interpretación oficial es a cargo, en el ámbito nacional, del Poder Judicial (ya sea local o federal); y en el internacional a nivel regional, de las instituciones que conforman el SIDH.<sup>4</sup> En ambos pilares jurisdiccionales las normas creadas encuentran en el mundo de los jueces las cuerdas vocales que les traducen en voz.

¿Qué tan fuerte es esa voz? Depende del sistema democrático del país del que estemos hablando, de sus momentos históricos, de la preparación de su sociedad y del conocimiento técnico jurídico que tengan, no solo los jueces, sino también sus operadores jurídicos, como los litigantes.

Dentro de este contexto, queda analizar la consonancia o disonancia que pudiera existir entre el complejo normativo regional que nos obsequia el SIDH y el que México como nación

---

<sup>4</sup> El colombiano Andrés Murillo Cruz nos recuerda que la protección de los derechos humanos en América se garantiza a través del sistema regional interamericano, que se compone de dos organizaciones, una cuasi-jurisdiccional, y otra jurisdiccional, a saber: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). MURILLO CRUZ, David Andrés, “La protección de los derechos humanos de las personas jurídicas en los sistemas regionales europeo e interamericano”, en MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime (Dir. Científico), *Temas Selectos. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Revista Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2012, p. 97.

pluricultural ha ido construyendo. El vehículo de los derechos humanos puede y debe ir a dos velocidades, cuando la local se detiene, se atasca, se atrofia por cualquier circunstancia, la internacional puede dar movimiento; lo ideal es que ambas inercias vayan en su flujo expansivo —es decir, en plena aplicación del principio de progresividad que existe en materia de derechos humanos—.

El SIDH ha desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales (acceso a la justicia) que se tiene vigente en el complejo normativo que los Estados han convenido a través de los diversos instrumentos internacionales que han suscrito y ratificado para proteger a su población, en lo general de cualquier vulneración a sus derechos fundamentales, en particular de la transgresión al derecho humano de acceso a la justicia.

Los Estados que pertenecen al SIDH tienen una obligación que, si fuera considerada moneda, tendría dos caras: El perfil de abstención de impedir a los gobernados al acceso de los recursos judiciales; y el contorno activo, ya que los Estados deben organizar el aparato institucional a su cargo para que todos los individuos puedan acceder a los recursos judiciales. Producto del cumplimiento de esta obligación, cada Estado debe remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que puedan impedir o limitar la posibilidad de acceso a la justicia. Lo anterior se desprende de la lectura de los artículos 1 y 2 de la propia Convención ADH:

*Artículo 1. Obligación de Respetar los  
Derechos*

*1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a 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.*

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

*Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*

*Si en 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.*

Las instituciones conformantes del SIDH, con el paso del tiempo, han ido delineando los principios<sup>5</sup> y estándares sobre los alcances de los derechos al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva, en casos que involucran la vulneración de *derechos económicos, sociales y culturales* (conocidos como DESC).

El principio de acceso a la justicia, entre otros principios más, ha sido motivo de análisis en los casos como el de *Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* en la sentencia de 6 de agosto de 2008; *Campo Algodonero vs. México* en la sentencia de 16 de noviembre de 2009; *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados*

---

<sup>5</sup> Alfonso Jaime Martínez Lazcano refiere que los principios consagran determinados valores o indican fines públicos que se deben realizar a través de distintos medios. Los principios no son como las reglas que se constituyen en comandos inmediatamente descriptivos de conductas específicas. *Cfr.* MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Los principios jurídicos de la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos mexicanos”, en MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime (Dir.), *Temas Selectos. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2012, p. 36.

*Unidos Mexicanos* en la sentencia de 23 de noviembre de 2009, entre otros.

## II. ACCESO A LA JUSTICIA Y SUS PILARES

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) elaboró un estudio<sup>6</sup> para revisar y sistematizar la jurisprudencia del SIDH –tanto de la CIDH como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)—, sobre cuatro temas centrales vinculados con la protección judicial de los DESC:

Esquema 1. Acceso a la Justicia y sus pilares



Fuente: Elaboración propia.

---

<sup>6</sup> CIDH. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, párrafo 3. Véase: <https://tinyurl.com/y52domrr>, consulta 09/05/2020.

### III. LA OBLIGACIÓN DE REMOVER OBSTÁCULOS ECONÓMICOS PARA GARANTIZAR EL ACCESO A LOS TRIBUNALES

Este punto se refiere a la obligación positiva del Estado, tanto de remover los obstáculos existentes que impiden el acceso a la justicia, como, al propio tiempo, al deber de garantizar el efectivo derecho a ser oído por un tribunal. Este tema se ejemplifica con tres circunstancias, principalmente: La primera, que la impartición de la justicia sea gratuita; la segunda, que la población tenga disponible la defensa pública gratuita para personas de escasos recursos; y la tercera que los costos del proceso no sean dispendiosos.

Con la actualización de estos principios en las normatividades de los Estados se pretende que la desigualdad económica o social no se traduzca en una desigual posibilidad de defensa en juicio.

Al respecto, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que la impartición de justicia es de carácter gratuita al estar prohibidas las costas judiciales, y al propio tiempo contempla que, tanto a nivel federal, como local, se debe garantizar la existencia de defensoría pública de calidad para la población, tal y como se desprende del siguiente fragmento Constitucional:

*Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.*

*Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.*

*Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los*

*juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.*

...

*La Federación y las entidades federativas garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.*

Respecto de lo dispendioso de los costos de algunos procesos en México, lo que se hizo fue incorporar en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la posibilidad de ejercer acciones colectivas en conflictos que versen sobre relaciones de consumo de bienes y/o de servicios, y en temas ambientales. En este tipo de juicios, la práctica de las pruebas puede ser muy costosa para un individuo, por lo que si se reúnen todos los individuos afectados, el costo se puede distribuir entre todos; o bien si de plano el colectivo no cuenta con recursos puede disponer, con aprobación del juez, que se carguen al fondo que se creó con motivo de esta reforma constitucional, ya que parte de lo sentenciado en los juicios de acciones colectivas difusas puede ser destinado al fondo que se maneja con la finalidad de patrocinar la práctica de pruebas y también para que se difunda la existencia de este mecanismo procesal, tal y como se desprende del siguiente texto constitucional:

*Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.*

...

*El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales*

*conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.*

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) dispone en su artículo 578 que la defensa de los derechos e intereses colectivos se debe ejercer ante los Tribunales de la Federación en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.

La acción colectiva, *in genere*, es procedente para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, así como para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas. En particular, las acciones colectivas pueden ser: i. Difusa; ii. Colectiva en sentido estricto; y iii. Acción individual homogénea.

La naturaleza de acción difusa es indivisible, se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 624 del CFPC el Consejo de la Judicatura Federal administra los recursos provenientes de las sentencias que deriven de las acciones colectivas difusas y para tal efecto se creó un Fondo.

Los recursos que derivan de las sentencias recaídas en las acciones difusas deben ser utilizados exclusivamente para el pago de los gastos derivados de los procedimientos colectivos, entre otras cosas; y cuando exista un interés social que lo justifique y el juez así lo determine, incluyendo, pero sin limitar, las notificaciones a los miembros de la colectividad, la preparación de las pruebas pertinentes y la notificación de la sentencia respectiva. Los recursos

pueden ser además utilizados para el fomento de la investigación y difusión relacionada con las acciones y derechos colectivos.

De esta manera, el Estado mexicano ha creado un mecanismo procesal (acciones colectivas) que, entre otras finalidades, pretende que los costos de medios probatorios gravosos, o bien las notificaciones a la colectividad, sean cubiertos a través de un fondo que se genera por sentencias que se van dictando en acciones difusas por temas ambientales. Así, en este tema existe un acoplamiento al estándar internacional.

#### **IV. LOS COMPONENTES DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS**

A efecto de avanzar en el tema, es imperante discernir ¿Qué debe entenderse por *debido proceso*? De acuerdo con lo expuesto por Jorge Isaac Torres Manrique es el derecho de los justiciables a un proceso judicial sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones, durante el camino, devenir o desenvolvimiento lógico procesal del mismo; que desvirtúen su finalidad que es la justicia, y por ende, configurándose como un conjunto de garantías que deben ser claramente aplicadas dentro de los procesos.<sup>7</sup>

Al respecto, el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>8</sup> (en lo sucesivo Declaración Universal) consagra que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por ley. Al propio

---

<sup>7</sup> TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac, “Breves consideraciones acerca del debido proceso civil. A propósito del exiguo desarrollo y reconocimiento del debido proceso, en sus diversas variantes de debidos procesos específicos”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, no. 1, vol. 4, 2010. Véase: <https://tinyurl.com/392uc7pz>, consulta 12/02/2021.

<sup>8</sup> Declaración adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976.

tiempo, el numeral 10 del mismo instrumento internacional dispone que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones, o para el examen de cualquier acusación en contra de ella.

Por su parte, el órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas que aplica la Declaración Universal y los diversos instrumentos internacionales que de ella derivan, es la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

La Declaración Universal materializa los derechos en ella consagrados a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), incorporando en sus textos un régimen de obligaciones positivas vinculantes para los Estados parte.

Es preciso resaltar, que los derechos que el PIDCP protege están asociados a las libertades fundamentales que se incluyeron en las cartas de derechos de finales del siglo XIX,<sup>9</sup> entre las que destacan la protección contra la arbitrariedad en la aplicación de la ley, que se encuentra consagrada, principalmente en el artículo 14 (Debido Proceso), que a continuación se transcribe:

*Artículo 14.*

*1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de*

---

<sup>9</sup> BARRENA, Guadalupe, *El Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos*, fascículo 3, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012, p. 29.

*la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.*

*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.*

*3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

*a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;*

*b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;*

*c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;*

*d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;*

*e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los*

*testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;*

*f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;*

*g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.*

*4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.*

*5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.*

*6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.*

*7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.*

Asimismo, el PIDCP contempla en su artículo 2.3 lo siguiente:

*Artículo 2 ...*

*...*

*...*

*3. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a garantizar que:*

*a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrán interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;*

*b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y a desarrollar las posibilidades del recurso judicial;*

*c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se hayan estimado procedente el recurso.*

De la lectura anterior, se desprende tal y como lo resaltan los colombianos Jaime Cubides, Wisman Díaz y Antonio Fajardo, que es evidente que el debido proceso es integrado por múltiples derechos y garantías contemplados en diferentes tratados, mismos que deben estar presentes dentro del proceso al cual se someta a las personas.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> *Cfr.* CÚBIDES CÁRDENAS, Jaime; DÍAZ CASTILLO, Wisman Johan y FAJARDO RICO, Antonio, “Integridad Convencional: Los círculos de protección dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Un análisis al ordenamiento jurídico colombiano y mexicano”, en MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime e ISLAS COLÍN, Alfredo (Coords.), *Derechos Humanos: La Transformación de la Cultura Jurídica*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2018, p. 128.

En opinión de Florentín Meléndez, el Sistema Universal de Derechos Humanos ha logrado desarrollar el contenido del debido proceso a través de sus distintos instrumentos, estableciendo los linderos de éste:

*El derecho de acceso a la jurisdicción; derecho a un juez natural, competente, imparcial y predeterminado por la ley; derecho al habeas corpus y al amparo; derecho a la tutela judicial efectiva; derecho a un juicio justo; derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa –non bis in ídem—; derecho a la defensa y a la asistencia letrada; derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable; derecho a disponer de un intérprete o traductor en el juicio; derecho a un recurso efectivo ante tribunales superiores competentes, independientes e imparciales; derecho a la reparación material y moral de las víctimas; el principio de igualdad ante la ley y los tribunales de justicia; el principio de legalidad –nulla crimen sine lege—; el principio de presunción de inocencia, y el principio de irretroactividad de la ley penal.<sup>11</sup>*

Dentro del desarrollo del sistema universal de protección a los derechos humanos nos enfrentamos ante la dificultad de que se materialicen estos preceptos en los Estados, por lo que se inició un fenómeno a través del cual se comenzaron a construir sistemas regionales de protección a través de los cuales se pudiera concretar la referida protección –dentro de los cuales se encuentran el europeo, el africano y el latinoamericano.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> MELÉNDEZ, Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los Estados de Excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*, Imprenta Criterio, El Salvador, 1999, pp. 234-235.

<sup>12</sup> *Cfr.* CUBÍDES CÁRDENAS, Jaime; DÍAZ CASTILLO, Wisman Johan y FAJARDO RICO, Antonio, *op. cit.*, p. 131.

El SIDH es un sistema regional creado a instancia de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en virtud del cual se reconocen derechos y libertades a favor de los individuos, y al propio tiempo se establecen obligaciones y deberes para los Estados parte. La Convención ADH en sus artículos 8, 9, 10, 24 y 25 contemplan disposiciones referentes al debido proceso:

*Artículo 8. Garantías Judiciales*

*1. 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 penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

*2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

*a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*

*b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;*

*c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*

*d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*

*e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado,*

*remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*

*f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*

*g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*

*h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*

*3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*

*4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.*

*5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.*

*Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad*

*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*

*Artículo 10. Derecho a Indemnización*

*Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.*

*Artículo 24. Igualdad ante la Ley*

*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*

*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.*

A mayor abundamiento, el SIDH ha fijado posición sobre la aplicación de las garantías del debido proceso legal en la sede administrativa, y, en consecuencia, existe la obligación de los Estados de contar con normatividad clara para regular el comportamiento de sus funcionarios, con el objetivo de soslayar cualquier margen inapropiado de discrecionalidad en el ámbito

administrativo, que pudiesen incentivar prácticas arbitrarias o discriminatorias.

Ahora bien, los estándares del debido proceso legal referidos por el SIDH que deben observarse en los procedimientos administrativos son: el plazo razonable, el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas, a contar con un abogado, a una decisión fundada, a la publicidad del actuar de la administración, entre otros.

La Corte IDH ha delineado a través de su jurisprudencia los elementos que deben conformar la razonabilidad en el tiempo en el que se desarrollan los procesos: a) La complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) La conducta de las autoridades judiciales;<sup>13</sup> y d) La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.<sup>14</sup>

La Corte IDH ha expresado que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.<sup>15</sup> “Dicha garantía debió incluir el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formularan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover, y evacuar las correspondientes pruebas”.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Véase: CORTE IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrafo 72.

<sup>14</sup> Véase: CORTE IDH. *Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil*. Sentencia de 16 de febrero de 2017, párrafo 218.

<sup>15</sup> Véase: CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párrafo 82. Asimismo, CORTE IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, párrafo 117.

<sup>16</sup> Véase: CIDH. *Informe no. 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México*. Sentencia 13 de abril de 1999, párrafo 71.

Por su parte, la CIDH enfatizó que el debido proceso no puede entenderse circunscrito a las actuaciones judiciales, sino que debe contemplar también a la actuación del Estado en la esfera administrativa cuando implique afectar los derechos e intereses de los particulares, añadiendo que la administración debe actuar conforme a la legalidad y a los principios generales de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, permitiendo a los destinatarios de los actos administrativos ejercer su derecho de defensa.<sup>17</sup>

Otro elemento sustancial relacionado con el debido proceso es la motivación de las resoluciones administrativas.

Asimismo, el acceso a la información pública forma parte de los estándares que deben acompañar al debido proceso administrativo.

Es importante resaltar que de acuerdo con lo expuesto en el expediente Varios 912/2010 resuelto por la Suprema Corte de Justicia de México (SCJN), las sentencias emitidas por la Corte IDH son vinculantes, ya que México ha aceptado la competencia contenciosa de la misma.

Bajo la normatividad mexicana, es de resaltarse el artículo 16 constitucional, que en su parte conducente indica que:

*Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.*

---

<sup>17</sup> Véase: CORTE IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párrafo 116.

*Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.*

De lo anterior se advierten los requisitos de mandamiento escrito, autoridad competente y fundamentación y motivación, como garantías instrumentales que, a su vez, revelan la adopción en el régimen jurídico nacional del principio de legalidad, como una garantía del derecho humano a la seguridad jurídica, acorde al cual las autoridades sólo pueden hacer aquello para lo que expresamente les facultan las leyes, en el entendido de que éstas, a su vez, constituyen la manifestación de la voluntad general. Bajo esa premisa, el principio mencionado tiene una doble funcionalidad, particularmente tratándose del acto administrativo, pues, por un lado, impone un régimen de facultades expresas en el que todo acto de autoridad que no represente el ejercicio de una facultad expresamente conferida en la ley a quien lo emite, se considerará arbitrario y, por ello, contrario al derecho a la seguridad jurídica, lo que legitima a las personas para cuestionar la validez de un acto desajustado a las leyes, pero, por otro, bajo la adopción del mismo principio como base de todo el ordenamiento, se genera la presunción de que toda actuación de la autoridad deriva del ejercicio de una facultad que la ley le confiere, en tanto no se demuestre lo contrario, presunción de legalidad ampliamente reconocida tanto en la doctrina como en la legislación nacional. Así, el principio de legalidad, apreciado en su mayor amplitud, da cabida al diverso de interdicción de la arbitrariedad, pero también conlleva que éste opere a través de un control jurisdiccional, lo que da como resultado que no basta que el gobernado considere que determinado acto carece de fundamentación y motivación para que lo estime no obligatorio ni vinculante o lo señale como fuente de un derecho incontrovertible a una sentencia que lo anule, sino que, en todo caso,

está a su cargo recurrir a los órganos de control a hacer valer la asumida ausencia o insuficiencia de fundamento legal y motivación dentro de dicho procedimiento y, a su vez, corresponderá a la autoridad demostrar que el acto cuestionado encuentra sustento en una facultad prevista por la norma, so pena de que sea declarado contrario al derecho a la seguridad jurídica, lo que revela que los procedimientos de control jurisdiccional, constituyen la última garantía de verificación del respeto al derecho a la seguridad jurídica, cuyas reglas deben ser conducentes y congruentes con ese propósito.<sup>18</sup>

Dentro de este contexto es que el tercer tribunal colegiado en materia administrativa del cuarto circuito ha sostenido que el Estado Mexicano, al ser un Estado de derecho constitucional democrático, condiciona toda actuación de la autoridad pública al imperio de la ley y, por ende, al control jurídico del ejercicio del poder, porque sólo a través de éste se constata si aquella se ajusta al orden jurídico y corresponde con los fines del Estado. Dicho tribunal colegiado indica que la facultad discrecional, desde esa óptica, no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta; y, por lo tanto, en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodea, para encausarlo, dirigirlo y, sobre todo, limitarlo. De esta manera explica que tal situación pone de manifiesto la vinculación de la administración al ordenamiento jurídico. Así, la discrecionalidad debe partir del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el cual postula una distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo -mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión- de una fundamentación que lo sostiene. Esto es, discrecionalidad no es arbitrariedad, nunca es permitido confundir, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo (lo arbitrario), o no tiene

---

<sup>18</sup> Tesis: IV.2o.A.51 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 3, febrero de 2014, tomo III, p. 2239.

motivación respetable, sino -pura y simplemente- la conocida *sit pro ratione voluntas* o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad. De esta forma, como la facultad discrecional está limitada por el respeto irrestricto a los derechos humanos, su ejercicio es un acto de poder que debe estar fundado y motivado. Por tanto, los administrados poseen interés jurídico para controvertirlo cuando afecte sus derechos.<sup>19</sup>

La obligación de los funcionarios administrativos de respetar los derechos humanos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en tratados internacionales tiene raíz en el artículo 1º Constitucional, que a la letra indica:

*Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar*

---

<sup>19</sup> Tesis: IV.3o.A.26 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XV, diciembre de 2012, tomo 2, p. 1331.

*las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

*Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.*

*Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*

Un ejemplo práctico de la aplicación del artículo 1° Constitucional lo constituye cuando una autoridad administrativa omite recurrentemente a pagar la pensión jubilatoria. En principio, toda autoridad debe respetar los derechos humanos, y dado el caso de su transgresión, el afectado puede acudir a las instancias judiciales para que se le restituya y se le respete, tal y como se desprende de la lectura de la siguiente tesis:

*PENSIÓN JUBILATORIA. LA OMISIÓN RECURRENTE DE PAGARLA OPORTUNAMENTE VIOLA LOS DERECHOS HUMANOS A LA DIGNIDAD, AL MÍNIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS JUBILADOS. Bajo el enfoque actual de una mayor protección a los derechos humanos mediante el acceso a la justicia constitucional, y ante la problemática social que origina el retraso injustificado del pago de las pensiones a los jubilados, corresponde al Estado asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de todos sus ciudadanos, en el caso, el derecho que*

*conforme al artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos adquirieron aquéllos después de laborar por el tiempo señalado por la ley, a recibir el pago de una pensión, el cual debe ser realizado en tiempo, porque sólo así se puede garantizar una subsistencia digna. A este despliegue estatal se le conoce como obligación de garantía y se traduce en que el Estado, a través de los entes públicos correspondientes, debe mantener el disfrute del derecho respectivo, pero también mejorarlo y restituirlo en caso de violación. Por tanto, cuando se omite pagar oportunamente una pensión jubilatoria en forma recurrente, se violan los derechos humanos a la dignidad y al mínimo vital de los jubilados, ya que aquélla comprende la satisfacción de las necesidades básicas para que ese retiro sea digno. Asimismo, se transgrede el derecho humano a la seguridad social, del que deriva el pago de la pensión, por la necesidad de garantizar la continuidad en tiempo y forma legal del pago de la pensión, como obligación del Estado mediante el ente asegurador de las prestaciones de seguridad social, derivado del derecho de los pensionados a recibir una protección especial por su condición de integrantes de un grupo en situación de vulnerabilidad, integrado por sujetos que ordinariamente tienen la presunción de subsistir económicamente de lo que reciben mensualmente por concepto de pensión.<sup>20</sup>*

Ahora bien, en relación con los efectos que producen los actos provenientes de autoridades incompetentes, la SCJN, siendo ministro ponente Mariano Azuela Güitrón, sostuvo lo siguiente:

---

<sup>20</sup> Tesis: XV.3o.9 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 75, febrero de 2020, tomo III, p. 2361.

*AUTORIDADES INCOMPETENTES. SUS ACTOS NO PRODUCEN EFECTO ALGUNO. La garantía que establece el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, denota que la competencia de las autoridades es uno de los elementos esenciales del acto administrativo. Entre sus características destacan las siguientes: a) requiere siempre de un texto expreso para poder existir; b) su ejercicio es obligatorio para el órgano al cual se atribuye y c) participa de la misma naturaleza de los actos jurídicos y abstractos, en el sentido de que, al ser creada la esfera de competencia, se refiere a un número indeterminado o indeterminable de casos y su ejercicio es permanente porque no se extingue en cada hipótesis. Ahora bien, estas características encuentran su fundamento en el principio de legalidad, según el cual, las autoridades del Estado sólo pueden actuar cuando la ley se los permite, en la forma y términos que la misma determina, de tal manera que esta garantía concierne a la competencia del órgano del Estado como la suma de facultades que la ley le da para ejercer ciertas atribuciones. Este principio se encuentra íntimamente adminiculado a la garantía de fundamentación y motivación, que reviste dos aspectos: el formal que exige a la autoridad la invocación de los preceptos en que funde su competencia al emitir el acto y el material que exige que los hechos encuadren en las hipótesis previstas en las normas. En este sentido, como la competencia de la autoridad es un requisito esencial para la validez jurídica del acto, si éste es emitido por una autoridad cuyas facultades no encuadran en las hipótesis previstas en las normas que fundaron su decisión, es claro que no puede producir ningún efecto jurídico*

*respecto de aquellos individuos contra quienes se dicte, quedando en situación como si el acto nunca hubiera existido.*<sup>21</sup>

Ahora bien, respecto a la existencia del derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas, es posible sostener que en México de manera generalizada existen, tanto recursos administrativos en las legislaciones de mérito, como el juicio de amparo —en sus dos vertientes, directo e indirecto—, para ejercer el derecho de defensa.

A continuación, un ejemplo de los recursos administrativos que pueden contemplarse en las distintas leyes que regulan la función administrativa:

*INCONFORMIDAD ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 85, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DE LOS PODERES DEL ESTADO DE PUEBLA. ES UNA INSTANCIA DE CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y NO UN RECURSO. El único medio de impugnación en sede administrativa que prevé la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio de los Poderes del Estado de Puebla es el recurso de reconsideración, en atención a que la inconformidad establecida en el artículo 85, segundo párrafo, del propio ordenamiento constituye una instancia que da oportunidad a quienes se les otorga una pensión de desacreditar situaciones fácticas, omisiones, fundamentos y motivos que generaron el cálculo incorrecto de la cuota diaria, que es la base para calcular el pago de dicha prestación de*

---

<sup>21</sup> Tesis: 2a. CXCVI/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octubre de 2001, tomo XIV, p. 429.

*seguridad social, en el entendido de que si la autoridad responsable considera que le asiste la razón al pensionado, podrá modificar el acto administrativo de otorgamiento de pensión y hacer los ajustes que sean pertinentes. Esto es, la inconformidad es una instancia de control de legalidad del acto administrativo en materia de seguridad social con la intervención del particular, quien le expresa al ente gubernamental los yerros en que, a su juicio, incurrió al emitir la determinación para que los corrija y con ello de manera pronta se subsanen las impresiones que lesionan los intereses del pensionado; en la inteligencia de que si la autoridad insistiere en dejar en sus términos la resolución de concesión de pensión, entonces, el beneficiario estaría constreñido a interponer el recurso de reconsideración. Ello evidencia aún más el argumento de que la inconformidad es una instancia, puesto que es de explorado derecho que es jurídicamente inválido que se interponga recurso contra recurso.<sup>22</sup>*

Ahora un ejemplo de la interposición del juicio de amparo lo son los casos de expropiación, tal y como se aprecia en la siguiente tesis:

*EXPROPIACIÓN. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA RIGE DESPUÉS DE DICTADO EL DECRETO Y PERMITE CUESTIONAR TODO EL PROCEDIMIENTO RELATIVO. De lo dispuesto en la Ley de Expropiación se desprende que el acto administrativo expropiatorio consta de dos etapas. La primera, comprendida entre el inicio del procedimiento en que se declara la causa de utilidad pública y la emisión del decreto correspondiente, en la que el Estado debe realizar, de manera*

---

<sup>22</sup> Tesis: VI.3o.A.49 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. libro 34, septiembre de 2016, tomo IV, p. 2747.

*unilateral, estudios para fundar y motivar la causa de utilidad pública y la necesidad de la obra a la cual va a destinar los bienes expropiados. La segunda, que abarca desde la notificación del decreto a los interesados hasta que se lleva a cabo su total ejecución. De acuerdo con la naturaleza de cada una de esas fases, en la primera no es exigible otorgar audiencia a los interesados, pues este requisito no está comprendido en el artículo 27 constitucional, salvo que en la ley se hubiese fijado en la normatividad aplicable un procedimiento con audiencia previa del interesado, en cuyo caso sería necesario agotar ese procedimiento. En cambio, en la segunda etapa sí rige la garantía de audiencia, pues debe notificarse el decreto al interesado para que pueda desplegar su defensa en alguna de las siguientes vías: interponer el recurso de revocación contra ese decreto; cuestionar judicialmente el monto de la indemnización que se haya fijado por el bien materia de la expropiación; exigir el pago de la indemnización una vez vencido el plazo legal; en su caso, solicitar la reversión de la expropiación cuando dentro del plazo legal no se destine la cosa al fin público que se invocó en el decreto; o incluso promover directamente el juicio de amparo en contra del decreto y los vicios de que pudiere adolecer el procedimiento expropiatorio, en los casos en que se actualice alguna excepción al principio de definitividad.*<sup>23</sup>

El primer tribunal colegiado del décimo noveno circuito ha sostenido que debe acudir al debido proceso internacional si en el ámbito nacional no se ha desarrollado ampliamente lo necesario

---

<sup>23</sup> Tesis: I.15o.A.3 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, diciembre de 2004, tomo XX, p. 1344.

para el análisis de graves violaciones a los derechos humanos, tal y como se advierte de la siguiente tesis:

*DEBIDO PROCESO INTERNACIONAL. DEBE ACUDIRSE A ÉSTE, SI EN EL ÁMBITO NACIONAL NO SE HA DESARROLLADO AMPLIAMENTE LO NECESARIO PARA EL ANÁLISIS DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala, estableció que en una sociedad democrática debe conocerse la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos, y los Estados tienen la obligación tanto de investigar como de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas; que la obligación de investigar no puede ser ejecutada de cualquier forma, sino que debe realizarse de acuerdo con los estándares establecidos por las normas y la jurisprudencia internacionales, sin que pueda desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. En este orden de ideas, si un tribunal de amparo advierte hechos que involucran graves violaciones de derechos humanos, y en el derecho nacional, el tema específico aún no ha sido desarrollado ampliamente; entonces, debe buscar la solución justa del caso en el debido proceso internacional, integrado por las normas y jurisprudencia internacionales; máxime que el actual juicio de amparo ha superado la etapa tradicional de protección de garantías individuales, para dar lugar a una fase de un juicio de derechos fundamentales, que se ocupa de atender las situaciones en las que las normas generales, actos u omisiones de la autoridad,*

*violan los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.*<sup>24</sup>

El anterior caso es un ejemplo vivo de lo que es la alineación bifocal del derecho de acceso a la justicia.

## **V. LOS COMPONENTES DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES**

El derecho a un debido proceso legal<sup>25</sup> o como lo llama la Corte IDH “derecho de defensa procesal” es el derecho humano que debe estar presente en toda clase de procesos, no sólo en aquellos de orden penal, administrativo sino también de tipo civil.

Bajo esta percepción el debido proceso es un derecho fundamental integrado de principios y garantías que son de observancia obligatoria en cualquier procedimiento judicial en el que se busque una solución sustancialmente justa y necesaria dentro del marco del estado social, democrático y de derecho.

Asimismo, es una prerrogativa que acompaña a toda persona cuando forma parte en un procedimiento dirigido por servidores públicos con cualidades y funciones concretas, seguido por normas preestablecidas en el ordenamiento jurídico aplicable, en el que se debe decidir conforme al derecho sustancial preexistente, bajo la condicionante de ser de oído y vencido en el mismo.

---

<sup>24</sup> Tesis: XIX.1o. J/5 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 72, noviembre de 2019, tomo III, p. 1998.

<sup>25</sup> Derecho de toda persona 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 penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral fiscal u otro cualquiera. Artículo 8 de la Convención ADH.

Al respecto, la Primera Sala de la SCJN estableció que dentro de las garantías del debido proceso existe un “núcleo duro”, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, mientras que existe otro núcleo de garantías que resultan aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. En cuanto al “núcleo duro”, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las identificadas como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”; las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica en forma definitiva. Asimismo, el Tribunal en Pleno sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es comúnmente identificado con el elenco mínimo de garantías que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Así, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso se identifican dos especies: la primera, corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; la segunda, resulta de la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y niños a que su detención sea notificada a

quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de la misma naturaleza.<sup>26</sup>

Para que este precepto jurídico de amplia trascendencia resulte aplicable es necesario identificar los principios que lo integran, en específico en el ámbito civil, donde destacan los siguientes:

- Principio de equilibrio procesal

El derecho al debido proceso, reconocido por los artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8, numeral 1, de la Convención ADH, ha sido entendido por la Corte IDH como el necesario para que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma equilibrada y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. En ese sentido, el equilibrio procesal, se encuentra inmerso dentro del principio de igualdad procesal de las partes en el derecho al debido proceso, está íntimamente relacionado con el derecho de contradicción y constituye el núcleo fundamental del derecho de audiencia que consiste, en esencia, en que toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, se comunique a la contraria para que ésta pueda prestar a ella su consentimiento o formular su oposición. Así, este principio procura la equiparación de oportunidades para ambas partes en las normas procesales, pero también se erige como una regla de actuación del Juez, el cual, como director del proceso, debe mantener, en lo posible, esa igualdad al conducir las actuaciones, a fin de que la victoria de una de las partes no esté determinada por su situación ventajosa, sino por la justicia de sus pretensiones. Ahora bien, dicho principio no implica una igualdad aritmética o simétrica, por la cual sea exigible la exactitud numérica de derechos y cargas para cada una de las partes, sino que lo que este principio demanda es una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de sus pretensiones, de modo que no se genere una posición sustancialmente desventajosa para una de ellas frente a la otra; de ahí que las pequeñas desigualdades que pueda

---

<sup>26</sup> Tesis: 1a. LXXV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XVIII, marzo de 2013, tomo 1, p. 881.

haber, requeridas por necesidades técnicas del proceso, no quebrantan el principio referido.<sup>27</sup>

- Principio de inmediación

El artículo 8.1 de la Convención ADH consagra como elemento del debido proceso el principio de inmediación, que no puede ser garantizado de manera efectiva a través de procesos escritos.

La inmediación es un principio procesal según el cual existe una interacción directa e inmediata entre las partes y el juez de la causa en el examen y contraexamen de las pruebas del proceso, y por ello, la decisión judicial se fundamenta en la información que fue recepcionada en audiencia. Debido a esto, esta forma de interacción requiere, necesariamente, que tanto las partes, como el juez y las pruebas, se encuentren en el mismo lugar al mismo tiempo para garantizar una verdadera interacción, y también, una transparencia procesal frente a todas las personas involucradas en el proceso. En efecto, se ha dicho que “en un procedimiento escrito la inmediación es prácticamente imposible. De ahí que el juez no tenga interés en presenciar las pruebas”.<sup>28</sup>

Bajo este precepto, la Primera Sala de nuestro máximo Tribunal estableció que dicho principio presupone que todos los elementos de prueba vertidos en un proceso y que servirán para decidir, deben ser presenciados sin mediaciones o intermediarios por el juez en una audiencia. Los alcances de dicho propósito implican reconocer que es en la etapa de juicio donde la inmediación cobra plena aplicación, porque en esta vertiente configura una herramienta metodológica para la formación de la prueba, la cual exige el contacto directo y personal que el juez debe tener con los sujetos y el objeto del

---

<sup>27</sup> Tesis: 1a. CCCXLVI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 61, diciembre de 2018, tomo I, p. 376

<sup>28</sup> Cfr. MONTIEL TRUJANO, Ángel Humberto, “La oralidad en los juicios mercantiles”, en CRUZ BARNEY, Óscar (Coord.), *120 años del Código de Comercio Codificación y Descodificación del Derecho mercantil mexicano*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, p. 327.

proceso durante la realización de la audiencia de juicio, porque de esa manera se coloca al juez en las mejores condiciones posibles para percibir –sin intermediarios– toda la información que surja de las pruebas personales, es decir, no sólo la de contenido verbal, sino que la inmediatez también lo ubica en óptimas condiciones para constatar una serie de elementos que acompañan a las palabras del declarante, habilitados para transmitir y recepcionar de mejor manera el mensaje que se quiere entregar, como el manejo del tono, volumen o cadencia de la voz, pausas, tuteos, disposición del cuerpo, dirección de la mirada, muecas o sonrojo, que la doctrina denomina componentes paralingüísticos.<sup>29</sup>

- Principio dispositivo

Este principio se caracteriza por atribuirle la responsabilidad a las partes en conflicto de “poner en movimiento” la actividad judicial, es decir, que haya una demanda y una contestación a la misma, que se ofrezcan pruebas y aleguen de bien probadas sus defensas; bajo el riesgo que, de no contestar, no probar o no alegar en forma oportuna, el juicio se fallará sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin conocer sus conclusiones.

En este sentido, nuestro máximo tribunal determinó que el principio dispositivo descansa en el hecho de que, por regla general, los derechos e intereses jurídicos que se discuten en el proceso son del dominio absoluto de los particulares; de ahí que tenga plena operatividad, al discutirse en estas cuestiones que incumben exclusivamente a los contendientes. Así, por virtud de dicho principio procesal, la tarea de iniciación e impulso del procedimiento está en manos de los contendientes y no del juzgador, razón por la que éste no puede sustituir al actor y ejercer oficiosamente una acción, ni en relación con el demandado, contestar la demanda y fijar la litis; asimismo, no puede tomar la iniciativa de recabar las pruebas que estime conducentes para el esclarecimiento de la verdad en la resolución de la controversia, pues es en aquéllos en quienes recae la obligación de probar sus

---

<sup>29</sup> Tesis: 1a./J. 54/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 68, julio de 2019, tomo I, p. 184.

pretensiones o defensas; así el ordenamiento procesal civil señala que el que afirma está obligado a probar y, en consecuencia, el actor debe probar su acción y el reo sus excepciones. Esta carga probatoria que recae en las partes y no en el juzgador, deja al arbitrio de los litigantes valorar la necesidad de ofrecer pruebas y determinar las que estimen conducentes a sus intereses, lo cual redundará en su propio beneficio, pues al formar parte de la contienda, se presume que nadie sabe mejor que los litigantes cuándo ofrecer pruebas y abstenerse de hacerlo y, en su caso, cuáles son idóneas para demostrar sus pretensiones o defensas; esto es, atendiendo al principio dispositivo, el cual cobra relevancia en materia probatoria, el juzgador no puede ir más allá de lo pedido por las partes, sin que ello implique una limitación al derecho de acceso a la justicia consagrado en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues la circunstancia de que el citado principio impida la actuación oficiosa del juzgador en asuntos en los que la controversia sólo atañe a los particulares, no les afecta, pues no les impide acceder a los tribunales a plantear una pretensión o defenderse de ella, para que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa que se plantea; por el contrario, este principio respeta la igualdad y el equilibrio procesal que debe haber entre los contendientes en términos del principio de justicia imparcial derivado del referido derecho de acceso a la justicia, pues impide que el juzgador, tomando partido por alguna de las partes y a pretexto de ser el director del proceso, lo impulse indebidamente o recabe pruebas ajenas a las ofrecidas por ellas para la solución de la controversia. Además, contribuye a que la justicia se administre en los plazos y términos que para tal efecto establezcan las leyes, pues la actividad que las partes están constreñidas a realizar debe ser oportuna, es decir, debe sujetarse a los plazos y términos que fijan las leyes, ya que de lo contrario operará la preclusión y, en casos extremos, podrá actualizarse la caducidad de la instancia.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Tesis: 1a. CCVI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXII, julio de 2013, tomo 1, p. 566.

- Principio de celeridad procesal

Este principio procesal tiene como premisa fundamental que debido a que las controversias requieren pronta resolución, se hace necesario que el procedimiento se simplifique, se descargue de recaudos formales que impidan la rápida solución del conflicto; que los plazos procesales se reduzcan como corolario de la celeridad del proceso, que se resuelvan, debiendo expresar la garantía aludida por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y teniendo en cuenta que la acción constitucional deja de ser una acción personalizada del sujeto afectado para convertirse en una acción de interés público en honor a que al sistema político le interesa que no exista ni una sola persona con un derecho constitucional conculcado ni tampoco una norma que contradiga la constitución.<sup>31</sup>

En México cobra relevancia procesal cuando dicho principio determina que los actos procesales deben desarrollarse dentro del juicio de manera continua, sin interrupción, y lo más cerca de lo posible uno del otro, como sucede en las audiencias, implica que también deben realizarse en forma ágil, con la prontitud y rapidez o velocidad que el caso amerita pues la celeridad significa precisamente esto último, lo que debe observarse en aras de que se cumpla cabalmente con los principios constitucionales de una impartición de justicia pronta y expedita, que establece el artículo 17 de nuestra Constitución Política Federal, los que a la vez representan la finalidad de cualquier procedimiento civil, pues no debemos olvidar que eso es lo que se busca con el trámite del mismo, si consideramos que uno de los factores conforme a los que se desarrolla cualquier clase de proceso es precisamente el tiempo, por

---

<sup>31</sup> Cfr. BASTIDAS MORA, Patricia, “¿Por qué se justifica un código procesal constitucional para Iberoamérica?”, en VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, volumen II, Colombia, VC Editores Ltda, 2011, p. 129.

lo que en este caso depende de la observancia de los principios que aplican en su trámite, para que se cumpla con dichos postulados.<sup>32</sup>

- Principio de gratuidad de la justicia civil

El procesalista argentino Osvaldo A. Gozáini, señala que la tesis defensora de la gratuidad de la justicia parte de una consideración extremadamente sencilla en apariencia; puesto que la administración de justicia constituye, en fin de cuentas, un servicio público, los usuarios de este servicio, es decir, los litigantes, no deben pagar cantidad ninguna por su utilización; al litigante no se lo considera en esta concepción como un beneficiario que perjudique indirectamente al litigar a los demás, sino, por el contrario, como una persona que, en mayor o menor grado, se sacrifica por la paz de la colectividad y contribuye a la certidumbre de las normas por que se rige; finalmente, se afirma que el que la justicia haya de ser un servicio retribuido por los litigantes, hace a unos de peor condición que los otros, al depender de la posición económica de una parte sus posibilidades de que los Tribunales le hagan justicia.<sup>33</sup> Sin embargo, estos argumentos no resisten un atento examen de los fundamentos sobre que se basan. En primer lugar, en todo caso el coste de un servicio público debe gravar a todos los ciudadanos por igual y no con mayor fuerza a los que utilizan directamente el servicio; ni puede negarse tampoco que el litigante, por lo menos el litigante vencido, aunque no sea culpable, es la causa inmediata de la existencia del proceso, porque su resistencia o pretensión injustificada da lugar a que no resulte inconveniente que pese sobre él la carga económica de atender los gastos de dicho proceso; ni cabe desconocer que el problema que plantea la existencia de pretensiones u oposiciones, cuyos titulares carecen de los recursos económicos suficientes para acudir a un proceso, puede resolverse mediante una ordenación satisfactoria del llamado derecho de asistencia jurídica gratuita.

---

<sup>32</sup> RUIZ HERNÁNDEZ, Gilberto, *El Proceso y el Juicio Oral Mercantil. Tratado Teórico-Práctico*, Rehtikal, México, 2014, p. 216.

<sup>33</sup> Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo A. *El debido proceso estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2017. Véase: <https://tinyurl.com/5bcvmsw6>, consulta 25/08/2020.

Acorde a lo anterior, el artículo 8 de la Convención ADH establece las *Garantías Judiciales*, entre ellas la relativa a la gratuidad en la justicia, como uno de los pilares fundamentales sobre los que se construye el sistema de protección de los derechos humanos, cuyos límites al abuso del poder representan la garantía de los demás derechos reconocidos en la presente convención: El derecho al debido proceso.

Ante tal sustento, los tribunales colegiados del estado mexicano han establecido que del análisis histórico progresivo de los antecedentes legales de las prácticas de los tribunales, previos a la discusión y aprobación del artículo 17 constitucional por el Constituyente de 1857, reproducido en la Constitución de 1917, se llega a la conclusión de que la prohibición consignada en el citado precepto, se refiere no sólo a los pagos que podrían exigirse a quienes acudieran a solicitar justicia a los órganos jurisdiccionales por los actos judiciales que a éstos están encomendados como contraprestación por sus servicios o como retribución por la labor de quienes intervienen en la administración de justicia, sino que, además, quedaron proscritas otras prácticas judiciales que eran onerosas, pues en antaño los tribunales cobraban derechos judiciales por recibir escritos, examinarlos, dar cuenta de ellos, dar fe pública, dictar autos, dar vista de las actuaciones y de los documentos, recibir declaraciones, reconocer documentos, diligencias de reconocimiento, comparencias de los litigantes, juntas o concurrencias, salir el Juez de su residencia, dar posesiones, vista de ojos y otras diligencias, dictar interlocutorias y ejecutorias, actuar con testigos de asistencia, búsqueda de expedientes en los archivos y entrega a los litigantes. También se cobraban derechos por los acuses de recibo, oficios, notificaciones y sus insertos, proveídos de mero trámite o definitivos, autos de exequendo, por dictar provisiones, despachos, exhortos, notas o razones del secretario, así como razones de los funcionarios que practicaban las notificaciones, ya fuera el secretario que la mandaba practicar, o bien, por las razones de los actuarios que las realizaban, escribir y hacer los proveídos que recayeran a los escritos. Asimismo, los tribunales cobraban derechos por la expedición de testimonios, ya fueran a la “letra” o “relativo”, por el auto en que se demandaron dar, por acordar un memorial o extracto y por el importe del papel especial

sellado en que se reproducían y hacían constar, por pliego o por cada hoja que necesitaran, por las certificaciones que pidieren los interesados, etcétera; prácticas onerosas que fueron abolidas por el Constituyente, determinando a la postre la gratuidad de tales servicios.<sup>34</sup>

Derivado de lo anterior podemos establecer que lo que prohíbe el artículo 17 constitucional es que el gobernado pague a quienes intervienen en la administración de justicia por parte del Estado, una determinada cantidad de dinero por la actividad que realiza el órgano jurisdiccional, pues dicho servicio debe ser gratuito, de modo que como los preceptos cuya inconstitucionalidad se reclama no obligan al gobernado a pagar honorarios a los funcionarios respectivos, debe concluirse que no se transgrede la garantía individual de que se trata.<sup>35</sup>

En conclusión los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales encuentran su sustento jurídico en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 8, numeral 1, de la Convención ADH, que establecen parámetros que permiten garantizar a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o

---

<sup>34</sup> Tesis: I.11o.C.24 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, enero de 2005, tomo XXI, p. 1776.

<sup>35</sup> Tesis: P. LXIX/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octubre de 1995, tomo II, p. 115.

derechos consagrados en la propia Constitución General de la República o en la Convención ADH; por ende, para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la Norma Fundamental e internacional deberá tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional e internacional en el que ésta se da.

## **VI. LOS COMPONENTES DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE DERECHOS SOCIALES, INDIVIDUALES Y COLECTIVOS**

La Convención ADH establece el derecho a una garantía judicial determinada, encaminada a proteger de manera efectiva a las personas frente a la violación de sus derechos humanos. El artículo 25 de dicho instrumento determina la existencia de un derecho a contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos fundamentales. Aunado a lo anterior consagra: a) la obligación estatal de crear un recurso sencillo y rápido, primordialmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos, para la tutela de “derechos fundamentales” contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley; b) exige que el recurso sea efectivo; c) estipula la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo; d) exige al Estado asegurar que el recurso será considerado; e) señala que el recurso debe poder dirigirse aún contra actos cometidos por autoridades públicas, por lo que el recurso también es susceptible de ser dirigido contra actos cometidos por sujetos privados; f) compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial; y g) establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> CIDH. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, párrafo 241. Véase: <https://tinyurl.com/y67jhu27>, consulta 25/08/2020.

Las obligaciones que emanan de la vinculación que existe entre los artículos 2, 25 y 1.1 de la Convención ADH permiten establecer que dicho numeral segundo requiere que el Estado adopte medidas, incluidas las legislativas, para garantizar los derechos establecidos por ese instrumento que aún no lo estuviesen. Esto incluye el derecho a un recurso efectivo en caso de afectaciones individuales o colectivas a derechos económicos, sociales y culturales.

En este sentido, los artículos 25 y 1.1 establecen un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, así como a dar aplicación efectiva a los mismos.

Como se puede observar la Convención ADH demanda la obligación de proveer recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos sociales, individuales y colectivos.

En concordancia a lo anterior, en México, encontramos que el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “*toda persona tendrá derecho a que se le administre justicia por los tribunales, de manera expedita, pronta, completa e imparcial*”. Así entonces, es obligación de las autoridades judiciales resolver los conflictos que les planteen las partes de manera integral y completa, sin obstáculos o dilaciones innecesarias y evitando formalismos o interpretaciones no razonables u ociosas que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial.

En ese contexto, encontramos que la Ley de Amparo, antes de 2011, ya preveía la posibilidad de que las personas pudieran acudir a los tribunales para impedir o reparar la violación a sus derechos humanos, también lo es que a través de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y del juicio de amparo, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 6 y 10 de junio de 2011, respectivamente, se amplió el espectro de protección del juicio de amparo, al incluir expresamente a los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; asimismo, se simplificó el acceso al mencionado juicio constitucional, al indicar que puede promoverlo

quien aduzca ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, cuando se afecte su esfera jurídica de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.<sup>37</sup> Consecuentemente, el juicio de amparo, al seguirse conforme a los reformados artículos 103 y 107 constitucionales, puede considerarse como el recurso efectivo a que se refiere el citado artículo 25 de la Convención ADH, pues se faculta a una autoridad judicial para que, a través de dicho juicio de acceso simple, resuelva efectivamente los conflictos planteados por las personas nacionales o extranjeras que se encuentren en el país, contra cualquier acto u omisión de la autoridad que transgreda sus derechos humanos o los criterios establecidos en las sentencias emitidas por la Corte IDH.

Es importante mencionar que el 20 de marzo de 2013, fue aprobada la nueva Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicha norma presentó una serie de innovaciones en la forma de entender el juicio de garantías, de las más importantes destacan:

- a) Se define el acto de autoridad independientemente de la naturaleza formal de quién lo emitió, cuya potestad derive de una norma general y abstracta, que sea unilateral e imperativa sobre el quejoso, que sea asimilable por ley a una función pública y que no tenga un medio adecuado o vía ordinaria para remediarlo y, que lo deje en estado de indefensión. Todo ello amplía el concepto de autoridad responsable.
- b) El juicio de amparo procede por violación a normas generales, actos u omisiones que transgredan los derechos humanos y garantías reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado.
- c) Se incorpora la procedencia del juicio de amparo “colectivo” por violaciones a un interés legítimo, individual o colectivo, siempre y cuando el quejoso alegue que la

---

<sup>37</sup> Cfr. Tesis: II.8o.(I Región) 2 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIII, octubre de 2012, tomo 4, p. 2622.

norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1 de la Ley de Amparo y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Es importante resaltar que el juicio de amparo es el mecanismo por excelencia ideal para la defensa de los derechos humanos, sin embargo el Constituyente Permanente, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de julio de 2010, adicionó un párrafo tercero al artículo 17 de la Constitución y ordenó la creación de leyes y procedimientos para que los ciudadanos cuenten con nuevos mecanismos de tutela jurisdiccional para la defensa de sus intereses colectivos.<sup>38</sup>

Posteriormente, en decreto publicado en el medio de comunicación oficial el 30 de agosto de 2012, se reformaron y adicionaron diversos ordenamientos legales, entre ellos, el CFPC, para incluir el Libro V, denominado “De las Acciones Colectivas”, en el que se precisó el alcance de la norma constitucional; se indicaron qué tipos de derechos e intereses colectivos serán objeto de tutela –los derechos de consumidores, y los derechos por afectación al medio ambiente—; los procedimientos que se seguirán; la autoridad judicial competente para conocer de ellos; qué sujetos están legitimados para iniciar los mismos; los alcances y efectos de las sentencias, y la forma de resarcir la vulneración de los derechos en disputa, entre los aspectos que más importan. En la reforma constitucional, y luego en la legal, se adoptó el término acciones colectivas para referirse a los medios para hacer efectivos los derechos difusos y colectivos.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Cfr. Tesis: XI.1o.A.T. J/10 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 34, septiembre de 2016, tomo IV, p. 2417.

<sup>39</sup> Cfr. ROSALES SÁNCHEZ, Juan José, “Introducción a las acciones colectivas”, en CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel y MURILLO GONZÁLEZ, Jaime (Coords.), *Acciones colectivas, reflexiones desde la judicatura*, Instituto de la Judicatura Federal - Escuela Judicial, México, 2013, pp. 12-13.

Incluso, en los artículos 579 y 580 del CFPC, se indicó que las acciones colectivas son procedentes para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, y para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas; y que en particular dichas acciones son procedentes para tutelar derechos e intereses difusos y colectivos, y derechos e intereses individuales de incidencia colectiva. En lo particular, la acción colectiva es procedente para tutelar:

- i. *Derechos e intereses difusos*, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad indeterminada relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes;
- ii. *Derechos e intereses colectivos*, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad determinada o determinable, y que se encuentran relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes.
- iii. *Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva*, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad determinada o determinable, y que se encuentran relacionadas por circunstancias de derecho.

Al indicar la normatividad que la *acción colectiva* tutela “derechos” e “intereses” lo que busca intencionalmente es ampliar la protección de los grupos o de la colectividad. Al respecto, es indispensable precisar que el término “interés” proviene del latín *interesse* y significa *importar*; asimismo, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua indica que el término se emplea para representar el provecho, la utilidad, la ganancia, el valor de algo, la conveniencia o el beneficio en el orden material que obtengo de “algo”; por lo tanto, el legislador trata de darle resguardo jurídico a todo aquello que para la colectividad signifique provecho, utilidad, ganancia, valor, o simplemente el beneficio en el orden material que puede adquirir de algo. En consecuencia, en virtud de esta reforma legislativa se amplifica la resonancia de lo que se preserva con la acción colectiva, abandonando la concepción clásica consistente en

que lo único que se puede y debe salvaguardar es el interés jurídico o legítimo.

Por su parte, la expresión *colectivo* proviene del latín *collectivus*, y se emplea para revelar lo perteneciente o relativo a una agrupación de individuos, o bien para aquello que tiene la virtud de recoger o reunir. Dentro de este contexto, el congresista mexicano concede abrigo a los intereses o derechos relativos a una agrupación de individuos.

La representación de intereses o derechos individuales de incidencia colectiva, aglutina tres expresiones guiadas por el término individual, que se emplea para denotar que es particular, propio y característico de alguien; seguida, de la voz de incidencia proveniente del latín *incidentia* para denotar el acontecimiento que sobreviene en el curso de un asunto o negocio y que tiene con él alguna conexión; para culminar con la locución colectiva. Por lo tanto, los diputados y senadores del Congreso de la Unión le confirieron resguardo jurídico a través de la acción colectiva a los derechos e intereses que son propios de alguien, pero que debido a un acontecimiento que sobreviene en el curso del asunto origina una conexión con una agrupación de individuos pertenecientes a un mismo género, poseedores de iguales caracteres, y que por ende forman un conjunto de elementos iguales (vocablo *homogéneo* que emana de la máxima latina *homogeneous*).

Una vez que hemos realizado este recorrido a través de las bases terminológicas, es adecuado continuar con el análisis concerniente a cómo los derechos e intereses descritos se ejercerán. Al respecto, la reforma al CFPC dispone que aquellos se desplegarán por medio de la implementación de las acciones colectivas correlativas, y que a saber se clasifican en:

- i. Acción difusa:* Es aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la

afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado.

- ii. *Acción colectiva en sentido estricto*: Es aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.
- iii. *Acción individual homogénea*: Es aquella de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.

Por último, en el artículo 17 constitucional se encuentran dos mecanismos más que son acordes a la obligación que la Convención ADH impone a sus miembros para contar con recursos eficaces: El primero es que, siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales – párrafo que fue adicionado el 15 de septiembre del 2017—; y el segundo, lo fue la incorporación de los mecanismos alternativos de solución de controversias como vía para resolver la conflictiva social.

## **VII. REFLEXIÓN FINAL**

Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales son derechos humanos, imprescindibles para satisfacer una parte importante del valor de la dignidad humana, han pasado por un largo proceso que aún no culmina, respecto a su consagración, y con relación a los mecanismos para lograr su eficacia siendo exigibles, tanto en el plano nacional, como en el internacional.

Cada uno de estos derechos tiene un alcance y un contenido perfectamente delimitable de carácter esencial, que permite señalar las obligaciones que tiene un Estado para su satisfacción. Un contenido esencial que coincide con el contenido exigible jurídicamente.

Siguiendo la tesis establecida por el Poder Judicial Nacional, podemos inferir que de artículos 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8 de la Convención ADH, deriva el derecho de acceso efectivo a la justicia, el cual comprende, en adición a determinados factores socioeconómicos, culturales y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y los mecanismos de tutela no jurisdiccional que también deben ser efectivos y estar fundamentados legalmente en el texto constitucional e internacional.

En este sentido, el acceso a la tutela jurisdiccional no puede ser entendido bajo una sola visión; es imposible pensar que la solución se puede encontrar en la normatividad y en la experiencia doméstica, ya que como se ha visto en el desarrollo del presente trabajo, es obligatorio incorporar siempre la práctica internacional en la defensa efectiva de las garantías procesales vulneradas, he ahí la importancia y trascendencia de la alineación bifocal de ambas perspectivas, ya que con ellos es posible lograr una eficaz protección de los derechos humanos de acceso a la justicia.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

- BARRENA, Guadalupe, *El Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos*, fascículo 3, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel y MURILLO GONZÁLEZ, Jaime (Coords.), *Acciones colectivas, reflexiones desde la judicatura*, Instituto de la Judicatura Federal - Escuela Judicial, México, 2013, pp. 12-13.
- CRUZ BARNEY, Óscar (Coord.), *120 años del Código de Comercio Codificación y Descodificación del Derecho mercantil mexicano*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009.
- GOZAÍNI, Osvaldo A. *El debido proceso estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2017. <https://tinyurl.com/5bcvmsw6>
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime (Dir. Científico), *Temas Selectos. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2012.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime e ISLAS COLÍN, Alfredo (Coords.), *Derechos Humanos: La Transformación de la Cultura Jurídica*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2018.
- MELÉNDEZ, Florentín, *La suspensión de los derechos fundamentales en los Estados de Excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*, Imprenta Criterio, El Salvador, 1999.
- RUIZ HERNÁNDEZ, Gilberto, *El Proceso y el Juicio Oral Mercantil. Tratado Teórico-Práctico*, Rehtikal, México, 2014.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, volumen II, Colombia, VC Editores Ltda, 2011.

## **Hemerografía**

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac, “Breves consideraciones acerca del debido proceso civil. A propósito del exiguo desarrollo y reconocimiento del debido proceso, en sus diversas variantes de debidos procesos específicos”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, no. 1, vol. 4, 2010. <https://tinyurl.com/392uc7pz>

## **Jurisprudencia de la CORTE IDH**

*Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

*Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006.

*Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

*Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil*. Sentencia de 16 de febrero de 2017.

*Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

## **CIDH**

CIDH. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. <https://tinyurl.com/y52domrr>

CIDH. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. <https://tinyurl.com/y67jhu27>

CIDH. *Informe no. 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México*. Sentencia 13 de abril de 1999.

## Jurisprudencia mexicana

- Tesis: 1a./J. 54/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 68, tomo I, julio de 2019.
- Tesis: P. LXIX/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, octubre de 1995.
- Tesis: XV.3o.9 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 75, tomo III, febrero de 2020.
- Tesis: 2a. CXCVI/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIV, octubre de 2001.
- Tesis: I.15o.A.3 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XX, diciembre de 2004.
- Tesis: IV.2o.A.51 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 3, tomo III, febrero de 2014.
- Tesis: IV.3o.A.26 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XV, tomo 2, diciembre de 2012.
- Tesis: VI.3o.A.49 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 34, tomo IV, septiembre de 2016.
- Tesis: XIX.1o. J/5 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 72, tomo III, noviembre de 2019.
- Tesis: 1a. LXXV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XVIII, tomo 1, marzo de 2013.
- Tesis: 1a. CCCXLVI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 61, tomo I, diciembre de 2018.
- Tesis: 1a. CCVI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXII, tomo 1, julio de 2013.
- Tesis: XI.1o.A.T. J/10 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 34, tomo IV, septiembre de 2016.
- Tesis: II.8o.(I Región) 2 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIII, tomo 4, octubre de 2012.
- Tesis: I.11o.C.24 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXI, enero de 2005.

# IMPACTO DEL DERECHO CONVENCIONAL INTERAMERICANO EN MÉXICO

NOÉ BUSTAMANTE ZAMORA\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Objetivos.* III. *Hipótesis.* IV. *Metodología.* V. *La obligatoriedad de los Tratados.* VI. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* VII. *Principales efectos del derecho convencional interamericano en el derecho interno de México.* VIII. *Discusión y resultados.* IX. *Conclusiones.* X. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos humanos, en los últimos años, resulta significativo en el continente americano, no como mero acto de voluntad sin efectos directos en sus destinatarios, sino como fuente de Derecho interno con eficacia jurídica en la protección y salvaguarda de aquellos en cada uno de los Estados parte de los acuerdos celebrados para esos efectos.

---

\* Profesor Investigador en la Universidad de Sonora Unidad Regional Norte, Campus Caborca. Licenciado en Derecho por la Universidad de Sonora, con maestría en Derecho Procesal Penal Oral por la Universidad La Salle Noroeste, con diplomados en Comunicación Gerencial, Derecho Tributario y en Derecho Penal, Procesal Penal y Amparo Penal; Se ha desempeñado como abogado litigante, mando policial federal, proyectista, Ministerio Público Especial del fuero común, Delegado Regional en Procuración de Justicia Estatal, Jefe de Departamento y Coordinador de Programa en la Universidad de Sonora. Contacto: noe.bustamante@unison.mx

No se pretende, con el presente estudio, hacer un análisis exhaustivo de todas las normas convencionales sustantivas y adjetivas contenidas en los acuerdos internacionales que, en materia de Derechos Humanos México ha celebrado a través de la historia y relacionarlas con el Derecho interno, sino que, únicamente precisar algunos efectos importantes y evidentes en México de las que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH).

Como cuerpo normativo convencional, el SIDH, en términos generales, ha provocado efectos positivos y progresivos en la vida jurídica de México, que en el presente estudio se abordarán y que consisten en los siguientes:

- a) Incorporación efectiva de las normas convencionales interamericanas al derecho interno mexicano, con la categoría de normas supremas.
- b) Armonización de la normatividad interna conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH).
- c) La obligación de ejercer control difuso de convencionalidad.
- d) La interpretación conforme a las normas convencionales y la observancia del principio pro persona.
- e) Reconocimiento de vinculación de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

No obstante, los efectos positivos antes enunciados y, que en términos generales se advierten progresivos, podemos mencionar aspectos normativos internos e interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) que han reducido o al menos han pretendido reducir la efectividad del Derecho Convencional Interamericano en México, siendo regresivos en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. Se trata entonces, de analizar esos efectos de la norma convencional interamericana en el Derecho mexicano, precisando con objetividad el avance o retroceso que han representado algunas determinaciones

legislativas o jurisdiccionales internas, principalmente después de la reforma constitucional en la materia del año 2011.

## **II. OBJETIVOS**

### **1. Objetivo general**

Determinar los efectos que el Derecho Convencional Interamericano ha producido en México, en materia de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, analizando con objetividad su progresividad en relación con algunas determinaciones legislativas y jurisdiccionales que conforman el Derecho interno mexicano.

### **2. Objetivos específicos**

- a. Determinar el bloque normativo interamericano en materia de Derechos Humanos, aplicable en México.
- b. Identificar en el Derecho interno mexicano las disposiciones legislativas y criterios jurisdiccionales más relevantes en materia de Derechos Humanos.
- c. Definir los principales efectos en México de las normas convencionales interamericanas.
- d. Analizar de manera objetiva los efectos del Derecho convencional interamericano, definiendo su progresividad o retroceso en el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, en base a las disposiciones legislativas y criterios jurisdiccionales más relevantes en la materia.

## **III. HIPÓTESIS**

“El Derecho Convencional Interamericano relativo a Derechos Humanos, de manera general ha impactado positiva y progresivamente al Derecho interno en México, pero existen algunas determinaciones legislativas y jurisdiccionales que

representan regresión en el reconocimiento y protección a los Derechos fundamentales.”

#### IV. METODOLOGÍA

La metodología utilizada es el análisis de contenido temático, cualitativo, explicativo y transversal, de la normatividad interna y convencional y en criterios jurisdiccionales, que permite formular inferencias o conclusiones al identificar objetivamente características específicas del tema principal y subtemas del presente trabajo, utilizando la técnica subjetiva de la interpretación del texto.

#### V. LA OBLIGATORIEDAD DE LOS TRATADOS

Los Tratados internacionales son fuente importante de Derecho interno en los Estados parte; México, ha suscrito acuerdos internacionales respecto al reconocimiento, promoción, respeto y protección de los Derechos Humanos.

La observancia obligatoria de las normas convencionales deriva también de la expresión de voluntad en los Tratados; la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, conocida como el Tratado de los Tratados, fue ratificada por México en el año 1974, obligándose con ello a sujetarse a las reglas que los regulan. El artículo 26 de la Convención de Viena establece la llamada *Pacta Sunt Servanda*, que significa la obligatoriedad de los Estados parte de un Tratado de cumplirlo de buena fe.

En el mismo sentido, el artículo 27 de la mencionada Convención dispone que “...*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...*”,<sup>1</sup> sin embargo, también hace referencia al hecho de poder alegarse como vicio de consentimiento la violación manifiesta de una norma fundamental de derecho interno en relación a la

---

<sup>1</sup> OEA. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Véase: <https://tinyurl.com/bfspx3zg>, consulta 10/08/2020.

competencia para celebrar un Tratado, lo cual provocaría su nulidad y por consecuencia lógica se eliminaría su obligatoriedad.

Respecto a lo anterior, en México se exige para la validez de un Tratado, que sea celebrado por el Presidente de la República y la aprobación del Senado, sin embargo, el Pleno de la SCJN ha sostenido que no necesariamente debe ser el Titular del Poder Ejecutivo quien suscriba un convenio internacional para que sea válido, sino que puede actuar otra persona en su representación, como podría serlo el Secretario de Estado del ramo, como ocurrió con el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre México y Francia, que fue objeto de análisis por parte de la Primera Sala del máximo órgano judicial, estableciéndose la tesis 1a. XXXIX/2007, cuyo rubro y texto es el siguiente:

*CONVENIO DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LA REPÚBLICA FRANCESA. NO VIOLA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL POR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL PRESIDENTE DE MÉXICO NO LO HAYA SUSCRITO PERSONALMENTE. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la validez de los tratados internacionales signados por México no depende de la intervención directa del Presidente de la República en todas las fases del procedimiento para su formalización, sino que puede actuar a través de su representante o del secretario de Estado que corresponda, conforme a las facultades que éste ostenta en términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, toda vez que la interpretación de la Constitución Federal en relación con los tratados no debe efectuarse limitadamente. En congruencia con dicho criterio, se concluye que el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y la*

*República Francesa, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de marzo de 1995 no viola el artículo 133 constitucional, por la circunstancia de que el Presidente de México no lo haya suscrito personalmente, pues fue firmado el 27 de enero de 1994 por plenipotenciarios debidamente autorizados (como se indica en el Decreto Promulgatorio respectivo), en el caso de México, por el Secretario de Relaciones Exteriores, siguiendo las instrucciones del propio Presidente de la República, y fue aprobado por la Cámara de Senadores en sesión de primero de junio de ese mismo año; además de que se advierte que el titular del Ejecutivo Federal otorgó su consentimiento mediante la entrega de notas diplomáticas que se efectuó en la ciudad de París los días 19 de julio de 1994 y 2 de enero de 1995, tal como se obligaron las partes en el artículo 24 de dicho Convenio.<sup>2</sup>*

La CADH, también conocida como Pacto de San José y que México ratificó hasta el año de 1981, establece en su artículo 1º que *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”*<sup>3</sup>

El compromiso anterior adquirido por México es debidamente vigilado y garantizado por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte IDH, órganos de supervisión creados por el Pacto de San José, donde se establecen normas convencionales que regulan su creación y facultades generales, que hacen posible su labor en la vigilancia del

---

<sup>2</sup> Tesis: 1ª. XXXIX/2007 (9ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, febrero de 2007, Tomo XXV, p. 636.

<sup>3</sup> OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Véase: <https://tinyurl.com/3qzk76vp>, consulta 10/08/2020.

cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados parte en la CADH.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), en su artículo 133 concede a los Tratados internacionales el carácter de Ley suprema, lo cual sin duda los reviste de observancia obligatoria en México.

## **VI. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

Con posterioridad a la segunda guerra mundial, surgió en el mundo la necesidad de contar con sistemas de protección de los Derechos Humanos; en América, la Organización de Estados Americanos (OEA) en el año de 1948 aprobó adoptar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, donde se expresaron derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de las personas, a la igualdad ante la Ley, libertad de expresión, de tránsito, religiosa, derechos a la educación, cultura, trabajo, seguridad social, de reunión, derechos civiles, de petición, de asilo, etc., y deberes ante la sociedad, ante los padres e hijos, de obediencia a la Ley, de servicio a la comunidad y nación, etc.

Del 07 al 22 de noviembre de 1969, en San José, Costa Rica se celebró la CADH, que vino a representar la base de la normatividad interamericana en materia de Derechos Humanos a partir del inicio de su vigencia en el año de 1978 y que instrumentó dos órganos de supervisión, garantes del respeto a los Derechos fundamentales, con competencia para conocer de violaciones a los mismos en los Estados parte de la Convención: La CIDH y la Corte IDH. La primera ya había sido creada anteriormente a la Convención y la segunda vino a ser un instrumento de protección efectiva de los Derechos fundamentales años después al Pacto de San José.

El bloque normativo interamericano en materia de Derechos Humanos, cuyos efectos en México se analizarán está compuesto por:

- La CADH o Pacto de San José.
- Los protocolos adicionales a la Convención.
- La Jurisprudencia de la Corte IDH.

No se omite señalar que el bloque o documentos básicos del Sistema Interamericano es mucho más extenso, pues incluye la mencionada Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención de *Belém do Pará*; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y otras más recientes como la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, etc., pero solo nos referiremos a algunas citas de normas contenidas en el Pacto de San José y al impacto de los criterios de la Corte IDH.

## **VII. PRINCIPALES EFECTOS DEL DERECHO CONVENCIONAL INTERAMERICANO EN EL DERECHO INTERNO DE MÉXICO**

### **1. Incorporación al Derecho interno**

Después de haber analizado la obligatoriedad de los acuerdos internacionales y definir las normas interamericanas que en materia de Derechos Humanos tienen aplicación en México, se establecerán los principales efectos de ese bloque convencional de normas en el Derecho doméstico, en la vida jurídica y operación del Derecho, principalmente en las actividades de interpretación y aplicación del órgano jurisdiccional.

En primer lugar, las normas convencionales interamericanas se incorporan al *corpus iuris* del Derecho mexicano y lo hacen con el carácter de normas supremas.

El artículo 1º de la CPEUM establece que “*En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos*

humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección...<sup>4</sup> por tanto, las normas convencionales que reconocen derechos fundamentales y que están incluidas en el SIDH, pasan a formar parte del Derecho mexicano, aunque algunas no estén en forma escrita en alguna disposición legislativa o administrativa interna, ya que el referido artículo 1º constitucional las reconoce como derecho sustantivo de todas las personas, por tanto, como prerrogativas que pueden hacer valer ante cualquier ente público o privado.

El numeral 133 de la CPEUM dispone lo siguiente:

*“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.*<sup>5</sup>

Además, como ya se dijo anteriormente, las normas convencionales se incorporan al Derecho mexicano en el nivel de supremas, sin embargo, han existido diversas opiniones respecto a la ubicación de los Tratados internacionales ante la CPEUM y las demás Leyes federales, que los han ubicado por debajo de la Ley fundamental e igual que las leyes federales, o por encima de éstas últimas, sin embargo, al analizar la disposición constitucional prevista en el artículo mencionado, la CPEUM se posiciona como la norma suprema por encima de las demás, incluyendo los tratados internacionales, toda vez que al dar lectura al texto constitucional

---

<sup>4</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 2020. Véase: <https://tinyurl.com/2jpo3goq>, consulta 11/08/2020.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

podemos darnos cuenta que la supremacía de los tratados está supeditada a que no estén en desacuerdo con lo dispuesto por la CPEUM, por lo que ésta disposición normativa interna frena la sinergia de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos que en el SIDH ha proliferado, toda vez que existe la posibilidad en México de acotarlos, lo que ya ha sido tratado por la SCJN al resolver sobre las restricciones constitucionales a los Derechos Humanos, en la contradicción de tesis 293/2011, cuyo texto es el siguiente:

*DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de*

*las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.<sup>6</sup>*

La SCJN en México dejó muy claro el criterio de superioridad de la CPEUM sobre cualquier norma jurídica que se pretenda hacer valer, debido a la prevalencia de las restricciones impuestas por el texto constitucional al ejercicio de los Derechos Humanos que como universo normativo lo podemos encontrar en las Leyes mexicanas y en los tratados internacionales, que forman un sistema único en México, atendiendo a la teoría monista de la convergencia de las normas internacionales de los Derechos Humanos y las nacionales.

El criterio del Pleno de la SCJN dejó un mal sabor de boca a quienes pensaban que a partir de la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos se abría una nueva era en México de reconocimiento, respeto, promoción y garantía de los derechos fundamentales de las personas, sin embargo, criterios obligatorios como la resolución 293/2011 han provocado un desencanto en algunos sectores de juristas y profesionales del derecho, considerando un retroceso a la efectividad de las normas

---

<sup>6</sup> Tesis: P./J.20/2014 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 202.

que prevén derechos fundamentales, principalmente la de los tratados como la CADH o Pacto de San José.

Probablemente se esté exagerando, pero no hay que perder de vista el principio de progresividad que debe regir a los Derechos humanos, que se advierte afectado con la disposición jurisdiccional de la SCJN al resolver la contradicción de tesis ya mencionada.

Es necesario señalar que, con posterioridad, quizás con el afán de aminorar los efectos del criterio del Pleno, la Segunda Sala de la SCJN, emitió la tesis de Jurisprudencia cuyo rubro y texto es el siguiente:

*RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES. Conforme a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior; sin embargo, nada impide que el intérprete constitucional, principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional. En efecto, no porque el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deba*

*prevalecer, su aplicación ha de realizarse de manera indiscriminada, lejos de ello, el compromiso derivado de lo resuelto en la aludida contradicción de tesis privilegia un ejercicio hermenéutico que lleve al operador jurídico competente a que, sin vaciar de contenido la disposición restrictiva, ésta sea leída de la forma más favorable posible, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados.*<sup>7</sup>

Lo anterior abrió la posibilidad de prevalencia de la norma convencional a pesar de las restricciones, ya que el órgano jurisdiccional puede interpretar de manera sistemática la norma constitucional y decidir lo más favorable. Podemos entonces comprender la fuerza del efecto producido por el Derecho convencional en el Derecho interno que, a pesar del criterio del Pleno de la SCJN, se trató de encauzar de nueva cuenta por el camino positivo y progresivo de la sinergia americana en el reconocimiento y protección efectiva de los Derechos humanos.

## **2. Armonización del Derecho interno conforme al Derecho Convencional Interamericano**

Otro efecto de la norma convencional es la de provocar la armonización de la normatividad interna de México al contenido y principios de la CADH, que en su artículo 2º establece que “*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*”.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Tesis: 2ª./J.163/2017 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 49, diciembre de 2017, Tomo I, p. 487.

<sup>8</sup> OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, op. cit.

México hizo el compromiso internacional de hacer efectivos los Derechos humanos, mediante la adopción de cualquier medida necesaria en el caso que no estuviera garantizado el ejercicio de éstos, lo cual se traduce principalmente en la obligación de legislar armonizando las Leyes y demás disposiciones normativas internas con las convencionales.

La CPEUM contenía originalmente derechos fundamentales en favor de las personas, las cuales denominaba garantías individuales, reconociéndose al paso del tiempo otros en el texto constitucional; ocurrieron reformas importantes que, sin ser expresamente en materia de derechos humanos, elevaron a rango constitucional diversas prerrogativas en favor de las personas, como la reforma constitucional en materia de justicia penal ocurrida en junio de 2008 y que vino a implementar un sistema acusatorio y oral en México derivado de los compromisos internacionales contraídos a través de los Tratados; pero en materia de derechos humanos las reformas de junio de 2011 vinieron a impulsar de manera significativa el reconocimiento y protección de los Derechos fundamentales, consolidándose así la armonización de la máxima norma mexicana y las respectivas reglamentarias con aquellas derivadas de los acuerdos interamericanos, principalmente la CADH en su artículo segundo.

### **3. El control difuso de convencionalidad**

Un tercer efecto del Derecho convencional interamericano lo es la obligación de ejercer control difuso de convencionalidad. El bloque de convencionalidad interamericano en materia de derechos humanos, para el control difuso de convencionalidad, está integrado por:

- La CADH o Pacto de san José.
- Los protocolos adicionales a la Convención y,
- La Jurisprudencia de la Corte IDH.
- Las demás Convenciones y disposiciones en materia de Derechos Humanos.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor se refiere al control difuso de convencionalidad de la siguiente manera:

*“El ‘control difuso de convencionalidad’ constituye un nuevo paradigma que deben de ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera ‘última’ y ‘definitiva’ el Pacto de San José”.*<sup>9</sup>

El control de convencionalidad lo ejerce la Corte IDH al resolver los casos bajo su jurisdicción, sin embargo, ese control se vuelve difuso al momento en que se hace extensivo a órganos públicos internos de los Estados parte de la CADH.

El control difuso de convencionalidad implica la inaplicación de una norma jurídica interna por considerarla contraria a las normas convencionales o a la Jurisprudencia de la Corte IDH.

En México, al relacionar los artículos 1º y 133 de la CPEUM, se puede advertir la obligación de preferencia del universo de Derechos Humanos contenidos en la misma y en los Tratados internacionales, sobre cualquier norma interna contraria a éstos derechos, estando obligados los órganos jurisdiccionales a no aplicarla al caso concreto sin mayor determinación, ya que expulsarla del orden jurídico corresponde a otro mecanismo previsto en la Ley y que corresponde a un control concentrado de convencionalidad o constitucionalidad. Existe polémica en relación a la extensión de la

---

<sup>9</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios constitucionales*, no. 2, vol. 9, 2011, pp. 531-532.

obligación de inaplicación de normas internas contrarias a los Derechos Humanos a toda autoridad pública y no solamente a quien cumple una función jurisdiccional, lo cual es un tema que puede ser objeto de otro estudio.

La SCJN se ha pronunciado en relación al control difuso de convencionalidad con la expresión de diversos criterios, siendo explícito el expresado por el Pleno al resolver el expediente Varios 912/2010 de la siguiente manera:

*CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están*

*obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como si sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.<sup>10</sup>*

Parafraseando lo que algunos Tribunales colegiados han sostenido, respecto a la forma de ejercerse el control difuso de convencionalidad, se señala que se debe:

- a) Analizar la compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que deben aplicarse a un caso concreto y los derechos humanos previstos en los tratados internacionales.
- b) Para determinar la compatibilidad anterior se debe orientar la autoridad por los criterios de la Corte IDH.

Es claro entonces, el efecto que ha producido el Derecho convencional interamericano de los Derechos Humanos en México, en relación a la aplicación a los casos concretos, pues tienen preferencia las normas sustantivas que prevén derechos fundamentales sobre aquellas que las contradigan, haciéndose efectiva por la obligación de ejercer el control difuso de convencionalidad.

---

<sup>10</sup> Tesis: P.LXVII/2011 (9ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, diciembre de 2011, Tomo I, p. 535.

#### 4. La interpretación conforme y el principio pro persona

La obligatoriedad de desentrañar el sentido de las normas jurídicas relativas a Derechos humanos en México de conformidad con el Derecho convencional en la materia y favoreciendo siempre a la persona, está previsto en el artículo 1º de la CPEUM, en su segundo párrafo que fue adicionado como consecuencia de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, que a la letra dice: “*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*”.<sup>11</sup>

Elevar a rango constitucional la obligación de interpretar conforme a los Tratados internacionales y la observancia en esa actividad del principio pro persona o *pro homine*, significa un efecto importante en la vida jurídica de México en el ejercicio del Derecho, que se deriva de esa sinergia positiva que se ha generado por el derecho convencional interamericano en materia de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos.

Al analizar los criterios jurisdiccionales respecto a lo anterior, podemos identificar o percibir sutilmente, una tendencia del máximo órgano judicial en México de frenar esos efectos protectores de los Derechos humanos, como lo advertimos de la tesis de jurisprudencia emitida por la Segunda Sala:

*PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL.*

---

<sup>11</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *Constitución Política...* *op. cit.*

*Si bien la reforma al artículo 1o. de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional -principio pro persona o pro homine-, ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de ejercer sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica analizada, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que, al ejercer tal función jurisdiccional, dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, o las restricciones que prevé la norma fundamental, ya que de hacerlo, se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.<sup>12</sup>*

Sin duda alguna, el texto constitucional concede al Derecho convencional una importante posición en el momento de interpretar las normas del orden jurídico mexicano, sin embargo, los criterios jurisdiccionales han pretendido mermar ese privilegio otorgado por la norma fundamental, aunque de manera muy sutil y, en otras de manera evidente cuando se hace referencia a las restricciones constitucionales al ejercicio de los Derechos humanos.

---

<sup>12</sup> Tesis: 2ª./J.56/2014 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 6, mayo de 2014, Tomo II, p. 772.

## 5. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su vinculación

La Corte IDH, como órgano jurisdiccional en el SIDH y garante de la observancia de la CADH y sus protocolos adicionales, en su función de interpretación y aplicación del Derecho convencional interamericano a los diversos casos que le son planteados, define criterios vinculantes a aquellos Estados parte de la CADH que han aceptado su competencia.

México, mediante declaración unilateral de voluntad publicada en el Diario Oficial de la Federación, de 24 de febrero de 1999, aceptó la competencia de la Corte IDH. En principio, la SCJN a través de la Primera Sala en el año de 2012 emitió criterio respecto a la vinculación de la Jurisprudencia de la Corte IDH en el país, limitándola solo a aquellas derivadas de los casos en los cuales México haya sido parte en el juicio seguido ante el órgano internacional de justicia, lo cual podíamos traducirlo como una negativa o freno a ese efecto positivo de la sinergia interamericana en materia de protección a los Derechos humanos, sin embargo, posteriormente en el año 2014 el Pleno de nuestro máximo órgano judicial emitió al respecto la Jurisprudencia siguiente:

*JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del*

*propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.<sup>13</sup>*

Al resolver la SCJN que, ante cualquier caso que haya conocido la Corte IDH, se vincula a los jueces nacionales a observar los criterios de ésta y, en los casos que el Estado mexicano no haya sido parte, existe la obligación lógica por supuesto, de verificar la correspondencia de las razones del caso doméstico y las del caso conocido por la Corte IDH.

Las decisiones de la Corte IDH, deben cumplirse cuando el Estado parte es sujeto del proceso, ya que el artículo 68 punto 1 de la CADH hace referencia a ese compromiso que los integrantes de la misma adquieren al adherirse o ratificarla. Existe un procedimiento de supervisión para asegurar el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH que involucra a la CIDH, a las víctimas, al Estado obligado, a la misma OEA y a la propia Corte IDH. En México, ha sido un éxito en materia de justicia de los Derechos Humanos el reconocimiento de la obligatoriedad de la Jurisprudencia de la Corte IDH, aun cuando no se haya sido parte del juicio, lo cual abona considerablemente a la afirmación de que

---

<sup>13</sup> Tesis: P./J.21/2014 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 204.

en México, el Derecho convencional interamericano de los Derechos Humanos, que incluye dicha Jurisprudencia, ha impactado positivamente de manera progresiva en el orden jurídico mexicano, en la operación del Derecho como instrumento legítimo para enfrentar las injusticias.

## VIII. DISCUSIÓN Y RESULTADOS

Al analizar el tema principal, que resulta ser el impacto del Derecho Convencional Interamericano en México, para llegar a las inferencias que como conclusiones se abordarán enseguida, y como resultado del análisis anterior de los diversos subtemas relacionados con el principal, como los tratados, el bloque de convencionalidad en materia de Derechos Humanos, la supremacía de las normas jurídicas en México, las restricciones constitucionales, la interpretación conforme, el principio pro persona, la Jurisprudencia de la Corte IDH, etc., se puede confirmar la hipótesis planteada al inicio, conforme a las siguientes planteamientos, que a manera de conclusiones se señalan.

## IX. CONCLUSIONES

Por todo lo anterior, se puede afirmar lo siguiente:

- a) Son claros los efectos positivos que el Derecho convencional interamericano en materia de Derechos Humanos ha provocado en México y que consisten principalmente en los siguientes:
  - i. Incorporación de las normas convencionales interamericanas en materia de Derechos Humanos al *corpus iuris* del Derecho mexicano y con categoría de norma suprema, como un sistema jurídico único.
  - ii. Las normas jurídicas internas mexicanas deben armonizarse con las convencionales en materia de Derechos humanos y, en caso de contrariedad de las

- ordinarias, deben inaplicarse a los casos concretos, en ejercicio del control difuso de convencionalidad.
- iii. El universo de normas relativas a Derechos humanos, deben interpretarse conforme a la CADH y los criterios de la Corte IDH, cuando resulte más favorable a la persona.
- b) En México, los efectos del Derecho convencional interamericano, en relación al reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, ha sido progresivo, sin embargo, disposiciones legislativas como la contenida en el artículo 133 de la CPEUM y de carácter jurisdiccional como la contradicción de tesis 293/2011, relativas a la exigencia de no contradicción de los Tratados a la CPEUM y la prevalencia de las restricciones constitucionales al ejercicio de los Derechos humanos, respectivamente, significan un retroceso o al menos un freno a la progresividad de los efectos positivos mencionados.
- c) Se confirma la hipótesis planteada al inicio del presente trabajo: *“El Derecho Convencional Interamericano relativo a Derechos Humanos, de manera general ha impactado positiva y progresivamente al Derecho interno en México, pero existen algunas determinaciones legislativas y jurisdiccionales que representan regresión en el reconocimiento y protección a los Derechos fundamentales.”*

## **X. BIBLIOGRAFÍA**

### **Hemerografía**

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios constitucionales*, no. 2, vol. 9, 2011, pp. 531-622.

## Legisgrafía web

- CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 2020. <https://tinyurl.com/2jpo3goq>
- OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. <https://tinyurl.com/3qzk76vp>
- OEA. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Véase: <https://tinyurl.com/bfspx3zg>

## Jurisprudencia mexicana

- Tesis: 1ª. XXXIX/2007 (9ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XXV, febrero de 2007.
- Tesis: 2ª./J.163/2017 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 49, Tomo I, diciembre de 2017.
- Tesis: P.LXVII/2011 (9ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, Tomo I, diciembre de 2011.
- Tesis: 2ª./J.56/2014 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 6, Tomo II, mayo de 2014.
- Tesis: P./J.20/2014 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, Tomo I, abril de 2014.
- Tesis: P./J.21/2014 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, Tomo I, abril de 2014.

# LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO Y LA LITIGACION VIRTUAL

HUGO ROBERTO MUÑOZ BASÁEZ\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Planteamiento de la hipótesis.* III. *Breve remisión a los principios del debido proceso en general.* IV. *Cuestiones preliminares de una teoría unitaria del derecho procesal.* V. *El modelo adoptado en Chile.* VI. *Conclusiones finales.* VII. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

El texto propone una reflexión crítica a la manera de como se ha enfocado la litigación virtual en contraposición al respeto de las reglas del debido proceso legal. A partir del modelo implementado en el Poder Judicial de Chile, se han contrastado los principios del debido proceso consagrados en el Pacto de San José. El autor fiel discípulo del Garantismo Procesal, a partir de sus fundamentos ensaya una propuesta de teoría unitaria del derecho procesal de manera sintética y culmina con una crítica académica a la litigación virtual. Se propone trazar un camino de modernización con

---

\* Magister en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Profesor Asociado de la Universidad Central de Chile; Profesor Asociado de la Universidad Santo Tomas de Chile. Profesor Asistente Derecho Procesal en la Universidad Bernardo O'Higgins. Docente de pos grado en la Universidad Nacional de Rosario Argentina y Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina. Contacto: [hmunoz@jycabogados.cl](mailto:hmunoz@jycabogados.cl)

prudencia hasta que cesen los efectos de la pandemia sanitaria del COVID 19 del siglo XXI.

## **II. PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS**

En tiempos de la pandemia, se hizo muy importante cuidar la salud, cuidarnos y no contagiarnos. Ello afectó también el entorno de los actos del procedimiento y de ello es que se adoptaron, tan pronto apareció la gravedad del fenómeno, medidas que hicieron fuerte restricción a las garantías fundamentales de las personas.

La libre circulación por los espacios comunes de la sociedad fue una de esas más fuertes restricciones y ello afectó directamente la libertad, el acceso al trabajo y por cierto la economía de todos, de las personas, de las comunidades, de los países y de las regiones.

De ello es que surge hoy plantearse la siguiente interrogante: ¿Qué es más importante, la meta o el método? Si la necesidad de cuidar la salud y la vida de las personas es más importante y para ello no importa la forma en que lo hagamos.

Para el Sistema Internacional de los Derechos Humanos y en nuestro continente con la actividad vital de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual mantiene una política consistente y coherente acerca de la protección de las garantías de las personas y hoy, en pandemia quizás sea aún más delicado e importante una dedicación más explícita y específica, toda vez que en aras de avanzar en protección de derechos, nos nubla la imposibilidad de reunirnos de forma física, los estados alteran y limitan libertades de movilidad por amparar y dimensionar de forma superior la salud particular y colectiva de los individuos y de las comunidades.

Por ello resulta atingente recordar cosas básicas, derechos inalienables, garantías explícitas y luego hacer algunas alarmas referidas a algún tópico específico que nos preocupe en esta vorágine de hechos y situaciones que han trastocado nuestra vida en pocos meses.

La primera reflexión sea entonces para el marco, para la caja contenedora de los derechos y de la actividad de los individuos y del estado. Nos referimos al derecho al debido proceso y pareciera ser que con aquel mega concepto lo que se busca es legitimar la legalidad y también la correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso.

Por lo anterior, resulta coherente citar un conocido académico de la Universidad de Buenos Aires que a propósito del debido proceso lo define como “aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto”.<sup>1</sup>

Concuero con tan acertado concepto, entendiendo además que la actividad jurisdiccional tiene límites y también contenidos y finalidades.

Ello nos debe centrar en lo relevante. ¿A qué está llamado el sistema de protección de los derechos humanos? y luego, marcando lo sobresaliente y aplicable el aparato de protección de aquel sistema.

Por tanto, con fervor abrazamos esta afirmación y entendemos el Debido Proceso Legal como “el derecho de toda persona 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 penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”, tal y como lo dispone el artículo 8 del Pacto de San José.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> ARAZI, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1995, p. 111.

<sup>2</sup> No se piense que el concepto es propio; corresponde a la transcripción de las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Nadie que hable del debido proceso, debe dejar de tener en mente, recordar y centrar su análisis en este concepto básico de interacción. Y luego de la dimensión conceptual, recordar los principios que lo informan y que deben ser los límites y contrapesos a la actividad de los estados miembros del sistema internacional.

Nos parece que en la actividad del juez esta la base del estado de derecho y por ello la importancia de su quehacer siempre informado de los principios del debido proceso. Por ello es que “no es mera casualidad de la mayor parte de las denuncias sometidas ante instancias internacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Civiles y Políticos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refieran a violación de garantías judiciales”.<sup>3</sup>

### **III. BREVE REMISIÓN A LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO EN GENERAL**

En honor a la finalidad del trabajo, solo citaremos algunos principios desarrollados en el Pacto de San José señalando sus principales lineamientos.

#### **1. El derecho general a la Justicia**

Todo ordenamiento jurídico procesal que se precie de tal, tiene en su pilar y base fundamental la presencia del valor de la justicia y con él, el derecho fundamental a la justicia, entendida ésta como la existencia y disponibilidad de un sistema de administración del sistema estatal jurisdiccional, vale decir, hablamos de un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

---

<sup>3</sup> Cfr. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Sistema Intramericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, 3º edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2004.

En aquel procedimiento se aspira a declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicándolo de manera imparcial al caso concreto; Ello nos parece debe comprender, a su vez, la existencia de un conjunto de órganos judiciales independientes especializados en ese ejercicio, la disponibilidad de ese aparato para resolver los conflictos de relevancia jurídica que se originan en el orden temporal.

Por lo anterior, nos aparece que el debido proceso tiene una dimensión pragmática (un instrumento de pacificación) y no obstante ello, deja de ser menos vinculante jurídicamente. Se exigen la existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizar ese derecho fundamental a la justicia, que no es, más que una consecuencia del monopolio del poder asumido por el Estado y la más importante manifestación del derecho de petición.

El Proceso Judicial, por lo tanto, pasa a comportarse como instrumento al servicio de la persona humana, a través del cual los conflictos de relevancia jurídica pueden ser resueltos de manera pacífica. Lo relevante nos parece que es nunca olvidar donde está el centro. Nunca en la persona del juez, menos en la actividad de la búsqueda de tal o cual valor, sino recordar que, como actividad del estado, debe estar y tener como centro a la persona humana.

Este preponderante derecho humano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo consagra en el artículo 25 conforme al cual:

- 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.<sup>4</sup>

Este derecho de petición es de vital importancia en el sistema democrático pues acerca a la autoridad y a la comunidad, al constituirse en un instrumento fundamental para canalizar la defensa en cualquier tipo de proceso, planteando ante la autoridad judicial competente las gestiones o recursos pertinentes.

Además, es un derecho que debe interpretarse en forma amplia, no sólo en el contexto de la posibilidad de plantear recursos ante el órgano jurisdiccional ante el cual se tramita el proceso, sino ante toda oficina judicial en la cual se pueda interponer un recurso (por ejemplo, los Tribunales o Salas Constitucionales para el ejercicio de los recursos de *hábeas corpus* y de amparo, o de *habeas data*, en aquellos países donde ello esté permitido).

Este derecho general a la justicia, así concebido, tiene también otras consecuencias que nos parecen que son aún más inmediatamente exigibles, las cuales afectan el llamado “sistema de administración de la justicia” en sus mismos cimientos, o el también denominado derecho de acceso a la justicia para todas las personas. Respecto de la 1º cuestión, (administración de justicia), hay una premisa básica -que aún por desgracia está muy alejada de la realidad de nuestra América, e incluso más aún en los ordenamientos jurídicamente reconocidos como más avanzados- como es la total independencia, incluso económica, del sistema judicial. Debiéramos referir, a la total y real dependencia de los poderes judiciales siempre subordinados a la autoridad política en

---

<sup>4</sup> OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Véase: <https://tinyurl.com/4pckfs4>, consulta 04/04/2020.

lo económico y financiero y en algunos países también en cuanto a su integración y conformación de cuadros de Jueces y Magistrados.

De ello es que la actividad judicial es exclusiva y universal: exclusiva, en cuanto sólo puede ser ejercida por tribunales u órganos dependientes del Poder Judicial, y universal, en cuanto no puede haber materias ni actos inmunes o no justiciables, ni aún los denominados actos de gobierno, los cuales, si bien no son anulables judicialmente en algunos estados, están o debieran estar siempre sujetos al control judicial, aunque sólo sea limitadamente para constatar su legitimidad e imponer la correspondiente eventual indemnización.<sup>5</sup>

Respecto a la 2º cuestión, acceso a la justicia, la problemática se desarrolla en cómo asegurar a todos los justiciables un servicio eficiente, que se reciban sus peticiones de solución a conflictos de relevancia jurídica y además que, si ese ciudadano no dispone de recursos para contar con una asesoría aletrada profesional, exista una institución que sea financiada por el estado que le otorgue aquel servicio y que sea además profesional y de calidad.

## **2. El principio general de igualdad**

Esta aspiración histórica de tratamiento igualitario, cuyo origen podemos reconocerlo ya explícitamente desde la Carta Magna, esta preceptuado junto con su contrapartida de no discriminación, en el artículo 24 en relación con el 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en la mayoría de los pactos y tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

Esta garantía tiene la notable característica de que su dualidad determina que la igualdad, además de tener un criterio de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, es en sí

---

<sup>5</sup> Por supuesto que reconocemos que, en algunos ordenamientos nacionales, hay actividad jurisdiccional en órganos que no dependen del Poder Judicial de cada estado, pero el postulado es que todo órgano cualquiera que fuera su orgánica y dependencia tenga control jurisdiccional de aquella actividad.

misma un derecho fundamental, por lo que también se viola éste cuando se discrimina respecto de derechos no fundamentales.

Este principio y derecho, aplicado como igualdad procesal, no parece permitir ninguna posible distinción, aun cuando, como precepto de aplicación general, sean permitidas ciertas distinciones para sectores de la población que por determinadas circunstancias se encuentran en situación de discriminación (conforme a la máxima “igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales”). Se cita en este aspecto toda la legislación sobre pueblos originarios de nuestra América, algunas legislaciones particulares sobre los denominados grupos de interés o grupos de influencia y hoy en pleno siglo XXI nos aparece la cuestión de género o las opciones sexuales y todas sus aplicaciones y especificidades.

No debe escapar al lector el hecho que si se generan estas situaciones especiales en la legislación debe haber un correlato en la implementación de las políticas de los estados y, por lo tanto, ante la falta de ejecución de tal o cual programa o política, el sistema internacional de los derechos humanos debe saber responder a los reclamos de aquellos grupos que claman por el cumplimiento de los acuerdos adoptados y luego incumplidos.

### **3. Justicia pronta y oportuna**

Desde hace mucho tiempo sabemos que la justicia que tarda, no es justicia y tampoco otorga paz social. Por ello resulta primordial que la actividad jurisdiccional que busca determinar la justicia del caso concreto, se administre en forma oportuna y rápida.

Esta afirmación tiene que ver, por una parte, con el “derecho a una sentencia justa”, y por otra, con el desarrollo de una idea que señala que la duración excesiva y no justificada de los procesos penales y de cualquier proceso en general, constituye una grave violación del derecho a una justicia pronta, de conformidad con los artículos 8 y 7.4, 7.5 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Aparece oportuno señalar que ni la jurisprudencia de la Corte Interamericana ni de la Corte Europea de Derechos Humanos han llegado a establecer una duración determinada o absoluta en función de las normas que reglamentan este debido proceso.

No lo podrían hacer pues si se fijan parámetros objetivos fijos, como por ejemplo, tantos días de tramitación judicial, nos podríamos encontrar con el contrasentido que a veces requiere la propia y normal fase de investigación penal o la misma etapa de discusión de los procedimientos declarativos, de más amplio espacio, más días de estudio y análisis y negárselos a las partes con la única argumentación de cumplir con un estándar objetivo de extensión en el tiempo, se podría terminar, limitar y hasta conculcar el derecho a la defensa en juicio.

Lo que si se ha podido determinar es que, del análisis de las circunstancias propias de cada caso en cuestión, se ha podido llegar a establecer si ha habido o no violación de dicho principio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de analizar el principio del plazo razonable, el cual se deduce de los artículos 7.5 y 8.120 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por la opinión ya asentada en el Tribunal Interamericano, se deben tomar en cuenta los siguientes tres elementos para poder determinar cuáles serían motivos que permitan el señalamiento del plazo en el cual se desarrolla un determinado proceso:<sup>6</sup>

- a) La complejidad del caso,
- b) La actividad procesal del interesado y,
- c) La conducta de las autoridades judiciales.

La complejidad del caso dependerá entre otras cuestiones del número de imputados dentro de una misma causa, la cantidad de

---

<sup>6</sup> Esta problemática se enfocó desde el proceso penal, pero como bien a señalado la propia Corte, las condiciones y requisitos del debido proceso, deben ser aplicadas a toda clase de procedimientos no solo los del ámbito del derecho penal.

delitos que se investigan, la extensión material del expediente y el quehacer probatorio de los intervinientes.

Si esas circunstancias estuvieran presentes, sería evidente que el proceso se prolongara un tiempo más que los procesos normales.

En cuanto al segundo elemento (actividad procesal del interesado), es evidente que el procesado tiene el derecho de utilizar todos los recursos que la misma ley dispone a su favor para el ejercicio de su defensa y en resguardo del debido proceso legal.

No obstante, un ejercicio abusivo y de mala fe de dichos recursos, o la interposición de recursos inexistentes que evidencie una clara intención de dilatar el proceso y obtener ciertos beneficios indirectos como, por ejemplo, la prescripción de la causa, conducen a que el retardo no sea justificado porque el mismo sería atribuible a su conducta dolosa (a lo que se puede aplicar la máxima “no se puede obtener beneficio de su propio dolo”).

Todos esos deberes se imponen a las partes en general y tienen que ver con los principios éticos de acatamiento obligatorio para todo profesional en Derecho y su inobservancia podría acarrear la aplicación de un régimen disciplinario en su contra por parte de la autoridad jurisdiccional correspondiente. Debe quedar claro que, si bien los tribunales pueden ejercer los controles dichos y velar por la regularidad del proceso, en modo alguno ello puede prestarse para restringir el derecho de defensa o limitar las facultades de las partes. Esto conlleva la dificultad de determinar objetivamente el abuso del derecho por parte del imputado en el ejercicio de su derecho de defensa, por lo que tal régimen disciplinario, así como las consecuencias en el retardo por esas causas, debe aplicarse en forma excepcional y sólo para casos graves en los que sea evidente que la actuación de la defensa se dirige a obstaculizar o a atrasar maliciosamente el curso normal del proceso.

Finalmente, el tercer elemento (conducta de las autoridades judiciales), tiene que ver con que el retardo sea producto de la lenta tramitación del proceso en forma dolosa o negligente por parte del juzgador (vg. el no impulsar de oficio el proceso, lentitud en la

evacuación de prueba ofrecida por las partes, no dictar sentencia en un plazo razonable cuando los autos se encuentran listos para dicho dictado, etc.). Así, por ejemplo, en el caso *Genie Lacayo*, dictada con fecha 29 de enero de 1997, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua interpuesto por la parte acusadora no había sido resuelto, no obstante, las diversas solicitudes de las partes. Se determinó que “incluso considerando la complejidad del asunto, así como las excusas, impedimentos y sustitución de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el plazo de más de dos años que había transcurrido desde la admisión del citado recurso de casación no era razonable y por consiguiente violatorio del artículo 8.1 de la Convención Americana”.<sup>7</sup>

#### **4. El derecho a la legalidad**

Aunque el principio de legalidad y el correspondiente derecho de todas las personas a la legalidad parecieran referirse más a problemas de fondo sustantivos que cuestiones puramente procesales o más bien procedimentales, sin embargo, tienen consecuencias y repercusiones muy importantes en el debido proceso, aun en su sentido estrictamente procesal. En términos generales, el principio de legalidad en un Estado de Derecho ancla una forma especial de vinculación o relación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico a partir de una básica definición. Toda autoridad o funcionario o institución pública puede actuar solamente en la medida en que se encuentre debida y legalmente facultada para hacerlo por el mismo ordenamiento y de manera previa.

Ciertamente que esta legalidad genera límites, restricciones y también atribuciones y obligaciones, de manera tal que en lo referido a la actividad jurisdiccional este ámbito marca y señala estándares y marcos de referencia que deben ser respetados por los

---

<sup>7</sup> RODRIGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, *El Debido Proceso Legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, p. 1303. Véase: <https://tinyurl.com/yst3pzhx>, consulta 02/04/2020.

sujetos activos de la actividad pública. Obrar de otra forma arrastra a una necesaria ilegalidad en el actuar y conlleva la nulidad de aquellas actuaciones y además las responsabilidades en todas las esferas de aquel funcionario.

## **5. El debido proceso, también reseñado como derecho a la defensa**

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desarrolla extensamente el derecho general a la defensa, tanto en lo penal como en toda materia sancionadora no importando su contenido y naturaleza jurídica o que pueda tener como consecuencia en llegar a la supresión o restricción de derechos subjetivos de las personas.

El párrafo 1º del referido artículo 8 desarrolla dicho derecho para todo tipo de procesos y los incisos 2º a 5º específicamente para el proceso penal.

El derecho general de defensa implica otros derechos y garantías, particularmente el de igualdad o equidad procesal (también llamado “igualdad de armas”) y el de audiencia previa.

En materia penal son contemplados también los principios de imputación e intimación, así como el derecho a la motivación o fundamentación debida de toda resolución procesal. Nos parece que estas dos garantías hacen la gran diferencia entre procedimientos judiciales de única instancia y los que, refrendando el Pacto, consagran la doble instancia real, tan necesaria para aminorar las injusticias derivadas de procedimientos equivocados y para evitar la consumación en el tiempo de resoluciones erradas.

El debido proceso como garantía constitucional, generalmente está regulado en términos muy generales. Por ello, debe nutrirse de ciertos requisitos mínimos para no transformarse en un concepto vacío de contenido o en un “buquetanque” meramente formalista. Por ello es que los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de establecer dicho enunciado general, se han preocupado

vivamente en suministrar requisitos básicos mínimos que deben estar presentes dentro del concepto de debido proceso y en los procedimientos judiciales cualquiera que sea su contenido.

No es el objeto primordial de este trabajo, pero debemos puntualizar sin embargo que éste debido proceso en general, tiene o debe tener como columnas troncales los principios de audiencia previa y la igualdad de todas las partes procesales para ejercer su derecho de defensa en idénticas condiciones, es decir, mediante el otorgamiento de iguales oportunidades para presentar y analizar pruebas, interponer recursos y presentar observaciones dentro de plazos iguales para todos.

La audiencia previa es vital en todo tipo de proceso, pues ello permite a toda persona que es objeto o demandado o imputado o querellado a que tenga la oportunidad de defenderse de los cargos que se le formulan, de forma independiente de la naturaleza de cuales sean aquellos cargos y antes de que se emita una resolución final.

La omisión de alguna de estas garantías generalmente debe traer aparejada una nulidad de lo obrado, dependiendo de la gravedad de la omisión. Un precedente o antecedente que siempre es citado y por tanto importante en esta materia es el denominado caso “Ruiz Mateos contra España”(sentencia de 23 de junio de 1993), en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró la violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por estimar que precisamente se violó el justo procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad por violación de los principios de igualdad procesal y de contradicción, ya que en el procedimiento seguido ante el Tribunal Constitucional Español, no se concedió el trámite de audiencia al demandante del litigio civil que sí se le había concedido al Abogado del Estado. Hubo allí una evidente vulneración de la “igualdad de armas”, motivo más que suficiente para que se hubiera declarado la nulidad de aquel procedimiento y sin embargo al no haberse así procedido en España, Ruiz Mateo acciono contra el estado español y el Tribunal europeo acogió aquella reclamación.

Así las cosas, nos parece evidente que los contenidos esenciales del debido proceso deben ser analizados a partir de sus principios, que se presentan siempre como unitarios.

#### **IV. CUESTIONES PRELIMINARES DE UNA TEORÍA UNITARIA DEL DERECHO PROCESAL**

Creo firmemente que se puede afirmar como algo posible terminar con esa división teórica imperante en la actualidad, siendo totalmente factible consagrar, en forma definitiva, una teoría unitaria del derecho procesal.

Me parece relevante definir áreas y ámbitos y así poder todos juntos construir un solo marco normativo y de allí en más, hablando el mismo lenguaje jurídico, avanzar en lo relevante, esto es, la construcción de sistemas jurisdiccionales donde se respeten de forma fidedigna y real las garantías y derechos fundamentales de todos los ciudadanos y donde el Estado realmente esté al servicio de las personas y no al servicio de una determinada ideología.

Desde Argentina, en las aulas de la Universidad Nacional de Rosario el Maestro Adolfo Alvarado Velloso enseña que el nacimiento del proceso judicial se vincula histórica y lógicamente con el nacimiento de las sociedades civilizadas, ante la necesidad de organizar un método pacífico de debate que ponga fin a los conflictos intersubjetivos de intereses que surgen de la propia convivencia. La razón de ser de dicho instrumento (se refiere al proceso); no sería otro que la erradicación, dentro de una sociedad dada, de toda fuerza ilegítima con el concreto objetivo de mantener la paz social.<sup>8</sup>

Ese conflicto intersubjetivo de intereses que se judicializa y se llama luego proceso judicial tiene como origen la superposición de una pretensión seguido de una resistencia en el plano de la realidad social, de forma tal que la sociedad idea primero y recurre después

---

<sup>8</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe Argentina, 2004, Tomo I, pp. 19 y siguientes.

al proceso como un método pacífico que permita la solución armoniosa de aquel conflicto.

Por lo tanto, desde ese enfoque tenemos que el proceso cumple entonces una doble función: una pública y otra privada. Será privada, como aquel instrumento que tiene todo individuo que se encuentra en conflicto con otro, para pedir a un juez, como funcionario estatal y en representación de la comunidad toda la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos.

Será pública, como garantía que otorga el Estado a todos sus habitantes de prestar esa tutela, en contrapartida a la prohibición legal, constitucional y hoy ya de derecho internacional, impuesta y aceptada, respecto del uso de la fuerza privada.

Pero entiéndase bien. No todo tipo de conflictos intersubjetivos de intereses interesan al derecho ni todos estos originan un proceso. Para que sean objeto de interés es necesario que tengan un contenido estrictamente jurídico, lo que se dará cuando en el plano de la realidad social, ya sea por desconocimiento o por violación, no se cumpla una norma jurídica que ordene una conducta.

Por ello, para dar origen a un proceso judicial será necesaria una actividad de afirmación (que se materializa en una demanda) en el plano estrictamente jurídico procesal (que es el del proceso) de la existencia de ese conflicto en el plano de la realidad social. Se trata ciertamente de dos planos totalmente distintos. Uno es el de la realidad social, en donde se origina el conflicto, y el otro es el estrictamente jurídico, donde se origina el proceso, pudiendo ocurrir que entre ambos haya o no plena coincidencia.

Por lo tanto, es perfectamente factible el dar inicio a un proceso por quien sabe que no tiene razón (porque el conflicto no existe en el plano de la realidad social) o quien cree que la tiene aun cuando no es así (porque cree equivocadamente que el conflicto existe a pesar de que nunca se formalizó en el plano de la realidad social).

El Proceso, como sistema es el método pacífico de debate dialéctico que tiene las siguientes características:

- a) se desarrolla entre dos personas que actúan en contradicción y en un pie de perfecta igualdad frente a un tercero que ostenta el carácter de autoridad imparcial; y
- b) posee una estructura lógica compuesta de una serie de actos que necesariamente se deben cumplir en estricto orden:
  - 1) una fase de afirmación (por parte del pretendiente también llamado actor);
  - 2) otra de negación (por parte del resistente, conocido como demandado);
  - 3) una de confirmación (de las afirmaciones realizadas por ambos); y, por último,
  - 4) una de alegación (de evaluación del material aportado).<sup>9</sup>

Toda esta serie procesal está dirigida al dictado de una sentencia, esto es, el acto jurídico del tribunal que resuelve de forma heterocompositiva el litigio.

La sentencia, para el Maestro Alvarado, no integra la serie consecuencial denominada proceso, sino que es el objeto a la cual el procedimiento se encamina y llega en su destino.

El proceso es el método para llegar a la sentencia, que es la meta.<sup>10</sup>

Esta serie lógica y consecuencial es la que hace que un proceso sea proceso y no otra cosa y, lo que es más importante, esta serie es idéntica para todos los supuestos justiciables sin interesar cual es la

---

<sup>9</sup> En Chile, en el procedimiento declarativo civil de aplicación general, se denomina período de “observaciones a la prueba”, cuestión que se ejerce por escrito.

<sup>10</sup> Esta afirmación de Alvarado Velloso resulta del todo lógica pues, la debida y necesaria imparcialidad que debe gobernar la actividad del juzgador, solo cede y luego se ve alterada y pintada de la subjetividad personal del Juez al momento de que dicta la sentencia definitiva, determinando quien tiene la razón en el conflicto.

materia a decidir (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) ni quiénes son los contendientes.<sup>11</sup>

Sin la totalidad de estos actos procesales ordenados de forma consecucional no existiría entonces el proceso como sistema y método de solución de un conflicto.

Es importante destacar que obviamente tampoco habrá proceso cuando la autoridad llamada a resolver el conflicto, es decir, el juez, se coloque al lado de alguna de las partes, supliendo o coadyuvando en las tareas de afirmar, negar, confirmar o alegar, puesto que de esa manera perderá la objetividad propia de la necesaria imparcialidad.

Y para ello citamos al Dr. Omar Benabentos de Argentina, el cual de forma resumida plantea las siguientes ideas:

- a.- El objeto del conocimiento del derecho procesal es único y se trata nada más y nada menos que del conflicto intersubjetivo de trascendencia jurídica – como lo definió Alcalá Zamora y Castillo (con prescindencia del contenido civil, penal, laboral, administrativo, que encierre el mismo);
- b.- Que la respuesta normativa para atender al objeto del derecho procesal es conceptualmente idéntica. La acción, el proceso y la jurisdicción son las herramientas ideadas por la ciencia del proceso para solucionar de un modo pacífico las contiendas jurídicas de los co-asociados en los estados de derecho.  
Y no pierden su identidad conceptual ante los distintos tipos de conflictos de trascendencia jurídica que se introducen en el plano jurídico; y
- c.- Que los valores que se persiguen consolidar a través del sistema de enjuiciamiento, ya sea civil o penal, son básicamente iguales.

Que la solución del conflicto y la eventual imposición de una condena (civil o penal) tiene similitudes esenciales: requiere, por un

---

<sup>11</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal. Garantía de la Libertad*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2009, pp. 78 y siguientes.

lado, la posibilidad de libre acceso a la jurisdicción (esta es una —garantía o —valor jurídico de la que debe gozar el actor civil y el acusador penal).

Por el otro lado, para el demandado o reo, que debe enfrentarse con esa pretensión civil o penal, su —garantía o —valor a respetar es que la condena civil o penal solo recaerá después de haber gozado de un debido proceso conforme a la constitución.

Ese debido proceso constitucional supone garantizar —de la manera más efectiva posible— el libre juego de un ataque sin los frenos que hoy padece y de posibilitar una defensa efectiva.

Por último, se debe asegurar la heterocomposición a cargo de un juez imparcial, imparcial e independiente. En otros términos, que la heterocomposición de la litis (la meta) no se obtenga a cualquier precio, como, por ejemplo, violando las garantías procesales (el método) so capa de eficientismo, o apelativos de la verdad total o la justicia pantónoma.<sup>12</sup>

Nuevamente volvemos la interrogante primaria de estas líneas.

Que debe predominar entonces, ¿la meta o el método? ¿Y por qué de la interrogante?

Porque a partir de la pandemia, con la justificación legítima de salvaguardar la salud de la población se han limitado garantías fundamentales de las personas y ello hizo en un primer momento que todos o gran parte de los servicios públicos dejaran de desarrollar sus labores por la prohibición de desplazamiento de los funcionarios y de los ciudadanos.

Ello por cierto que tuvo como obvia consecuencia un enorme retraso de despacho, de cuestiones ya iniciadas y de imposibilidad de nuevas cuestiones y ello, afecto y afecta hoy, lo que hemos

---

<sup>12</sup> BENABENTOS, Omar Abel, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Editorial Juris, Rosario Argentina, 2001, pp. 77 y siguientes.

llamado la “administración de justicia” de nuestros países en América y también en el mundo.

Y surge entonces el cuestionamiento ¿de qué forma podemos abordar esta gran problemática atendida la cuestión imperiosa de que algunas cuestiones de extrema urgencia y gravedad deben ser resueltas?, por ejemplo, cuando hay una persona detenida o, por ejemplo, cuando es imprescindible otorgar tutela judicial efectiva y urgente como una medida de protección en materia de violencia intra familiar y así como estas dos simples cuestiones hay muchísimas en todos los países.

Y cuál es la interrogante final entonces. Podemos vulnerar garantías del debido proceso, frente a la imperiosa obligación de mantener “operativo” el sistema jurisdiccional, para evitar que el retraso aumente.

Es más importante entonces la meta que vendría ser acabar los mostradores saturados de los tribunales, o sigue siendo relevante y trascendental no hacerlo al costo de vulnerar las garantías del debido proceso.

La interrogante tiene relevancia pues los poderes judiciales de América, han comenzado a implementar gradualmente audiencias y procedimientos en la modalidad “on line” o virtuales, usando y, muchas veces, abusando de plataformas tales como *ZOOM*, *WHATSAPP*, *TEAMS*, *MEET* y muchas más según el servidor de internet o la compañía que nos proporciona servicios telemáticos.

Ha sido la Excelentísima Corte Suprema de Chile la que ha sostenido reiteradamente, que el debido proceso es un derecho fundamental para asegurar a toda persona que cualquier decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.

Luego de ello, se invoca y tal vez convoca al poder legislativo afín de que establezca por ley las garantías para un procedimiento racional y justo.

A inicios del mes de marzo de 2020 la Excm. Corte Suprema de Chile se reunió en sesión plenaria para deliberar acerca de un proyecto urgente y así poner en marcha un sistema de teletrabajo para el Poder Judicial, -esto ciertamente tenía como antecedente la modificación del Código del Trabajo chileno que ante la contingencia epidemiológica y la prohibición de traslado de personas y la implementación de cuarentenas, actualizó la normativa laboral que permitía el trabajo a distancia-, esto es, que las funciones fueran prestadas en un lugar diverso donde están ubicadas las dependencias del empleador, de forma habitual en la residencia del trabajador.

Esto debido a la emergencia sanitaria mundial producto del COVID-19, la cual hizo necesaria y urgente el uso de las nuevas tecnologías.

Como modelo de actuaciones procesales del tribunal, se implementó una nueva forma de trabajo en la estructura de la organización del entorno laboral, el cual permite respecto de los órganos jurisdiccionales y también de los intervinientes, por una parte mantener la actividad en las operaciones, pero con el acento de que éstas se desarrollan en un lugar físico distinto al del asiento habitual de la dependencia del Tribunal al cual pertenecen, y en segundo lugar, y esto es lo relevante a los efectos del riesgo sanitario, sin existir desplazamiento físico para realizar las tareas correspondientes.

Esto se hizo y se hace a través de plataformas tecnológicas para desarrollar fundamentalmente los actos procesales propios del Tribunal y que debían ser realizados ante el Juez en las audiencias. Surgió entonces el uso cotidiano de comunicarse e interactuar vía *ZOOM*, *TEAMS* y otras. Esto en la esfera de las relaciones interpersonales de todos nosotros hizo que se comenzaran a implementar de forma cotidiana las “reuniones” de trabajo del Juez y los funcionarios del tribunal para las coordinaciones necesarias y para sacar adelante el despacho diario de cada tribunal.

No escapara al lector la evidencia que por lo demás en Chile desde finales del año 2015 y con la entrada en vigencia de la Ley N°

20.866 ya se había comenzado con el desarrollo de un modelo de litigación electrónico de los procedimientos judiciales, terminando con la materialidad de los procesos, modificando sustancialmente el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil.

Es una nueva manera de tramitar las causas en todos los tribunales de la República y que forman parte del Poder Judicial, poniendo fin a la materialidad del proceso al requerir que el ingreso de las nuevas demandas y de todos los escritos y presentaciones de las partes en aquellos procesos judiciales se realice de forma electrónica, así como también las resoluciones y actuaciones del tribunal, las que además contarán con un sistema de firma electrónica avanzada.

Desde entonces, y especialmente a propósito de la pandemia, las audiencias y controles de detención en el proceso penal han debido desarrollarse a través de videoconferencias y se han priorizado aquellas causas de mayor complejidad y en las cuales existen imputados privados de libertad. Por otra parte, en las audiencias preparatorias de los procedimientos laborales y de familia también se han implementado reglamentaciones administrativas que han determinado una paulatina y progresiva vuelta a la actividad de los procesos judiciales, con algunos dispares avances y muy interesantes debates acerca de las eventuales vulneraciones a los principios del debido proceso con el sistema de video conferencias.

Por ejemplo, se ha discutido, si es jurídicamente procedente que sean los propios comités de jueces a través de acuerdos administrativos, los habilitados para dictar normas de procedimiento que hagan operativas las audiencias en sistemas de teleconferencia. Para algunos es procedente, pues las facultades económicas o administrativas de que están revestidos los tribunales se los permite para dictar normas de aplicación general, por “razones de buen servicio” y no generar indefensión o denegación de justicia en la comunidad que sufre las consecuencias de la paralización de sus procesos judiciales.

Para otros, que el Tribunal dicte reglas procedimentales es contrario al ordenamiento jurídico pues hace a un juez ejercer

funciones de legislador y, además, cuando impone tales normas de procedimiento muchas veces se vulneran principios del debido proceso tan importantes como la necesaria intermediación del tribunal y la condición de validez de los actos del proceso que dispone que tales actuaciones deben ser realizadas en presencia del Tribunal. Por cierto, me encuentro entre los que nos preocupa y mucho que las garantías del debido proceso sean limitadas y a veces conculcadas so pretexto de razones de buen servicio judicial o enarbolando las banderas de la justicia pronta y oportuna.

Nuevamente regresamos a la misma disyuntiva, si es más importante la meta o el método.

## **V. EL MODELO ADOPTADO EN CHILE**

Cuando se decidió en Chile, desde el propio Poder Judicial disponer que un sistema que antes era cerrado de información, ahora estuviera al servicio de un universo de usuarios globalizado, por medio de programas tecnológicos que permiten hoy litigar virtualmente, es evidente que ello podría derivar en eventuales problemas de seguridad en el acceso al sistema.

También nos parece muy claro y este es el tema de esta breve ponencia, que algunas de las garantías del debido proceso pueden estar amagadas o derechamente vulneradas por el sistema y por lo tanto por el estado, el cual debe por mandato constitucional velar por ellas.

Se nos dijo en ese momento que para que este temor planteado no oscureciera las luces de este brillante sistema operativo, era muy importante que los intervinientes que accedieran a aquella plataforma, siguieran los protocolos entregados por las resoluciones de la Excelentísima Corte Suprema y además de las recomendaciones de las áreas informáticas de cada institución, para evitar algún acceso no autorizado o vulnerabilidad al sistema.

Este “plan piloto” partió en la judicatura penal. Chile fue pionero en la región en esta implementación y el Poder Judicial, como

integrante de la Cumbre Judicial Iberoamericana, diseñó un proyecto de aplicación de innovaciones tecnológicas en los procesos judiciales para apoyar el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos en los países iberoamericanos, que -al igual que la Fiscalía de Chile como miembro de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, difunde metodologías acerca de cómo incide el uso de estas herramientas innovadoras -entre ellas las plataformas digitales- a fin de fortalecer y mejorar las tantas veces denominada administración de justicia.

En los procedimientos penales y laborales rige el principio de publicidad de las actuaciones, estando muy limitadas aquellas que pueden ser consideradas secretas.

De esta forma, la incidencia que pudiera tener el hacerse pública y de mala fe una determinada audiencia virtual, se estimó que era poco relevante, ya que no afecta de manera preponderante este principio universal que nos rige.

Se postuló por quienes propusieron y luego defienden este sistema, a la altura casi de un “principio”, que este modelo de nuevas audiencias si era relacionado a la Ley de Transparencia Chilena, cada vez que la publicidad pone su objetivo en el conocimiento de sus actuaciones en la comunidad o en la persona del interesado o afectado, lo cual se afirma que más que ser un problema, se torna en algo necesario para conocer el sistema y resguardar las garantías de todos los ciudadanos, poniendo siempre como límite esencial, que dicha publicidad de la actuación no comprometa otros derechos supraindividuales como podría ser la Seguridad del Estado, la seguridad de alguna institución pública, o aún más, de los derechos personalísimos del ser humano, donde sí se entendería que alguna vulneración de la privacidad de las actuaciones judiciales, pudiera ser un problema de índole mayor.

Y una de las cuestiones más relevantes a mi entender y a partir de ella es que debe hacerse el análisis. La implementación de las tecnologías remotas, del tele trabajo y la litigación virtual han sido una real solución al tema de fondo, que nos parece sigue siendo que la actividad del estado siempre tiene el límite del respeto de las

garantías de las personas o si por esta situación de excepción – vale recordarla, la pandemia- se han violentado, minimizado y/o precarizado garantías, con el “buen argumento” de que el sistema debe seguir respondiendo y caminando pues de forma contraria la pandemia y sus efectos paralizaran la vida de la sociedad.

Creo que ello si ha ocurrido.

Creo que muchas audiencias no han respetado la necesaria presencialidad del Juez, pues, aunque haya cámaras de alta definición, el Tribunal no está materialmente delante de las partes y del testigo o del absolvente o del perito. Creo además que la audiencia de una subasta por orden judicial de un inmueble, debe ser verificada en las dependencias del propio tribunal y en presencia del ministro de fe y con la asistencia real y material de todas las partes y de todos los potenciales interesados en asistir, hacer ofertas por el bien y también con la presencia de un público que valide la actuación de frente a la comunidad.

Además, con la premura del tiempo, “contaminados” de las exigencias del plazo perentorio y fatal y de no atrasar más los procesos judiciales, dotar de facultades que no tienen los Jueces no va por el camino correcto. Y lo digo cuidando precisamente a la función judicial, protegiendo precisamente la tantas veces mancillada independencia del Poder Judicial y ello se ve fortalecido necesariamente por el ejercicio legal y constitucional de la actividad y no siendo testigos pasivos de excesos operativos y pseudo legislativos.

No es el momento además de innovar y de hacerlo corriendo de cara a las encuestas, a los números y las estadísticas. La prudencia nos aconseja precisamente que en tiempos difíciles y de cambios tan radicales como los que ya ha motivado la pandemia, tengamos la mesura, el tacto, y la templanza de que solo en calma y haciendo cada uno de los intervinientes únicamente lo que le corresponde a cada uno de ellos, se propicien los espacios de discusión y debate jurídico en torno en cómo avanzar, sin que ello pueda significar jamás atropello alguno a las garantías del debido proceso.

## **VI. CONCLUSIONES FINALES**

1. Nos asiste la convicción que en apoyo de evitar la paralización de la administración de justicia con las restricciones impuestas al desplazamiento de las personas deben adoptarse cuestiones de urgencia, pero ello jamás puede conculcar, restringir y a veces negar el ejercicio de las garantías procesales de los intervinientes del proceso.

2. Las tele audiencias, solo deben verificarse para actuaciones urgentes, por ejemplo para revisar la legalidad de una detención y éste se encuentra privado de libertad, y en esas aisladas actuaciones procesales debe verificarse la necesaria participación directa del juez frente a los intervinientes y sus defensas jurídicas.

3. Nada justifica, ni aún la premura, que las normas procesales de emergencia sean de origen judicial y no legislativo. La meta jamás podrá ser más importante que el método.

## **VII. BIBLIOGRAFIA**

### **Doctrina**

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe Argentina, Tomo I, 2004.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal. Garantía de la Libertad*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2009.

ARAZI, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1995.

BENABENTOS, Omar Abel, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Editorial Juris, Rosario Argentina, 2001, pp. 77 y siguientes.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Sistema Intramericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, 3º edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2004.

RODRIGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, *El Debido Proceso Legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.  
<https://tinyurl.com/yst3pzhx>

**Páginas de internet**

OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.  
<https://tinyurl.com/4pcrkfs4>

# DERECHOS DIGITALES: UNA VISIÓN EN EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS Y SUS IMPLICACIONES LEGALES

**RODOLFO GUERRERO MARTÍNEZ\***

*“Recuerda que el derecho no es estático ya que se transforma, nada ni nadie podrá frenar la regulación y armonía en la sociedad”*

**SUMARIO.** I. *Introducción.* II. *Las Cuatro Revoluciones Industriales.* III. *La Cibernética y la Informática.* IV. *Derechos Digitales.* V. *Legislación.* VI. *Ciberespacio: Democratización del conocimiento.* VII. *Camino hacia la Ciberjusticia.* VIII. *Anonimato.*

---

\* Abogado por la Benemérita Universidad de Guadalajara, actualmente es estudiante del posgrado en derecho con orientación en materia Constitucional y administrativo por la misma casa de estudios. Es Socio Fundador y Representante Legal de la Sociedad Civil *Coffee Law* “Dr. Jorge Fernández Ruiz”. Socio fundador de la Academia Mexicana de Derecho “Juan Velásquez” A. C. Miembro de la Junta Menor y encargado de la Comisión de Legaltech del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México A. C. Capítulo Occidente. Ha sido conferencista en Congresos Internacionales, conversatorios e impartido diplomado y cursos en temas de derecho informático, derechos humanos y derecho constitucional. Publicaciones: Patentes: el camino hacia la protección y rentabilidad de nuestros productos (Talent Republic, 2020); Elementos a tomar en cuenta en un sitio E-Commerce para la protección de datos (Talent Republic, 2020); Derechos humanos de cuarta generación y las tecnologías de la información y la comunicación (Derechos Fundamentales a Debate, CEDHJ 2020). Contacto: [rodolfoquemart95@gmail.com](mailto:rodolfoquemart95@gmail.com)

IX. *Abogado 4.0 y las Nuevas Tecnologías.* X.  
*Conclusiones.* XI. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

La evolución del ser humano siempre ha sido referenciada por cuatro etapas en donde la innovación marcó un antes y un después rumbo a la comodidad, desarrollo y futuro de las actividades. El descubrimiento del fuego, por parte de la especie del *Homo Erectus* hace 1.6 millones de años atrás, provocó un sentido de avance y a su vez un deseo por conocer más, hasta la actualidad, el perfeccionamiento de la sociedad de la información.

Existen cuatro grandes revoluciones industriales sucesivas: Mecanización, energía hidráulica, energía eléctrica; Producción en masa, línea de montaje, electricidad; Informática y automatización; Sistema ciberfísico.

La innovación es un concepto asociado al progreso tecnológico, sin embargo, no está desvinculado con el derecho debido a que se debe regular los posibles efectos que tendrán en la ciudadanía.

El Ciberespacio y las nuevas tecnologías vinieron a cambiar por completo las cosas en el mundo, en cada sector se optimizaron procesos desde el hogar hasta las grandes corporaciones, tras ello nuevas áreas en el derecho se crearon para su estudio como el derecho informático, telecomunicaciones y electrónica, *compliance* digital, protección de datos, transparencia y justicia en línea.

Justamente a partir del proceso de evolución y desarrollo tecnológico surge la necesidad de forjar una nueva visión y ejercicio en la tutela de derechos y también de quien es encargado como operador jurídico de hacer posible la aplicación de justicia pronta y expedita.

## **II. LAS CUATRO REVOLUCIONES INDUSTRIALES**

La primera revolución industrial sucedió entre fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Durante este período, la manufactura evolucionó desde un enfoque en el trabajo manual realizado por personas y con ayuda de animales de trabajo a una forma más optimizada, realizado por personas a través del uso de motores que funcionaban a base de agua o vapor y otros tipos de herramientas y maquinarias.

A principios del siglo XX, el mundo entró en una segunda revolución industrial con la introducción del acero y el uso de electricidad en las fábricas. La introducción de la electricidad permitió que las empresas manufactureras aumentaran la eficiencia e hizo que la maquinaria de las fábricas fuese más dinámica. Fue durante esta fase que los conceptos de producción en masa, como línea de montaje, se introdujeron como una manera de aumentar la productividad.

Con su comienzo al final de la década de los cincuenta, la tercera revolución industrial comenzó a emerger, ya que las empresas manufactureras comenzaron a incorporar más tecnología electrónica y finalmente, las computadoras en sus fábricas. Durante este período, las empresas manufactureras comenzaron a experimentar un cambio que ponía menos énfasis en una tecnología analógica y mecánica y más en la tecnología digital y el software de automatización.

En las últimas décadas, ha surgido una cuarta revolución industrial, conocida como la Industria 4.0. La Industria 4.0 hace énfasis en la tecnología digital de las décadas recientes y lo lleva a un nivel totalmente nuevo con la ayuda de la interconectividad a través de la Internet de las Cosas (*Internet of Things, IoT*), el acceso a datos en tiempo real y la introducción de los sistemas ciberfísicos. La Industria 4.0 ofrece un enfoque más integral, interrelacionado y holístico de la manufactura. Conecta lo físico con lo digital y permite una mejor colaboración y acceso para todos los departamentos, socios, proveedores, productos y personas. Empodera a los dueños de empresas para controlar y comprender

mejor cada aspecto de su operación y les permite aprovechar datos instantáneos para aumentar la productividad, mejorar los procesos e impulsar el crecimiento.

### III. LA CIBÉRNÉTICA Y LA INFORMÁTICA

En 1948 el matemático estadounidense Norbert Wiener escribió un libro titulado *la Cibernética*, y utilizó ese término para designar a la nueva ciencia de la comunicación y control entre el hombre y la máquina.<sup>1</sup>

En la *Dialéctica de la naturaleza*, Friedrich Engels manifestó que “en los puntos de unión o de contacto, entre las distintas ciencias, es donde se pueden esperar los mejores resultados”, es decir, hablaba desde entonces, de la importancia de la interdisciplina.

En la etimología de la palabra, el vocablo *cibernética* tiene su origen en la voz griega *kybernetes* “piloto” y *kybernes*, concepto referido al arte de gobernar. Esta palabra evoca a la función del cerebro respecto a las máquinas.

#### 1. La informática

El término *informática* surge de la misma inquietud racional del hombre, el cual, ante la continua y creciente necesidad de información para una adecuada toma de decisiones, es impulsado a formular nuevos postulados y diseñar nuevas técnicas que satisfagan dichos propósitos.

La palabra *informática* es un neologismo derivado de los vocablos *información* y *automatización*, sugerido por Phillippe Dreyfus en 1962. En sentido general, podemos considerar que la *informática* es un conjunto de técnicas destinadas al tratamiento

---

<sup>1</sup> WIENER, Norbert, *Cibernética o el control y comunicación en animales y máquinas*, Tusquets Editores, Barcelona, 1985, pp. 191-193.

lógico y automatizado de la información con miras a una adecuada toma de decisiones.

#### **IV. DERECHOS DIGITALES**

Los ciberderechos o derechos digitales, son todas las acciones legítimas que comprenden el uso del ordenador o cualquier dispositivo electrónico. En el actual contexto de desarrollo constante de nuevas tecnologías, con toda la producción laboral ligada a Internet, despierta la necesidad empresarial de conocer los entresijos del mundo online, las claves para desarrollar sus modelos de negocio con libertad, pero sin vulnerar los derechos.

Los derechos digitales cuentan con dos ámbitos de aplicación y protección dependiendo de los supuestos relativos a su regulación, el primero como derechos subjetivos en torno al contenido económico y/o de protección de sus agentes, incluyendo a los consumidores.

El segundo es relativo a la protección de derechos fundamentales, que no se circunscribe a la protección de los ciudadanos frente al Estado-Gobierno, sino en todo aquello que deba estar protegido en el ámbito del poder público.

#### **V. LEGISLACIÓN**

El derecho nunca es estático constantemente se transforma a partir de las necesidades de la sociedad, para cumplir con su objetivo de regular la conducta de la misma. En base a ello existen diversas leyes aplicables en donde se tutelan derechos de cuarta generación como la privacidad, la intimidad, la confidencialidad, facilitando la transparencia y protegiendo los datos personales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, permitió el reconocimiento de derechos que protegen la libertad individual y la defensa de la persona frente al ámbito de actuación del poder público, a través del Estado. Dichos derechos incluyen los relativos

al aislamiento, entendiéndose como el derecho al honor, a la vida, a la integridad y a la intimidad de la persona.

En este tenor, la protección de datos personales como derecho humano, es consecuencia de una evolución histórica de los mismos, en la que se reconocen nuevos elementos que intentan dar respuesta a las necesidades históricas e implican la redimensión de viejos derechos.<sup>2</sup>

En Europa a principios del año 2000 se apertura una nueva etapa en la que actualmente encontramos la consideración de la protección de datos de carácter personal como un verdadero derecho fundamental autónomo e independiente del derecho a la intimidad. Precisamente, el jurista italiano Stefano Rodotà señalaba que “el reconocimiento de la protección de datos como derecho independiente contribuye a la constitucionalización de la persona que el Preámbulo de la Carta sitúa en el centro de la acción de la Unión Europea”.<sup>3</sup>

En México se logró el reconocimiento constitucional del derecho a la protección de datos personales en el sector privado a través de la reforma del artículo 16 constitucional, párrafo segundo que: menciona: “toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición en los términos que fije la ley...”. En complemento a lo anterior, también se agregó una fracción (XXIX-O) al artículo 73 constitucional adicionando la materia de protección de datos personales en posesión de particulares dentro de las materias sobre las cuales tiene facultad para legislar el Congreso de la Unión.

---

<sup>2</sup> R. J., Vincent, *Human Rights and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 57.

<sup>3</sup> Véase más detalles en: RODOTÁ, Stefano, “Privacy and the Future: Some Opening Reflections”, en RODOTÁ, Stefano, *et. al.*, *Proceedings of the First European Congress on Data Protection, Madrid, 29-31 March 2006*, Fundación BBVA, España, 2008, p. 20.

En cumplimiento a los artículos anteriores el Congreso de la Unión tuvo a bien emitir la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP), publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 5 de julio de 2010. Esta ley es la base del marco regulatorio que vela por la protección de los datos personales en el sector privado, teniendo como objetivo principal regular el tratamiento legítimo, controlado e informado de los datos personales que posean los particulares.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece la regla general del Derecho a la Intimidad Digital, en su artículo 16 constitucional dispone, “nadie puede ser molestado en su persona... papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal...”.

La sociedad de la información trajo consigo el desarrollo tecnológico y con esto, la aparición de nuevas formas de comunicación, lo que ha replanteado el alcance y contenido de los derechos humanos tradicionales, reconociéndose así, derechos relativos al *ciberespacio* y la libertad informática, en los que la universalización del acceso a la tecnología, la libertad de expresión en la web y la libre distribución de la información, juegan un papel fundamental.

El ámbito de aplicación de la protección de datos es delimitado de forma amplia en lo relativo a los aspectos informáticos, por lo que la normativa de protección de datos existente, debe ser considerada aplicable a los datos personales que circulan en Internet.<sup>4</sup>

La protección de datos personales como derecho fundamental debe incluir los derechos denominados ARCO; es decir, aquéllos relativos al acceso, rectificación, cancelación y oposición.

---

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, UNAM, México, 2004, p. 133.

## VI. CIBERESPACIO: DEMOCRATIZACIÓN DEL CONOCIMIENTO

El ciberespacio representa a todo el universo de información que crea, modifica y evoluciona lo ya existente en el mundo físico, donde las personas o sujetos, privadas o públicas, generan comunicación a distancia, exponen anécdotas y habilidades y propician interactividad con distintos propósitos.

“El ciberespacio no es una imagen reciente, no es medible y no podemos acceder a él a través de nuestros sentidos. A diferencia del espacio radioeléctrico, en la red existen interacciones, que, aunque creadas y generadas por la programación, realizada por seres humanos, tiene comportamientos característicos producto del uso de algoritmos y programas que obtienen información de los datos generados por los internautas. Es un “universo paralelo” (Whitaker, 1999: 169) en convivencia con nuestro entorno inmediato”.<sup>5</sup>

Nicholas Negroponte (1997) observa que el ciberespacio es un reticulado flexible cuyo funcionamiento es más similar a un organismo biológico que a un artefacto inventado por el hombre. Internet, por ejemplo, es un medio que nadie maneja. No existen jerarquías de autoridad como en otros sistemas. El desafío consiste, por tanto, en conectar armónicamente la nueva individualización masiva de un mundo que tiende a conformarse por afinidades de comunidades físicas y digitales.

*Desde una mirada optimista, estos cambios se orientan a crear una “aldea global” que funcionará como una sociedad de la información. Los servicios educativos se organizarán en sistemas unificados a través de redes electrónicas internacionales. Las futuras clases informáticas permitirán que las personas se reúnan virtualmente a partir de intereses y expectativas comunes, y no sólo por el hecho de vivir en un mismo territorio geográfico. La*

---

<sup>5</sup> WHITAKER, R., *El fin de la privacidad*, trad. de PRAT CLARÓS, L., Paidós, Barcelona, 1999, p. 169.

*formación profesional responderá a criterios estandarizados, y los mercados laborales ofrecerán empleo a personas residentes en cualquier lugar del mundo. “Los pueblos remotos de los países en vías de desarrollo ya no tendrán que esperar por el lento crecimiento de las telecomunicaciones convencionales nacionales ni por los sistemas que no pueden ir al ritmo de la expansión de la población”.*<sup>6</sup>

## VII. CAMINO HACIA LA CIBERJUSTICIA

Entendemos el concepto de ciberjusticia como “el uso y la integración de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en los procesos de resolución de conflictos de forma judicial o extrajudicial”.<sup>7</sup>

La llamada ciberjusticia o justicia electrónica representa la modernización de los sistemas de justicia de los diferentes países, como consecuencia de la aplicación de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación.

Con respecto a los cibertribunales se atienden los procesos judiciales muy cortos, simples y flexibles (manteniendo los derechos de las partes), se trabaja y discute en tiempo real a través de herramientas de teleconferencia como Skype, Microsoft Teams, Zoom y Webex. Se crea la posibilidad de tener peritos en la materia por la misma vía en línea y la obtención de una sentencia o laudo dictado podría crear jurisprudencia internacional.

---

<sup>6</sup> TIFFIN, J. y RAJASINGHAM, L., *En busca de la clase virtual. La educación en la sociedad de la información*, Paidós, Buenos Aires, 1997, p. 220.

<sup>7</sup> Esta es una traducción libre del francés al español de la definición que es utilizada en el marco de los trabajos llevados a cabo por el *Cyberjustice Laboratory*, de la Universidad de Montreal, Canadá. Véase: [www.cyberjustice.ca](http://www.cyberjustice.ca).

Podemos apreciar parte de lo anterior tras los casos de éxito establecidos en España como el sistema experto LexNet que permite intercambiar información de forma segura (notificaciones, escritos o demandas) entre los órganos judiciales y una gran diversidad de operadores jurídicos.

En México, actualmente la mayoría de los tribunales siguen aplicando la operación de los procesos judiciales en el uso de papel, lo cual genera enormes costos de almacenamiento y movilidad, además de crear oportunidades de actos discrecionales.

Ahora bien, lo anterior no genera ninguna antinomia con lo ya dictado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 17 párrafo segundo, *“toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...”*.

Parte de estos avances a la justicia digital, por ejemplo, se deben al Programa Nacional de Juicios Orales Mercantiles, impulsado por la Secretaría de Economía, por conducto de la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria (CONAMER), en conjunto con la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATRIJ) donde se promovió desde el 28 de noviembre de 2018 la digitalización eficiente, transparente, a un menor costo y accesible para todos.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Se mostró un avance de 47% de implementación en los Juicios Orales Mercantiles, y con respecto a sistemas tecnológicos, actualmente se tiene un avance de 54% del cual se desprende que 22 tribunales estatales cuentan con un sistema de monitoreo de las audiencias, 22 tribunales han implementado un sistema de asignación de salas de audiencias, mientras que 15 tribunales cuentan con un sistema de gestión judicial. Véase: JIMÉNEZ IBÁÑEZ, José Daniel y PLIEGO RAMOS, Manuel (Coords.), *Hacia una justicia digital. Diagnóstico de los sistemas tecnológicos en los poderes judiciales*, Comisión Nacional de Mejora Regulatoria, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos y México, 2019, pp. 17-18. <https://tinyurl.com/yxt3hgx3>, consulta 15/09/202.

Recordemos que cuando se trata de romper paradigmas en el tema del uso de las tecnologías de la información en la administración de justicia surgen cuestionamientos sobre la actuación del juez y de la máquina, ya sea un simple ordenador o un sistema de inteligencia artificial. Ya decía al respecto P. Català en 1998, “el ordenador, la máquina, no debe juzgar, sino que únicamente del principio al final de los procedimientos judiciales, puede liberar al Juez de muchas tareas permitiéndole así consagrarse más y mejor a la única misión que tiene en exclusiva”.<sup>9</sup>

Por otra parte, con lo anterior resulta necesario enfatizar algunas de las ventajas y desventajas de la ciberjusticia.

Entre las ventajas encontramos los múltiples usos de las plataformas de teleconferencia y métodos digitales para el desarrollo del proceso judicial, el presentar demandas, recibir acuerdos o dictar audiencia e incluso resolver de manera extrajudicial por medio de los métodos de resolución de controversias vía online u *Online Dispute Resolution* ODR casos en diferentes materias, ya sea civil, familiar o mercantil.

Con respecto a las desventajas, reconocemos la necesidad de atender problemas de orden tecnológico como la conservación e integridad del expediente digital y la unificación de las tecnologías que estarán al servicio de la administración de justicia; existencia de un exceso de formalismos por parte de los juzgados y despachos judiciales para admitir demandas, requiriendo anexos que no son obligatorios.

Queda claro que tras el acceso del internet, al bloque de tecnologías de la información y a la luz de la publicidad de la actuación jurisdiccional existen desafíos internos y externos que deberán perfeccionarse, entre los cuáles encontramos la realización de videoconferencias, la validez de la prueba electrónica, la práctica de la justicia abierta, incluyente y protegida por medio de los

---

<sup>9</sup> CATALÀ, Pierre, *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex Machina*, PUF, París, 1998, p. 196.

principios rectores de protección de datos personales como los de buena fe, licitud y consentimiento.<sup>10</sup>

## VIII. ANONIMATO

Lawrence Lessig (1999) señala que la identidad y la autenticación en internet son cuestiones diferentes. Debido a que las direcciones IP<sup>11</sup> no revelan información sobre qué datos son enviados o quién los envía –al menos no a simple vista– el sistema otorga, en principio, un carácter anónimo a esta transferencia. Las direcciones IP son virtuales y, como tales, no están necesariamente ligadas a una unidad en el mundo físico. Es decir, el anonimato de los datos está previsto ya en el diseño de la red.

“En un sentido estricto, difícilmente podríamos catalogar a internet como un “espacio” donde confluyen personas, ideas o negocios; esto porque lo que allí sucede carece de una expresión material concreta, y quienes lo ocupan, lo hacen desde un lugar distinto al de la materialidad tangible de internet (los cables, los enrutadores, los tubos)”<sup>12</sup>

“Por sus características, internet es mejor entendido como un “no-lugar”. Marc Augé (1992) se refiere a estos como espacios caracterizados por la soledad de los movimientos acelerados de los ciudadanos, que los usan como hilo de paso a alguna parte. Los no-lugares van en contra de cualquier idea de permanencia; son lugares

---

<sup>10</sup> La Resolución 45/95 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1990, contiene fundamentalmente una lista básica de principios en materia de protección de datos personales con un ámbito de aplicación mundial, entre otros, los de licitud, exactitud, finalidad, acceso y no discriminación.

<sup>11</sup> Son las etiquetas numéricas que identifican, de manera lógica y jerárquica, a la interfaz de una computadora dentro de una red.

<sup>12</sup> MARTÍNEZ VELÁZQUEZ, Antonio y FLORES SOSA, José, “En defensa del anonimato”, en LARA, Juan Carlos (Edit.), *Internet en México: Derechos Humanos en el entorno digital*, Editado por Derechos Digitales, México, 2016, p. 22. Véase: <https://tinyurl.com/y2xfmed2>, consulta 15/09/2020.

de situaciones inestables y tránsito ininterrumpido: aeropuertos, estaciones de trenes, centrales de transferencia, así como las autopistas que hacen del territorio un lugar de paso”.<sup>13</sup>

## **IX. ABOGADO 4.0 Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

El abogado es un doctor o licenciado en derecho que se encarga de la defensa y la dirección de las partes involucradas en procesos judiciales o administrativos. También puede brindar asesoramiento y consejo jurídico.

Sin embargo, el abogado 4.0 va más allá de conocer las codificaciones específicas del derecho, al basarse tanto en leyes locales, como federales. De igual forma, se apertura en el uso y aplicación de la interceptación jurídica de todo criterio que pueda homologarse al caso concreto, considerando las reformas hechas en derecho humanos de nuestra Constitución Federal, Derecho Penal e incluso en Derecho Laboral, como es el caso del teletrabajo, por mencionar algunas.

Justamente el abogado 4.0 es aquel que desarrolla e integra las tecnologías de la información y comunicación para la tutela de derechos de cuarta generación en el ciberespacio y promueve la resolución de controversias en la administración de justicia local y federal.

La vía de desarrollo del abogado en la industria 4.0 es la capacitación en temas de *blockchain* o cadena de bloques, inteligencia artificial, *machine learning*, internet de las cosas, ciencia de datos, datos personales, ciberseguridad, derechos de autor, propiedad intelectual, *hacking* ético, *compliance* digital, *smart contracts* o contratos inteligentes y gobierno digital.

Tal vez surja la interrogante, ¿el profesional del derecho deberá ser también un ingeniero en sistemas o informática? Realmente no, pero deberá comprender lo técnico para tutelar en el ámbito jurídico

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 22.

derechos y establecer obligaciones ante una realidad de transformación digital que nos supera como el tema de uso de datos genómicos, banca digital, microchips en seres humanos, vigilancia gubernamental, entre otros.

Por otra parte, los despachos deberán optimizar sus procesos por medio del *machine learning*, entendiendo que es un modelo de aprendizaje automático, parte de la inteligencia artificial, basado en el entrenamiento de algoritmos que realicen predicciones para eficientar modelos de ayuda en generación de ideas y de toma de decisiones. Haciendo énfasis a que existen dos tipos de aprendizaje en el ámbito del uso de la tecnología para ofrecer servicios jurídicos (*LegalTech*), la primera que se basa en los algoritmos supervisados que requieren que los seres humanos proporcionen tanto la entrada de datos (*inputs*) como la salida de datos deseada (*outputs*) y para hacer controles de calidad para evitar sesgos.

Mientras que la segunda forma que es el aprendizaje profundo o *Deep Learning*, trata de crear una “red artificial de neuronas” y en lugar de enseñarle al ordenador una lista enorme de reglas para solventar un problema.

Lo anterior, deja claro lo indispensable que es la simbiosis entre la tecnología y el derecho, debido a que el abogado no sólo se encarga de defender los intereses de un tercero durante un juicio. Una de sus funciones más importantes es la preventiva, donde se ocupa de asesorar a sus clientes y de redactar los documentos y contratos de forma tal que no se susciten conflictos legales. También puede ser un mediador extrajudicial, para evitar que un problema o enfrentamiento se transforme en un procedimiento judicial.

Deberá tenerse en cuenta los parámetros que el ejercicio profesional del abogado exige como tener autorización estatal o que esté inscrito en un colegio de abogados o institución similar. En la actualidad con la implementación de videoconferencias, consultoría a empresas y resolución de conflictos a distancia se universaliza la práctica, rompiendo así cualquier barrera física.

Sin olvidar nunca la aplicación del “decálogo del abogado” y lo que comprende al ser un conjunto de “mandamientos” que se considera que debe cumplir a rajatabla todo profesional del Derecho. Entre aquellas máximas se encuentran, por ejemplo, la de amar su profesión, ser leal tanto al cliente como al adversario y también a la propia ley, luchar por la justicia, trabajar duramente, tolerar y tener paciencia.

Por lo general, quienes deben comparecer ante un tribunal tienen que contar obligatoriamente con un abogado. El letrado supone una garantía de legítima defensa para el involucrado en el proceso. Por eso, los escritos y presentaciones judiciales se entregan con la firma de ambos, tanto del cliente como de su abogado.

En resumen, en la transición del ejercicio jurídico entre el ámbito tradicional y la era digital, no debe caber el pensamiento de parte de la ciudadanía que no existe nada que los proteja, y es porque el abogado 4.0 se encargará de impartir justicia, asesorar sin frontera, y forjará trabajo multidisciplinario e interdisciplinario.

## **1. Big data e internet de las cosas**

El término *big data* comprende la posibilidad de explotar comercialmente una gran cantidad de datos para crear nuevos servicios comerciales. En el mundo se acumulan cada vez más datos en formato digital pero el problema es que estos son en general poco estructurados y en cantidades ingentes.

El término *Internet of Things* (IoT) es un sistema de dispositivos de computación interrelacionados, máquinas mecánicas y digitales, objetos, animales o personas que tienen identificadores únicos y la capacidad de transferir datos a través de una red, sin requerir de integraciones humano a humano o humano a computadora.<sup>14</sup>

Por lo anterior, la información se ha convertido en uno de los activos más importantes de las empresas actuales. Sin embargo, hay

---

<sup>14</sup> BLUECITY, *Internet de las cosas. El futuro ya está aquí*. Véase: <https://tinyurl.com/y5um8oqh>, consulta 20/09/2020.

un problema: las organizaciones están manejando una cantidad tan grande de información que esta no puede ser procesada por los programas convencionales.

Por tal motivo resalta los campos de estudio del *data science* y las herramientas de análisis de *big data*, dado a que hacen posible el procesamiento de grandes cantidades de datos con la finalidad de mejorar la toma de decisiones.

En el sector jurídico, claramente el *big data* hace posible recopilar, ordenar, clasificar y analizar datos de millones de datos de clientes, expedientes, audiencias, actuaciones, casos, juicios, demandas, leyes, normativas, jurisprudencias, etcétera. No obstante, en diversos países de Iberoamérica continúa la ausencia de legislación especial que norme el uso de este tema.

Observamos por parte de las cortes constitucionales, como la de Colombia, cómo se afirma la aplicación de la analítica de datos tras el estudio de la Sentencia T-277 en el año 2015, “al examinar de cerca el contenido esencial del derecho al *habeas data*<sup>15</sup>, se advierte que este tiene como elementos centrales la posibilidad de conocer, rectificar y actualizar las informaciones que sobre una persona reposen en bancos de datos públicos o privados. Así las cosas, pareciera ser que en relación con la información publicada por los medios de comunicación el derecho a la información provee algunas de las prerrogativas que protege el derecho al *habeas data*. El derecho a conocer las informaciones se encuentra resguardado por el derecho a la información, pues cualquier persona puede acceder a aquello que publican los medios de comunicación en relación con su nombre y otros datos personales. De igual forma, en cuanto a la posibilidad de actualizar y rectificar, existe un derecho a que lo publicado por los medios sea veraz e imparcial o, en su defecto, a

---

<sup>15</sup> Es importante recordar que el *habeas data* es conocida a nivel internacional como una herramienta procesal Constitucional para garantizar el derecho a la protección de los datos de las personas cuando estas se ven amenazadas por el manejo indebido en los bancos de datos de las instituciones.

que se rectifique la información suministrada en condiciones de equidad”.<sup>16</sup>

En este contexto, en el derecho iberoamericano comparado se observa como en México se diagrama de manera distinta por medio del amparo donde se aprecian cinco aspectos, el amparo *habeas data*, contra leyes, casación, contencioso-administrativo, social agrario, por ejemplo.

## **2. Inteligencia artificial**

La inteligencia artificial en mi criterio es la expresión del intelecto humano automatizado el cual ha sido posible con el paso del tiempo y a través del avance de las tecnologías electromagnéticas.

La Comisión Europea señala que “el término inteligencia artificial (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción -con cierto grado de autonomía- con el fin de alcanzar objetivos específicos.”<sup>17</sup>

Nos queda claro que el uso de IA en el derecho revoluciona el campo de una profesión que por naturaleza carece de efectividad por la toma de decisiones del operador jurídico como son el abogado, el juez y el secretario. Lo cual en su mayoría ocasiona la pérdida de un caso, o la resolución injusta contra una de las partes en un juicio determinado.

Sin embargo, el temor del profesional del derecho en la transformación digital ha sido demasiado al pensar que será reemplazado de forma definitiva y sin previo aviso. Esta

---

<sup>16</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-277*, 2015. Véase: <https://tinyurl.com/y28r2pnd>, consulta 20/09/2020.

<sup>17</sup> NAVAS NAVARRO, Susana, “Derecho e Inteligencia Artificial desde el diseño. Aproximaciones”, en NAVAS NAVARRO, Susana (Dir.), *Inteligencia Artificial. Tecnología, Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 24.

incertidumbre crece con titulares como los generados por *CaseCrunch*, el sistema de predicción de decisiones legales para organizaciones, tras enfrentarse a 100 abogados, y ganarles la batalla. A raíz de la victoria del sistema de predicción, ya se habla de un “*Deep Blue*” de la abogacía, en honor a la computadora de IBM que logró ganar al campeón de ajedrez en 1996 y 1997, Gary Kasparov, para referirse a la victoria de una máquina en un determinado ámbito frente a un humano.<sup>18</sup>

### 3. Ciberseguridad

Partiendo de la definición que nos otorga la *Information Systems Audit and Control Association* (ISACA) es “la protección de activos de información, a través del tratamiento de amenazas que ponen en riesgo la información que es procesada, almacenada y transportada por los sistemas de información que se encuentran interconectados”.<sup>19</sup>

En México anualmente se gastan 8.4 millones de dólares para el combate de delitos financieros mientras en América Latina, la cifra es de 4,5000 millones de dólares y alrededor del mundo esta cifra se estima en 181,000 millones de dólares, según Lexis Nexis.<sup>20</sup>

Para los entes de gobierno y de iniciativa privada este tema ha sido muy importante para prevenir diferentes ataques creados por delitos informáticos como el robo de identidad, el cual ha evolucionado a medida que lo han hecho también el sistema financiero mexicano. En este contexto, el papel que juegan los usuarios de servicios financieros para evitar ser víctimas es

---

<sup>18</sup> CARMAN, D., *'La máquina golpea al hombre' en el desafío de abogado de CaseCrunch*, Legal IT Insider, 2017. Véase: <https://tinyurl.com/y6hvrqyo>, consulta 20/09/20.

<sup>19</sup> WELIVESECURITY, *¿Ciberseguridad o seguridad de la información? Aclarando la diferencia*, 2015. Véase: <https://tinyurl.com/yd2dep39>, consulta 20/09/2020.

<sup>20</sup> CHAVÉZ, Gabriela, “Contra el lavado de dinero digital: más tecnología y menos gente”, *Revista Digital Expansión*, 2020. Véase: <https://tinyurl.com/y29b3bo8>, consulta 20/09/2020.

primordial, pues muchas veces son ellos mismos quienes se exponen a riesgos y terminan compartiendo, talvez de manera inadvertida, información importante.

Cuestiones tan sencillas como el tener una contraseña segura con caracteres especiales con minúsculas y mayúsculas, números no secuenciales y una longitud de ocho o 10 caracteres o el evitar dejar anotadas nuestras claves en aplicaciones de notas de nuestro dispositivo móvil hace la diferencia entre ser víctima o no de los delincuentes informáticos.

Resulta indispensable que el abogado experto en ciberseguridad sea aquel profesional del Derecho que se ha especializado en el Derecho de las nuevas tecnologías o Derecho Digital. Conozca a profundidad los aspectos relacionados con las amenazas y delitos cometidos en el ámbito digital y las medidas para garantizar la seguridad de la información tratada y difundida a través de sistemas informáticos.

Cada vez hay más empresas que funcionan únicamente a través de Internet. Y otras que, teniendo una sede física, ofrecen sus servicios o productos a través de la red.

Tradicionalmente, los asuntos relacionados con la seguridad de los sistemas informáticos era competencia exclusiva de los departamentos de Tecnologías de la Información (TI) de la empresa. Y los departamentos jurídicos actuaban como un mero soporte de aquellos.

Con los cambios producidos en las leyes y el continuo aumento de los riesgos cibernéticos se exige cambiar esa organización empresarial. Ahora no debe ser solo un departamento el que monopolice los temas de ciberseguridad, sino que deben ser varios los departamentos que tengan responsabilidad en caso de producirse un ciberataque.

#### **4. Protección de datos**

Dado el avance tecnológico de los últimos años, el intercambio de información se ha realizado en volúmenes muy grandes, es decir, de manera masiva. Esta situación ha permeado y permitido que se tenga poco control sobre dicho intercambio, que incluye datos sensibles de las personas que dan a conocer algunas actividades a través de las categorías de economía, gustos e intereses, preferencias y tendencias.

Por lo anterior, se establece que las personas tienen un registro digital, y por consiguiente con los datos personales se puede definir a las personas, entender sus gustos, preferencias, su nivel socioeconómico, intereses, comportamientos, entre algunos otros aspectos. Esto entonces genera un riesgo por el mal uso que se le pueda dar a esta información. Existen varias categorías de datos, por ejemplo, de identificación (nombre, domicilio, teléfono, correo electrónico, firma, RFC, CURP, fecha de nacimiento, edad, nacionalidad, estado civil, etc.); laborales (puesto, domicilio, correo electrónico y teléfono del trabajo); patrimoniales (información fiscal, historial crediticio, cuentas bancarias, ingresos y egresos, etc.); académicos (trayectoria educativa, título, número de cédula, certificados, etc.); datos sensibles como ideológicos (creencias religiosas, afiliación política y/o sindical, pertenencia a organizaciones de la sociedad civil y/o asociaciones religiosas; de salud (estado de salud, historial clínico, enfermedades, información relacionada con cuestiones de carácter psicológico y/o psiquiátrico, etc.); características personales (tipo de sangre, ADN, huella digital, etc.); características físicas (color de piel, iris y cabello, señas particulares, etc.); vida y hábitos sexuales, origen (preferencia sexual y origen étnico y racial.). La Ley, así como las buenas prácticas en la materia reconocen diversos aspectos fundamentales sobre dicho manejo informático, a continuación, se destacan algunos:

1. “La persona física a quien corresponden los datos personales es el titular de los mismos y por consecuencia le pertenecen y decide sobre de ellos.
2. Los particulares que recaben, almacenen, difundan y utilicen datos personales estarán obligados a cumplir con la

LFPDPPP. La ley aplica a los profesionistas que prestan sus servicios de manera independiente.

3. Las personas físicas y morales que realicen el tratamiento de los datos personales se denominan como Responsables.”<sup>21</sup>

## **5. Propiedad intelectual y derechos de autor**

La Propiedad Intelectual la entendemos como la rama del derecho que busca por una parte fomentar la innovación, la creación y la transferencia tecnológica. Se divide esencialmente en dos ramas, a saber: la propiedad industrial y el derecho de autor.

La propiedad industrial adopta toda una serie de formas, a saber: las patentes de invenciones, los diseños industriales (creaciones estéticas relacionadas con el aspecto de los productos industriales), las marcas de producto o de servicio, los esquemas de trazado de circuitos integrados, los nombres y designaciones comerciales y las indicaciones geográficas, a lo que viene a añadirse la protección contra la competencia desleal.

“Los derechos de autor se aplican a las creaciones literarias y artísticas como los libros, las obras musicales, las pinturas, las esculturas, las películas y las obras realizadas por medios tecnológicos como los programas informáticos y las bases de datos electrónicas. En algunos idiomas, el derecho de autor se denomina *copyright*. Aunque mediante el Derecho internacional se ha logrado cierta convergencia, esta distinción pone de manifiesto una diferencia histórica en la evolución de estos derechos que se refleja todavía en muchos sistemas de derecho de autor. El término *copyright* se refiere al acto de copiar una obra original que, en lo que respecta a las creaciones literarias y artísticas, sólo puede ser efectuado por el autor o con su autorización. La expresión derecho de autor nos remite a la persona creadora de una obra artística, su autor, subrayando así que, como se reconoce en la mayor parte de

---

<sup>21</sup> DINERO EN IMAGEN, *La importancia de la protección de datos personales*, 2012. Véase: <https://tinyurl.com/y6kp2rjy>, consulta 20/09/2020.

las legislaciones, el autor goza de derechos específicos sobre sus creaciones que solo él puede ejercer, los cuales se denominan, con frecuencia, derechos morales, como el derecho a impedir la reproducción deformada de la misma, mientras que existen otros derechos, como el derecho a efectuar copias, que pueden ser ejercidos por terceros, por ejemplo, por todo editor que obtenga una licencia del autor con ese fin”.<sup>22</sup>

Los programas informáticos son conjuntos de instrucciones que controlan el funcionamiento de una computadora para que pueda realizar una tarea específica, como el almacenamiento y la consulta de información.

Los programas informáticos constituyen un buen ejemplo de categoría de obra que no figura en la lista del Convenio de Berna pero que actualmente puede considerarse una producción en los campos literario, científico y artístico en el sentido de lo estipulado en el artículo 2. Cabe señalar que los programas informáticos gozan de protección con arreglo a la normativa de derecho de autor de varios países, así como en virtud del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (WCT, 1996).

## X. CONCLUSIONES

Existen en la actualidad un conjunto de leyes que regulan diversas aplicaciones de las nuevas tecnologías en México como la protección de datos personales. El nivel de madurez que presenta la implementación de estas leyes y su apego aún es bajo, y se han identificado varios riesgos potenciales en la administración y uso de la información personal.

En este se articuló identificó algunos temas principales en la visión de los retos para la regulación de las nuevas tecnologías y el

---

<sup>22</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*, Suiza, 2016, p. 4. Véase: <https://tinyurl.com/rf98tr>, consulta 20/09/2020.

papel que tendrán en el mundo jurídico para proteger a los usuarios del ciberespacio. También se documenta que puede haber riesgos como el robo de identidad, fraudes crediticios, venta de información personal, entre otros. Estos riesgos pueden convertirse en realidades que pueden perjudicar la imagen de las personas involucradas, así como generar problemas legales.

Nuestros datos personales pueden ser fácilmente manipulables, y es que a todos debiera preocupar que muchos de los datos obren en poder de bancos, agencias de viajes, dependencias del gobierno o de cualquier tipo de empresas privadas. Prácticamente todas las personas han recibido una llamada telefónica, mensaje o correo electrónico que permite el robo de datos. En el sector jurídico el abogado conocerá y se capacitará en temas de ciberseguridad, transparencia, *hacking* para desempeñar una labor exitosa y adecuada en las corporaciones, y en la sociedad ante cualquier tema tecnológico.

El hecho de las fronteras o divisiones entre naciones en la época de la información es ficticio, las profesiones podrán tener injerencia en cualquier parte del mundo, teniendo en cuenta algunos límites por las legislaciones correspondientes. Sin embargo, el abogado y demás operadores jurídicos deberán solucionar los errores dentro de la ciencia jurídica para ser más eficaces en la impartición de justicia.

Sirva este artículo para recomendar a los lectores y a la sociedad en general el impacto de los derechos digitales, conocer algunos temas de las nuevas tecnologías, además de reconocer algunos de los desafíos que tienen los distintos operadores jurídicos ante la evolución digital en esta nueva era de la sociedad de la información.

## **XI. BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

CATALÀ, Pierre, *Le droit à l'épreuve du numérique*, Jus ex Machina, PUF, París, 1998.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, México, UNAM, 2004.
- JIMÉNEZ IBÁÑEZ, José Daniel y PLIEGO RAMOS, Manuel (Coords.), *Hacia una justicia digital. Diagnóstico de los sistemas tecnológicos en los poderes judiciales*, Comisión Nacional de Mejora Regulatoria, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos y México, 2019. <https://tinyurl.com/yxt3hgx3>
- LARA, Juan Carlos (Edit.), *Internet en México: Derechos Humanos en el entorno digital*, Editado por Derechos Digitales, México, 2016. <https://tinyurl.com/y2xfmed2>
- NAVAS NAVARRO, Susana (Ed), *Inteligencia Artificial. Tecnología, Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*, Suiza, 2016. <https://tinyurl.com/rf98trr>
- R. J., Vincent, *Human Rights and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- RODOTÁ, Stefano, *et. al.*, *Proceedings of the First European Congress on Data Protection*, Madrid, 29-31 March 2006, Fundación BBVA, España, 2008.
- TIFFIN, J. y RAJASINGHAM, L., *En busca de la clase virtual. La educación en la sociedad de la información*, Paidós, Buenos Aires, 1997.
- WHITAKER, R., *El fin de la privacidad*, trad. de PRAT CLARÓS, L., Barcelona, Paidós, 1999.
- WIENER, Norbert, *Cibernética o el control y comunicación en animales y máquinas*, Tusquets Editores, Barcelona, 1985.

## Hemerografía

- CHAVÉZ, Gabriela, “Contra el lavado de dinero digital: más tecnología y menos gente”, *Revista Digital Expansión*, 2020. <https://tinyurl.com/y29b3bo8>

## **Legisgrafía**

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-277*, 2015. <https://tinyurl.com/y28r2pnd>

## **ONU**

Directrices para la regulación de los archivos de datos personales informatizados, *Resolución 45/95* de 14 de diciembre de 1990.

## **Páginas de internet**

BLUECITY, *Internet de las cosas. El futuro ya está aquí*. <https://tinyurl.com/y5um8oqh>

CARMAN, D., *'La máquina golpea al hombre' en el desafío de abogado de CaseCrunch*, Legal IT Insider, 2017. <https://tinyurl.com/y6hvfqyo>

Cyberjustice Laboratory, Universidad de Montreal, Canadá [www.cyberjustice.ca](http://www.cyberjustice.ca)

DINERO EN IMAGEN, *La importancia de la protección de datos personales*, 2012. <https://tinyurl.com/y6kp2rjy>

WELIVESECURITY, *¿Ciberseguridad o seguridad de la información? Aclarando la diferencia*, 2015. <https://tinyurl.com/yd2dep39>



# DERECHO CONVENCIONAL. LINEAMIENTOS Y PRINCIPIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR

LORENA DENIS TRINIDAD\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Objetivo.* III. *Fundamento jurídico del Control de*

---

\* Jueza Familiar de Primera Instancia del Primer Distrito Judicial de Centro, Tabasco. Doctora en derecho público por la Universidad del Sur, Chiapas, México. Maestra titular en licenciatura, especialidad y maestría de Derecho Civil y Derecho Corporativo en: la Universidad Autónoma de Guadalajara, campus Tabasco y Universidad Mundo Maya. Certificada en litigio estratégico internacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por IRESODH, CIDH, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata, Argentina. Certificada como ponente internacional por el área de Posgrado de Derecho Universidad Nacional Autónoma de México, la Asociación Española de Derecho Procesal Constitucional y Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Certificada como Jueza Civil por el Centro Nacional de Evaluación para la Educación Superior A.C., CENEVAL. Certificada en Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes por la UNICEF Regional, por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Suprema Corte de Justicia de México. Certificada en Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad, por la Dirección de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nacional y la relatoría especial de la organización de Naciones Unidad sobre los derechos de las personas con discapacidad. Integrante de la Red nacional de jueces, Red Latinoamericana de Jueces, Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos A.C., Red Mexicana de Cooperación judicial para la Protección de la Niñez, Asociación Mundial de Justicia Constitucional y la Barra Tabasqueña de abogados A.C. Contacto: [lorenadenis@outlook.com](mailto:lorenadenis@outlook.com)

*Convencionalidad. IV. Control de Convencionalidad y lineamientos Generales. V. Ejes rectores en el Derecho Familiar. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

En Latinoamérica, todas las autoridades tienen el deber respetar, promover, proteger y garantizar los Derechos Humanos. Independientemente de si su ámbito de competencia es Federal o local (provincia) y del área en que se desempeñan, por ende, es de vital importancia que los operadores jurídicos al aplicar control convencional conozcan e identifiquen cuáles son los elementos, lineamientos y principios generales que se infieren del *corpus iuris* internacional y nacional (México). De gran relevancia, es el estudio de los que han surgido en el derecho de familia y que ha producido nuevos cambios de paradigmas en los procedimientos.

## **II. OBJETIVO**

Establecer una serie de lineamientos que auxilien al Operador Jurídico en la aplicación del Control de Convencionalidad, tomando en cuenta el Sistema Universal e Interamericano de Derechos Humanos, ponderando como eje rector el derecho de familia.

## **III. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

Todas las autoridades deben aplicar y ejercer el “control de convencionalidad”, un concepto que tiene su fundamento en los artículos 1.1, 2, y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención ADH) y que aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), pero que en realidad es de reciente desarrollo en la dogmática de derechos humanos, y que consiste en un ejercicio de

interpretación, de verificar si las normas internas o nacionales cumplen con los principios rectores de derechos humanos, debiendo ser compatible con los estándares y obligaciones internacionales, todo ello a efectos de dar efectividad a los derechos humanos. Bajo el compromiso y obligación que recae en Jueces (así como cualquier autoridad de cualquier índole).

En México, dicha obligatoriedad está prevista en el artículo 1º Constitucional,<sup>1</sup> que ordena que todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Y que toda norma debe interpretarse de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, es decir, lo que más favorezca al derecho humano.

#### **IV. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LINEAMIENTOS GENERALES**

En este contexto, aun cuando la propia Corte IDH ha determinado que no existe un “modelo de juicio de convencionalidad”, *caso Boyce y otros vs. Barbados* (2007), sin embargo, la propia jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH en concordancia con la emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), (en el caso de México) y en general el *corpus iuris* universal e interamericano, nos da ciertos elementos centrales, lineamientos y principios que deben observarse en su aplicación.

##### **1. Convencionalidad, obligación y compromiso internacional**

Lo primero que debe considerar el operador jurídico, es que aplicar el control de convencionalidad no es de carácter optativo, sino que es una obligación, esto es, cada autoridad no sólo está

---

<sup>1</sup> Cfr. Artículo 1º. CPEUM.

vinculada a su derecho interno, sino además al Derecho Internacional de Derechos Humanos, por ende, se deja de ser operadores jurídicos de una provincia o distrito judicial, para transformarse en autoridades Internacionales, lo cual conlleva que en cada decisión, pudieran estar comprometiendo no sólo al distrito judicial al que pertenecen, sino al país o Estado.

Recordemos entonces, que una vez que en un Estado asumió y ratificó un Tratado Internacional, se obliga a su cumplimiento. Y en el caso de México, ratificó la Convención ADH desde el 3 de febrero de 1981<sup>2</sup> por ende, los operadores jurídicos están obligados a su observación y correcta aplicación, pero además hacer útil y eficaz los derechos humanos garantizados en cada uno de los instrumentos jurídicos.

La obligación de realizar un estudio de convencionalidad *ex officio* de acuerdo con la competencia de cada órgano jurisdiccional, lo advertimos en los siguientes casos de la Corte IDH:

- *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, en donde en su párrafo 128, se establece que “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un “control de constitucionalidad” (según su competencia) sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana...”<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> OEA. *Tratados multilaterales*. Véase: <https://tinyurl.com/yd3mnl2g>, consulta 14/10/2020.

<sup>3</sup> CORTE IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 7: control de convencionalidad*, p. 11. Véase: <https://tinyurl.com/2j7vefkz>, consulta 02/10/2020.

- *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, en donde en su párrafo 225, se establece “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención [ADH], todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención [ADH], evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención [ADH]”.<sup>4</sup>

En el caso de la Jurisprudencia Mexicana, existen numerosos criterios de jurisprudencia que prevén el control de convencionalidad como una obligación ineludible de la autoridad jurisdiccional y que su incumplimiento vulnera el mandato constitucional de proteger y garantizar los derechos humanos, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado Mexicano en su conjunto.<sup>5</sup> Cabe destacar, que esta obligación no es solo para jueces, sino se extiende a cualquier tipo de autoridad pública, esto es, se amplía el espectro del poder judicial a todos los

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>5</sup> Tesis: IC. 2º. A J/7 (10ª.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, diciembre 2013, tomo II, p. 933.

órganos públicos.<sup>6</sup> El propio artículo 1º Constitucional, utiliza la expresión “*todas las autoridades*”, lo que significa que aplicar el control de convencionalidad, no sólo es obligación en el ámbito judicial, sino más bien, de cualquier autoridad de cualquier índole y materia.

## **2. El control de convencionalidad debe desarrollarse de acuerdo con la competencia de cada operador jurídico**

El operador jurídico al pretender acatar el mandato convencional debe hacerse las siguientes interrogantes ¿Estoy facultado para aplicar convencionalidad?, ¿Cuál es mi competencia procesal constitucional y Convencional? Ya que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) otorga facultades a los Estados para poder establecerla.

En nuestro país, el texto del artículo primero Constitucional otorga facultades a todas las autoridades para aplicar convencionalidad, por tanto, estamos ante dos controles de interpretación de la norma: control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Por el primero de los citados, debemos entender el ejercicio de interpretación que se realiza entre la norma interna con la CPEUM, mientras que el control de convencionalidad lo realizamos cuando en ese análisis se atiende a la norma interna frente a la compatibilidad de los estándares y obligaciones internacionales, todo ello a efectos de dar efectividad a los derechos humanos.

En México, los Jueces Federales tienen ambas facultades, es decir, pueden aplicar control de constitucionalidad y en su caso, declarar la invalidez o no de la norma constitucional y también tienen facultades para aplicar control de convencionalidad, pero los

---

<sup>6</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafos 193 y 239. Véase: <https://tinyurl.com/ykkmqfc3>, consulta 09/10/2020; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párrafo 311. Véase: <https://tinyurl.com/z026ih7w>, consulta 09/10/2020.

Jueces locales (provincia) sólo tienen facultades de aplicar control de convencionalidad y desaplicar la norma por inconstitucional, pero de ningún modo estos últimos están facultados para declarar la inconstitucionalidad de algún precepto en el derecho interno.

Es decir, en el sistema jurídico mexicano, las y los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la CPEUM y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la CPEUM o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la CPEUM o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Aquí un cuadro para mayor ilustración.

Tabla 1. Competencias de los jueces y autoridades en el ámbito convencional y constitucional

| <b>Competencia</b>                   | <b>Convencionalidad</b>  | <b>Constitucionalidad</b>  |
|--------------------------------------|--------------------------|--|
| Jueces federales                     | Aplican convencionalidad | Pueden declarar inconstitucional una norma y desaplicarla.   |
| Jueces locales y cualquier autoridad | Aplican convencionalidad | Solo pueden desaplicar la norma que consideren inconstitucional. No están facultados para declararla inconstitucional. |

Fuente: elaboración propia.

### 3. Marco jurídico. El control de convencionalidad se extiende a todo el *Corpus Iuris* universal e interamericano

Una vez que ubicamos una posible norma violatoria de derechos humanos, así como las facultades y competencia procesal, estamos listos para saber sobre los instrumentos jurídicos que podremos utilizar al aplicar Convencionalidad. Y debe decirse, que está no se limita únicamente a la observancia de la Convención ADH sino, además, se extiende a los Tratados Internacionales, jurisprudencia, protocolos adicionales, observaciones e interpretaciones que de este ha hecho la propia Corte IDH o el órgano creado por el tratado respectivo. Este criterio fue mantenido y desarrollado de manera progresiva por la propia Corte IDH pues ha referido que los documentos relacionados con la Corte IDH eran sólo el estándar mínimo que las autoridades estatales debían respetar, pero que se ampliaba para todos los tratados internacionales sobre derechos humanos o normas de derechos humanos que ha ratificado el país, así como las interpretaciones de los órganos encargados respecto al tratado que emitan.<sup>7</sup>

*[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención americana.*<sup>8</sup>

(Subrayado agregado)

---

<sup>7</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Lo que se conoce como “bloqueo de convencionalidad”. Véase: <https://tinyurl.com/1k2vp3du>, consulta 01/10/2020.

<sup>8</sup> CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. Véase: <https://tinyurl.com/3u5ga9ja>, consulta 01/10/2020.

Esto es, se extiende a toda la Jurisprudencia de la CIDH.

*(...) No obstante, la Corte recuerda que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...<sup>9</sup>*

(Subrayado agregado)

Aquí cabe precisar que, en México, lamentablemente no se ha reconocido la obligatoriedad de las interpretaciones hechas por la Corte IDH, por el contrario, existe un criterio aislado que al abordar lo concerniente a las “opiniones consultivas” y sus implicaciones ante Jueces Mexicanos, afirma que, al no ser resoluciones contenciosas, son sólo criterios orientadores para los Jueces nacionales, a fin de desentrañar el sentido de la Convención ADH.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> CORTE IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Sentencia de 12 de marzo de 2020, párrafo 269. Véase: <https://tinyurl.com/3kcl48mb>, consulta 01/10/2020.

<sup>10</sup> Tesis: (I Región) 8o.1CS (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, abril 2018, tomo II, p. 1768.

Criterio que es preocupante dado que la propia Corte IDH ha establecido en últimas resoluciones la obligación de los Jueces de aplicar no sólo la Convención ADH, sino aún más, la interpretación que haya hecho de este la Corte IDH.

#### **4. Mecanismo o lineamientos generales para aplicar convencionalidad**

Además de los descritos en líneas que anteceden, los operadores jurídicos deben realizar un ejercicio hermenéutico y cuestionarse: ¿Cuáles son los pasos que debo seguir para aplicar convencionalidad?, aunque como ya referí al inicio de la lectura, no existe un solo modelo para la aplicación de convencionalidad, pero si podemos establecer una serie de lineamientos generales en el caso de desaplicación de derecho interno.

##### **4.1. Análisis de vulnerabilidad de la persona o grupo. (Determinar vulnerabilidad, derecho humano infringido)**

*Los 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.*<sup>11</sup> Son valores fundamentales vinculados a la dignidad humana, a la libertad, a la igualdad de las personas, teniendo como características esenciales, la universalidad, la indivisibilidad, la irrenunciabilidad, la imprescriptibilidad, son inalienables e imprescriptibles. Tampoco se suspende, salvo excepciones.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> MONGE NÚÑEZ, Gonzalo y RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor (Coords.), *Acceso a la Justicia de grupos de situación de vulnerabilidad. Manual General de litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado. Niñez y adolescencia, pueblos indígenas y afrodescendientes*, IIDH, Real Embajada de Noruega, 2014, p. 12. Véase: <https://tinyurl.com/2assstph>, consulta 01/10/2020

<sup>12</sup> *Cfr.* Artículo 27 de la Convención ADH.

En este contexto, la vulneración a cualquiera de estos derechos traería como consecuencia una violación a un derecho humano protegido. Es por ello, que el operador jurídico debe estar atento aún análisis de vulneración. Lo que se denomina individualización de personas o sectores vulnerables, que requiere tomar en cuenta los aspectos que pueden repercutir en dificultades, exclusión o discriminación de derechos en el sistema de justicia.<sup>13</sup>

Recordemos que existen grupos en situación especial:

- Mujeres
- Niñas, Niños y Adolescentes
- Pueblos Indígenas, afrodescendientes u otras minorías étnicas.
- Personas adultas mayores.
- Personas con discapacidad.
- Personas refugiadas y desplazadas.
- Personas con orientación sexual diversa (LGBTI)
- Personas privadas de la libertad.

Pero, además, existen ciertas categorías denominadas “categorías sospechosas” que pudieran inferir para que una persona o ciertos sectores se encuentren dentro de ella: *Edad, discapacidad, pertenencia alguna comunidad indígena o grupo de minoría, victimización, migración y desplazamiento interno, pobreza, género, privación de libertad*. Aun cuando no puede decirse que esta es una lista definitiva, si puede ser una referencia al momento de realizar el ejercicio de interpretación y desaplicar una norma o aplicar algún Tratado Internacional. Luego entonces, lo primero que se debe ponderar es si el asunto a mi consideración, sobre el que tomaré una decisión existe una situación de vulnerabilidad tanto de la persona o de un sector determinado. O incluso, si es posible, advertir una posible discriminación, desigualdad o denegación de acceso a la justicia.

---

<sup>13</sup> MONGE NÚÑEZ, Gonzalo y RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor, *op. cit.*, p. 22.

## 4.2. Atender a los diversos principios rectores de convencionalidad

Se trata de una obligación por parte de las autoridades que ejercen un control de regularidad normativa de utilizar todos los principios de interpretación. Al ser una obligación de quien ejerce el control constitucional y convencional, el intentar construir un significado de la norma que la adecue a los significados de protección y garantía de derechos humanos.

En esta tesitura, es de enfatizarse que estos ejes rectores de convencionalidad, no son sólo meros ejercicios deductivos como pudiera pensarse a partir de los pasos elaborados, como sucede en México, dado que el Pleno de la SCJN, en el expediente varios 912/2010, establece ciertas reglas para aplicar convencionalidad. Tampoco es mecánico, automático, ni de fácil realización concreta, al menos no lo es, si lo único que se proporciona para ello son referencias abstractas. En realidad, la aplicación de convencionalidad implica tomar en cuenta los tipos de interpretación en materia de convencionalidad que constituyen un desdoblamiento del ejercicio en donde se aplique los principios de interpretación conforme, principio pro-persona, principio de progresividad,<sup>14</sup> para así incrementar su capacidad de operacionalización y de control de protección de derechos humanos.

Algunos de estos principios son: principio *pro homine*, principio de interpretación evolutiva, principio de interpretación conforme, principio de posición preferente, principio de maximización de derechos, principio de fuerza expansiva de derechos, principio de fuerza expansiva de derechos, de estándar mínimo, de progresividad, de interacción, de irreversibilidad, de efectividad o efecto útil.<sup>15</sup> Todos ellos con la finalidad de acudir a la norma más

---

<sup>14</sup> MATA QUINTERO, Gerardo, “La Interpretación conforme en el Sistema Constitucional Mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, no. 46, julio – diciembre 2018, p. 239. Véase: <https://tinyurl.com/1wxuefr1>, consulta 01/10/2020.

<sup>15</sup> CASTILLA, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, no. 20, enero – junio 2009, p. 69.

protectora, preferir la interpretación de mayor alcance y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, dando utilidad a los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos.

### **4.3. Realizar control constitucional**

En el caso del derecho mexicano, la Jurisprudencia de la SCJN ha establecido el deber de acudir en primera instancia a tratar de solucionar la norma violatoria de derechos humanos a través de la interpretación de la norma constitucional.<sup>16</sup> Se considera, que en caso de que se considere que existe una norma contraria a los derechos humanos, la CPEUM goza de la presunción de protección de estos derechos<sup>17</sup> por lo tanto, antes de acudir al orden internacional debe justificarse razonadamente por qué se destruyó esa presunción de Constitucionalidad.<sup>18</sup> Es decir, los Tribunales Federales en México, han adoptado la postura de aplicación del control difuso *ex officio* en materia de derechos humanos, que es una herramienta de interpretación subsidiaria o complementaria del sistema jurídico mexicano, cuyo uso está condicionado a la optimización de la norma que la integra, para maximizar la defensa de los ciudadanos cuando el derecho interno no alcanza para ese fin. Esto significa que la aplicación del mencionado control se realiza en suplencia de la deficiencia de la normativa interna; es decir, para los Tribunales en México, el juzgador no debe acudir directamente a la normativa internacional para buscar respuesta al asunto, en virtud de que, antes, por lógica y preferencia del derecho interno, deberá analizar cómo está establecido el derecho humano en controversia en los contenidos que existen en las reglas y los principios constitucionales, así como en la legislación ordinaria, para que, una vez que se determine mediante los razonamientos respectivos que el derecho fundamental no está protegido o, si lo

---

<sup>16</sup> *Cfr.* SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Expediente varios 912/2010. Caso Radilla Pacheco*, 14 de julio del 2011.

<sup>17</sup> *Cfr.* Artículo 1º. CPEUM.

<sup>18</sup> Tesis: 1ª./2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. febrero 2016, tomo I, p. 667.

está, no suficientemente en favor de la persona, se justifica que se realice el control difuso de convencionalidad *ex officio*.<sup>19</sup>

Por control constitucional debemos entender la supremacía de la CPEUM a través de su defensa,<sup>20</sup> los juzgadores no deben aplicar normas que vayan en contra de ella, es decir, se verificará si ese derecho humano violado tiene una protección constitucional para ejercer control constitucional.

Como referí, esta condición está establecida en México por criterio de la SCJN en jurisprudencia de observancia obligatoria. No obstante, debe decirse que en mi consideración tal postura es incorrecta ya que, en el caso, la propia CPEUM (artículo 1º. Constitucional) y en el orden internacional, la aplicación de la Convención, tratados internacionales e interpretación, de ningún modo, condiciona acudir en primer lugar a la CPEUM, por el contrario, lo correcto es acudir al principio o norma que más favorezca a la persona humana.

Como conclusión a este apartado debemos decir que en ningún caso el Estado puede excusarse en su derecho interno (aun cuando sea Constitucional) para dejar de asumir la responsabilidad que asumió ante la Firma de un Tratado Internacional. El estado tiene el deber de adoptar incluso todas las disposiciones de derecho interno.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Tesis: (III Región) 5º. J/8, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, marzo 2014, tomo II, p. 1360.

<sup>20</sup> ESQUIVEL LEYVA, Manuel de Jesús, *El control de Constitucionalidad en el Sistema Jurídico Mexicano*, Biblioteca Jurídica Virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 317-318. Véase: <https://tinyurl.com/2w342386>, consulta 01/10/2020.

<sup>21</sup> *Cfr.* Art. 2º. Convención ADH. “Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno”. Art. 27. Convención de Viena.

#### **4.4. Tutela de derechos humanos**

Como ya analizamos en líneas anteriores el derecho interno lo constituye esencialmente en un país, la CPEUM y sus normas generales (leyes formalmente promulgadas en códigos, leyes generales, Jurisprudencia nacional etc.). Pero la protección internacional, se apoya en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, tanto los generados por el Sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como en los sistemas regionales, sistema de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en nuestro Continente) Convención ADH y Tratados específicos, como por ejemplo: Convención sobre los Derechos del Niño (Convención DN), Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, pero también existen Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos, protocolos facultativos, observaciones y normas *soft law* (derecho suave o emergente) y jurisprudencia internacional.

El operador jurídico no sólo debe atender al derecho interno, sino a todo el sistema de protección de derechos humanos, por ende, al aplicar convencionalidad debe conocer y atender a cada uno de todos instrumentos. Y verificar que norma hace más útil y eficaz la protección de derechos humanos.

De este modo, cuando el operador jurídico advierte la vulnerabilidad existente en el sujeto o sector, la discriminación, la necesidad de tutela de derechos humanos acorde con los principios de convencionalidad o resarcir derechos humanos violados, está listo para desaplicar la norma jurídica y aplicar el “control de convencionalidad” dado que ello favorece más a la persona humana.

#### **4.5. Fundamentación y motivación adecuada**

En este contexto, no basta con afirmar que una norma es violatoria de derechos humanos y desaplicarla o apoyarse en un derecho protegido en la Convención, este ejercicio también requiere de debida motivación y Fundamentación. Entendiéndose por motivación, la exposición de todos los razonamientos lógicos

jurídicos que llevaron a considerar primero que era necesaria la protección o que una norma es violatoria de los derechos humanos, así como para decidir por que otra garantiza de mejor manera ese derecho humano. Y fundamentación, la mención de los preceptos legales aplicables que se ajustan al caso concreto y con lo que sustento mi decisión de desaplicación de la norma.

## V. EJES RECTORES EN EL DERECHO FAMILIAR

Hasta este momento, hemos citado, cuáles serían los lineamientos generales que los operadores jurídicos deben tomar en cuenta al aplicar convencionalidad, pero resulta de vital importancia analizar las situaciones específicas que deben atenderse en materia familiar. Efectivamente, un apartado especial requieren las obligaciones de los operadores jurídicos en el ámbito familiar en donde además de cumplir todos los elementos y lineamientos centrales citados, las autoridades deben tener en cuenta e identificar los cambios que el Derecho Procesal Convencional ha producido en el derecho interno de los países de Latinoamérica, bajo el amparo de su jurisprudencia, Convenciones y Tratados Internacionales, hablamos entonces de nuevos principios, conceptos y procedimientos en el Derecho de Familia y que han cambiado la manera en que hasta ahora se había administrado justicia en esta materia.

### 1. Evolución del concepto de familia

Al aplicar convencionalidad en materia familiar, debemos estar conscientes de la evolución que ha tenido, ya no podemos concebir que la familia es la que tradicionalmente conocíamos conformado sólo entre un matrimonio o la que surge entre papá, mamá e hijos, sino por el contrario, existen varios tipos de familia, reconociendo la propia Corte IDH en jurisprudencia definida,<sup>22</sup> que no es

---

<sup>22</sup> CORTE IDH. *Caso Atala Riffó y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafos 42 y 172. Véase: <https://tinyurl.com/suiqhcs3>, consulta 09/10/2020.

concebible un concepto cerrado, ni se protege únicamente a un modelo “tradicional”.

La Corte IDH ha constatado que en la Convención ADH no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos existe algún precepto legal, donde se conciba un sólo modelo “tradicional” de familia, por el contrario, el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares, de hecho, donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

De igual forma, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar. La misma Corte IDH ha establecido que el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de “familia” en términos amplios.

Al aplicar convencionalidad en materia familiar el juzgador debe tomar en cuenta un concepto amplio de familia, considerando que imponer un concepto único de la misma, sería tanto como una injerencia arbitraria a la vida privada de las personas, pero, además, debe ponderarse que la propia Convención ADH cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria: artículos 11.2 y 17.1.

## **2. El modelo social de discapacidad**

¿Por qué hablamos en este apartado de un nuevo modelo o un nuevo paradigma de discapacidad? porque aunque desde el 13 de diciembre del 2006, se aprobó por parte de la ONU, el primer Tratado Universal de Derechos Humanos del siglo XXI, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a las que se han adherido 140 naciones, aún en México y otros países de Latinoamérica, no se han hecho las reformas legislativas de carácter interno para que la norma sea acorde con la propia Convención ADH, situación que debemos tener muy en cuenta las juezas y jueces en materia Familiar al aplicar Convencionalidad.

La mayoría de los países de Latinoamérica, pertenecen a la familia del derecho romano - germánico, en cuyo sistema nació un texto sagrado el Código de Napoleón de 1807.<sup>23</sup> Familia Jurídica que se caracteriza por ser un derecho eminentemente legislado, un derecho codificado. Y que se complementa con jurisprudencia, costumbre, doctrina y principios generales de derecho.

A lo largo de la historia del derecho, hemos distinguido a los seres humanos:

- Libres o esclavos (inclusive en el derecho romano había algunos que se les denominaba “res” “cosa”).
- Libres (*estatus libertatis*) ciudadanos (*estatus civitatis*) y los pertenecientes a una familia (*estatus familia*).
- Hijos legítimos o ilegítimos o bastardos, o extramatrimoniales.

Y así hemos distinguido al ser humano por su color, por el grupo o familia a la que pertenece e inclusive lo hemos diferenciado de acuerdo con sus habilidades y características, de esta manera, para el derecho existe la capacidad de goce, la capacidad de ejercicio y existen restricciones a la personalidad jurídica, diferenciando a las denominadas “personas normales” “población estándar” y personas con discapacidad los “muertos civilmente”. Como impacto de esta clasificación, el derecho civil concibe ciertas restricciones a la personalidad: Algunos ejemplos de estas restricciones,<sup>24</sup> son:

- Los sordo mudos (que no sepan leer y escribir);
- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos;
- Aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas

---

<sup>23</sup> BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Sistemas jurídicos de la cultura occidental*. Véase: <https://tinyurl.com/14phowtz>, consulta 10/10/2020.

<sup>24</sup> Cfr. Art. 450 Código Civil Federal del Estado de México.

como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que, debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Para ello, las personas con discapacidad se sujetan a sendos procedimientos de interdicción, limitando su posibilidad de tener una vida digna, de manejar sus bienes, de contraer matrimonio, de no poder votar, en procedimientos donde no pueden expresar su voluntad y en donde esa interdicción nunca era sujeta a revisión.

El aplicar convencionalidad en materia de familia requiere de una “justicia universal” “ajustes razonables” de juicios y procesos para todos los seres humanos, que correspondan a la impartición de justicia de un modelo social. Veamos, los modelos que a lo largo de la historia han imperado en materia de discapacidad.

## **2.1. Modelos de discapacidad**

Existen tres modelos de discapacidad:<sup>25</sup>

- 1) Modelo de prescindencia.** Donde se toma a la persona con discapacidad vinculando la causa de discapacidad con algo religioso, inclusive político, era una “castigo divino” un “pecado”, a la persona con discapacidad se le condenaba a la marginación, se les consideraba seres “inútiles e innecesarios”. Existen algunos ordenamientos legales que aún hablan de vocablos como: “idiotismo”. Se consideraba a las personas con discapacidad como innecesarias, que no contribuían a las necesidades de la comunidad, que era algo

---

<sup>25</sup> Cfr. PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad*, CERMI Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, ediciones cinco, Madrid, 2008. Véase: <https://tinyurl.com/219mnf7w>, consulta 10/10/2020.

“diabólico”, sus vidas no merecían ser vividas, “mal del ojo” brujería”. Esta tiene dos submodelos:

I. Modelo Eugénésico: Había muchos infanticidios ya que no se consideraba conveniente el desarrollo y crecimiento de un niño con diversidad funcional.

II. Modelo de Marginación: “Pobres y marginados”. Ya los niños no mueren por infanticidio, sino mueren por abandono.

- 2) **Modelo médico o rehabilitador**. En los procesos se toma a la persona con discapacidad como “objeto de protección” “vamos a rehabilitarlas” “Las personas con discapacidad no corresponden a las personas estándar” “Es verdad eres inútil, pero te vamos a ayudar, te vamos a normalizar”, tratando así de ocultar la diversidad por discapacidad. Este tipo de modelo que está en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de México, enfatiza que el problema está en la persona, se produjo una enfermedad, un accidente que requiere tu tratamiento de discapacidad. Te obligo (aunque no quieres a hospitalizarte y a someterte a tratamientos médicos). La función del poder Judicial entonces va encaminada a la protección.
- 3) **Modelo social**. La discapacidad corresponde a la diversidad de los derechos humanos, las deficiencias no están en las personas, la deficiencia está en la sociedad, que no reconoce la diversidad. Este modelo tiene diversos valores: “dignidad humana” “igualdad y libertad personal” inclusión social y principios: vida independiente, proyecto de vida, no discriminación, accesibilidad universal, sistemas de apoyo, normalización del entorno, la participación de la persona con discapacidad.

En materia familiar y al aplicar convencionalidad tenemos el deber de aplicar el modelo social, que reconoce a las personas con discapacidad como sujetos de derechos, la discapacidad no surge de la persona, sino de la interacción de la sociedad, somos nosotros quienes etiquetamos a las personas con discapacidad. En el modelo social, se les reconoce personalidad jurídica,<sup>26</sup> y entonces, debemos

---

<sup>26</sup> *Cfr.* Art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 1. Los Estados partes reafirman que las personas

dar vida y eficacia a la frase: “*nada sobre las personas con discapacidad sin las personas con discapacidad*” debiendo ser tratadas como sujetos de derechos. De ahí el cambio tan radical que puede surgir en los juicios familiares.

### **3. Realidad de los países de Latinoamérica**

De los 120 países que han firmado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sólo Perú, Argentina, Costa Rica y Colombia han hecho reforma a sus legislaciones internas. En México, la legislación interna aún contempla restricciones a la personalidad jurídica por discapacidad y se llevan a efectos Juicios de Interdicción en donde a las personas se les condena a una muerte civil, sin cumplir con los requerimientos de la propia Convención ADH, en muchos juicios ni siquiera se le da oportunidad a la persona con discapacidad de expresar su voluntad. Sin embargo, en el ámbito federal existe un gran precedente donde incluso se realiza una sentencia en formato de lectura fácil.<sup>27</sup>

Al aplicar convencionalidad, todo procedimiento en materia familiar debe respetar el modelo social, dando acceso a la justicia, redimensionando los procedimientos y dando acceso a una justicia universal.

---

con discapacidad tienen derechos en todas partes al reconocimiento de la personalidad jurídica.

2. Los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igual de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados adoptaran las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

...  
<sup>27</sup> Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Amparo en revisión 1368/2015. Véase: <https://tinyurl.com/uojbvxlj>, consulta 09/10/2020.

#### 4. Jurisprudencia relevante por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia familiar

Como ya analizamos, la Jurisprudencia de la Corte IDH resulta fundamental en el derecho de familia, mismo que ha traído la incorporación incluso de nuevos modelos, paradigmas y que conllevo a un cambio total de los procesos. En materia familiar, algunas de las resoluciones de vital importancia en el SIDH, son las siguientes:

- *Caso Maria Da Pehna Maia Fernandes vs. Brasil* (2001).<sup>28</sup> Es el primer caso donde se aplica la Convención *Belém Do Pará* en el SIDH, como decisión, en que se responsabiliza a un país en materia de violencia doméstica contra las mujeres. Se analiza los retardos injustificados en procesos y la urgencia de las medidas en materia de violencia contra la mujer.
- *Caso Valentina Rosendo Cantú vs. México* (2010).<sup>29</sup> En este asunto, se analiza la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la violación sexual y tortura en perjuicio de Valentina Rosendo Cantú, así como la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de esos hechos. Resulta relevante pues el caso se trata de una persona con varias categorías sospechosas: Era mujer, indígena y menor de edad, llevándose el proceso sin respetarse los derechos que tienen las niñas, niños y adolescentes, mucho menos lo concerniente al proceso de garantías judiciales y procesales, en donde no se ponderó las manifestaciones de relaciones de poder entre mujeres y hombres, que trasciende a todos los sectores de la sociedad, habiéndose restringido a dicha persona su Derecho a la honra, intimidad y a su Dignidad, por su condición de mujer,

---

<sup>28</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe n° 54/01, caso 12.051, Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, 16 abril del 2001. Véase: <https://tinyurl.com/z3jen70d>, consulta 09/10/2020.

<sup>29</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Sentencia de 31 agosto del 2010. Véase: <https://tinyurl.com/ysrkax5c>, consulta 02/10/2020.

indígena y niña. Amén que se resolvió lo concerniente a lo indebido de la jurisdicción militar, cuando se trata de delitos contra particulares. Se analiza la agresión sexual recibida como una forma de tortura. Está resolución muestra una forma de diversa valoración de pruebas sobre todo en el orden internacional, donde el juzgador o juzgadora debe ponderar lo relevante que resultan las presunciones.

- *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* (2012).<sup>30</sup> El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. Se analiza que el modelo de vida familiar no está reducido al matrimonio, no debe concebirse un modelo tradicional de familia, así como los derechos de la niñez. Así como debemos juzgar sin estereotipos de ninguna índole.
- *Caso Fornerón e hija vs. Argentina* (2012).<sup>31</sup> Aquí se analiza la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones al debido proceso en el caso de tenencia de Leonardo Fornerón con respecto a su hija M, quien había sido dada en adopción. Se hace un estudio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, garantías judiciales y procedimentales que deben tener los procesos de adopción.
- *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (2012).<sup>32</sup> El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la fecundación *in vitro*. En este asunto se analiza lo concerniente al derecho a la familia, a la integridad

---

<sup>30</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia 24 de febrero del 2012. Véase: <https://tinyurl.com/suiqhcs3>, consulta 09/10/2020.

<sup>31</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia 27 abril del 2012. Véase: <https://tinyurl.com/1dsqgu3m>, consulta 09/10/2020.

<sup>32</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Sentencia 28 de noviembre del 2012. Véase: <https://tinyurl.com/524w3rhs>, consulta 09/10/2020.

personal, aún proyecto de vida, lo relativo a la discapacidad y discriminación, protección judicial, salud y biótica.

- *Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua* (2018).<sup>33</sup> Niños, niñas y adolescentes. Los Médicos que los atienden deben estar especializados y capacitados, deben sentirse seguros, atendidos y escuchados.
- *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* (2018).<sup>34</sup> En esta resolución se pondera a la dignidad como valor del ser humano, a la no separación del hogar – conyugal de los niñas, niños y adolescentes, las adopciones internacionales. El no decidir en base a estereotipos. Así como que no debe existir separaciones arbitrarias entre hermanos.

## 5. Los principios de la niñez

Es muy común escuchar como principio de la niñez, “el interés superior del menor”, sin embargo, la Convención DN, que por cierto ha sido ratificada por 193 Estados, sólo tres no han ratificado (Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur), por lo que casi ha alcanzado su ratificación universal.<sup>35</sup> Lo que la convierte en la más ratificada históricamente,<sup>36</sup> acoge cuatro principales principios especializados en materia de niños, niñas y adolescentes:

- Principio de no discriminación.<sup>37</sup>
- Principio de respeto a la vida, supervivencia y desarrollo.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua*. Sentencia de 08 marzo de 2018. Véase: <https://tinyurl.com/32pe5ue7>, consulta 09/10/2020.

<sup>34</sup> Cfr. CORTE IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 09 marzo de 2018. Véase: <https://tinyurl.com/oe3h3lum>, consulta 09/10/2020.

<sup>35</sup> CARDONA LLORENS, Jorge, “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”, *Educatio siglo XXI*, no. 2, vol. 30, 2012, p. 48.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Cfr. Art. 2 de la Convención DN.

<sup>38</sup> Cfr. Art. 6. de la Convención DN.

- Principio de interés superior del menor.<sup>39</sup>
- Principio de participación.<sup>40</sup>

Los impartidores de justicia en materia de familia al aplicar convencionalidad debemos reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derechos y no como objetos de protección. A lo largo de la historia el estado los ha invisibilizado, decidiendo sus padres o las personas que los tenían bajo su guarda. Y posteriormente, el Estado asumió el papel de tutor u objeto de protección. Sin embargo, una de las características de la Convención DN es el empoderamiento a los niños, pudiendo participar el niño, niña o adolescente en cualquier tipo de procedimiento e inclusive política de Estado, lo que constituye un cambio revolucionario y de paradigma, que todo operador jurídico en materia de familia debe tener en cuenta. ***“Los niños no pertenecen a nadie, ni siquiera a sus padres, los niños se pertenecen a sí mismos y deben ser considerados como sujetos de derechos”.***<sup>41</sup> Bajo este contexto, el interés de los niños debe ser tenido en cuenta en todas las decisiones que le afecten y su opinión debe ser escuchada antes de determinar el contenido de su interés.

Los principios de la niñez, son una máxima constitucional e internacional. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos, lo que exige que no sólo puedan participar activamente en los juicios en los que están inmersos, sino que esa interacción con los órganos que imparten justicia debe darse en un ámbito de pleno respeto a las libertades fundamentales que procure su sano e íntegro desarrollo. Ello representa un reto importante para cualquier operador jurídico, pues obliga a reconocerlo como un grupo de situación de vulnerabilidad que requiere de personal especializado. Cuando se trata de menores, debemos considerar:

- a. Que el derecho de niños, niñas y adolescentes es un derecho prioritario.

---

<sup>39</sup> Cfr. Art. 3.1. de la Convención DN.

<sup>40</sup> Cfr. Art. 12 de la Convención DN.

<sup>41</sup> CARDONA LLORENS, Jorge, *op. cit.*, p. 52.

- b. Que siempre debemos resolver lo que más favorezca al menor (esto es, debemos procurar su protección y bienestar), ponderar cuál es su residencia habitual, evitar hasta donde sea posible la separación de niños, niñas y adolescentes de su familia. Y que el albergue o la institucionalización es la *última ratio*.
- c. Utilizar todo el sistema de protección existente. Tanto Universal, como Interamericano. En este sentido, debemos tener en cuenta los instrumentos Jurídicos siguientes: Convención sobre los Derechos del Niño, Los protocolos facultativos de participación de niños en conflictos armados y la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de niños en pornografía. Las 23 Observaciones existentes dictadas por el Comité de Derechos del niño.<sup>42</sup> Las

---

<sup>42</sup> Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño. No. 1. Propósitos de la educación; N° 2. El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño; N° 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño; N° 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño; N° 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; N° 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen; N° 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia; N° 8. El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes; N° 9. Los derechos de los niños con discapacidad; N° 10. Los derechos del niño en la justicia de menores; N° 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención; N° 12. El derecho del niño a ser escuchado; N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia; N° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1); N° 15. Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24); N° 16. Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño; N° 17. Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31); N° 18. Sobre las prácticas nocivas; N° 19. Sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4); N° 20. Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia; N° 21. Sobre los niños

- opiniones Consultivas dictadas por la Corte IDH, la jurisprudencia existente.
- c. La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias 1989; Convención Interamericana sobre conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores 1984; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores 1994; Convención Interamericana en materia de Adopción ratificado por México 1987.
  - d. Eliminar todas las formalidades judiciales a fin de evitar retraso en decisiones judiciales, no guiarse de estereotipos de género, sociales y sexuales.
  - e. Priorizar convivencia familiar (advertir abuso sexual, violencia o alienación parental).
  - f. Ordenar si es necesario la creación de políticas públicas necesarias en favor de la niñez.

En este contexto, es necesario que las personas que intervienen en este tipo de procesos y apliquen convencionalidad en asuntos donde intervengan niños, niñas y adolescentes cuenten con una preparación adecuada, que les permita estar a la altura de las exigencias propias de una materia en constante evolución. No todos los operadores jurídicos se han formado o especializado en derechos de la infancia, en algunos juicios el menor queda invisibilizado respecto a los intereses de adultos o incluso en intereses del propio Estado.

## **6. Otros principios en materia familiar**

En materia de convencionalidad vinculada con el ámbito familiar, no podemos pasar desapercibido los principios de “proporcionalidad y reciprocidad” que está relacionado con proyecto de vida o vida digna. Cuyo vocablo se relaciona con

---

en situación de calle; N° 22. Sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional; N° 23. Sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

procesos de alimentos, divorcios, guarda y custodia etc. Y que la Corte IDH lo asocia con el concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones en las que una persona puede conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. La Corte IDH se ha pronunciado sobre el hecho de que difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Por lo tanto, el que no se atienda a ello, implica una reducción objetiva de la libertad.<sup>43</sup> Tal pronunciamiento ha hecho entonces, que se transformen los procesos y hablemos entonces del “libre desarrollo de la personalidad”.

Por último, el principio de equidad de género, con todas sus relevaciones, que implica y que impacta en los procesos de familia, sin embargo, por razón de espacio en este artículo ya no lo desarrollaremos con la profundidad que dicho principio requiere. Empero es elemental atender a la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que las juezas y jueces familiares y cualquier operador jurídico dicte las medidas que fueran necesarias para garantizar el acceso a la justicia, eliminar cualquier tipo de violencia e incorporar la igualdad de género como elemento central de toda decisión judicial. Es decir, eliminar cualquier obstáculo de acceso a la justicia de niñas y mujeres, evitar la revictimización de las mismas y no tolerar nivel de impunidad alguno.

## VI. CONCLUSIONES

Si bien no existe un modelo único para aplicar control convencional, si podemos realizar un ejercicio hermenéutico, aplicando parámetros o lineamientos para dar efectividad a los derechos humanos consagrados convencionalmente, evitando comprometer al Estado o que este sea condenado por incumplimiento de una responsabilidad internacional.

---

<sup>43</sup> CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párrafo 148. Véase: <https://tinyurl.com/22g6gtsm>, consulta 09/10/2020.

Al momento de realizar ejercicios de interpretación en materia de derechos humanos, las autoridades deben cuidar que lo realicen en el ámbito de su competencia, debiendo tomar en cuenta no sólo los tratados internacionales, sino su jurisprudencia, las interpretaciones que se han hecho en el sistema universal, y en el interamericano. Realizar un análisis de vulnerabilidad de sujetos o grupos, utilizar los principios de convencionalidad que más favorezcan a la persona humana y en su caso, aplicar control constitucional o convencional, fundando y motivando debidamente sus decisiones.

En el caso del derecho familiar, el operador jurídico debe tener presente que ya no existe un modelo único de familia reducido al matrimonio, sino que es un concepto que ha evolucionado, atender al nuevo modelo social de discapacidad, a todos los principios que exige la Convención DN y demás, así como a toda la jurisprudencia relevante que ha emitido la Corte IDH en materia familiar que ha producido un cambio radical de paradigmas. Como ha quedado evidenciado, la aplicación del control de convencionalidad constituye una serie de desafíos para los operadores jurídicos, quienes con sus decisiones podrán dar vida y realidad a una justicia humanizada.

## **VII. BIBLIOGRAFIA**

### **Doctrina**

ESQUIVEL LEYVA, Manuel de Jesús, *El control de Constitucionalidad en el Sistema Jurídico Mexicano*, Biblioteca Jurídica Virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://tinyurl.com/2w342386>

MONGE NÚÑEZ, Gonzalo y RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor (Coords.), *Acceso a la Justicia de grupos de situación de vulnerabilidad. Manual General de litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado. Niñez y adolescencia, pueblos indígenas y afrodescendientes*, IIDH, Real Embajada de Noruega, 2014. <https://tinyurl.com/2asstph>

PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad*, CERMI Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, ediciones cinco, Madrid, 2008. <https://tinyurl.com/2l9mnf7w>

## **Hemerografía**

CARDONA LLORENS, Jorge, “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”, *Educatio siglo XXI*, no. 2, vol. 30, 2012, pp. 47-68.

CASTILLA, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia” *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, no. 20, enero – junio 2009, pp. 65-83.

MATA QUINTERO, Gerardo, “La Interpretación conforme en el Sistema Constitucional Mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, no. 46, julio – diciembre 2018, pp. 213-247. <https://tinyurl.com/1wxuefr1>

## **Legisgrafía**

Código Civil Federal del Estado de México  
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos  
Convención Americana de Derechos Humanos  
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad  
Convención sobre los Derechos del Niño

## **Jurisprudencia mexicana**

Tesis: 1ª./2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo I, febrero 2016.

Tesis: (I Región) 8o.1CS (10ª.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, abril 2018.

Tesis: IC. 2º. A J/7 (10ª.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, diciembre 2013.

Tesis: (III Región) 5º. J/8. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, marzo 2014.

## **Jurisprudencia de la CORTE IDH**

*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006. <https://tinyurl.com/3u5ga9ja>

*Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica.* Sentencia 28 de noviembre de 2012. <https://tinyurl.com/524w3rhs>

*Caso Atala Riffo y niñas vs chile.* Sentencia de 24 de febrero de 2012. <https://tinyurl.com/suiqhcs3>

*Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú.* Sentencia de 12 de marzo de 2020. <https://tinyurl.com/3kcl48mb>

*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010. <https://tinyurl.com/1k2vp3du>

*Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana.* Sentencia de 28 de agosto de 2014. <https://tinyurl.com/z026ih7w>

*Caso Fornerón e hija vs. Argentina.* Sentencia de 27 abril de 2012. <https://tinyurl.com/1dsqgu3m>

*Caso Gelman vs. Uruguay.* Sentencia de 24 de febrero de 2011. <https://tinyurl.com/ykkmqfc3>

*Caso Loayza Tamayo vs. Perú.* Sentencia de 27 de noviembre de 1998. <https://tinyurl.com/22g6gtsm>

*Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala.* Sentencia de 09 marzo de 2018. <https://tinyurl.com/oe3h3lum>

*Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* Sentencia de 31 agosto de 2010. <https://tinyurl.com/ysrkax5c>

*Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua.* Sentencia de 08 marzo de 2018. <https://tinyurl.com/32pc5ue7>

## **SCJN**

Amparo en revisión 1368/2015. <https://tinyurl.com/uobjvxlj>  
*Expediente varios 912/2010. Caso Radilla Pacheco*, 14 de julio del 2011.

## **Cibergráfica**

BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Sistemas*

*jurídicos de la cultura occidental.*  
<https://tinyurl.com/14phowtz>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.  
*Informe n° 54/01, caso 12.051, Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, 16 abril del 2001.*  
<https://tinyurl.com/z3jen70d>

CORTE IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 7: control de convencionalidad.* <https://tinyurl.com/2j7vefkz>

OEA. *Tratados multilaterales.* <https://tinyurl.com/yd3mnl2g>

# AGENDA 2030: CONVENCIONALIDAD Y EMPODERAMIENTO DE LA MUJER

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA\*

**SUMARIO:** I. *Objetivos*. II. *Metodología*. III. *Discusión*. IV. *Resultados*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

## I. OBJETIVOS

En el año 2015, los diferentes Estados integrantes de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobaron los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) para poder ser alcanzados en el año 2030. Son un total de 17 ODS con los que se fija la hoja de ruta de los diferentes países, principalmente en tres frentes: el económico, social y medioambiental. Entre los objetivos de carácter social, en este trabajo queremos prestar especial atención al número 5, en el que se indica que los diferentes Estados se marcan como objetivo “alcanzar la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas”.

La consecución de dicho objetivo, con la erradicación de las diferentes formas de discriminación hacia la mujer, requiere que se preste atención a diferentes ámbitos, entre ellos, el procesal. El

---

\* Catedrático de Derecho Procesal, Universitat de València, España, Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia (Italia) y Valencia (España). Vicepresidente para Europa de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Comisionado para Europa del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Contacto: [luis.a.cucarella@uv.es](mailto:luis.a.cucarella@uv.es)

objetivo que nos fijamos es analizar en qué medida con diferentes reformas procesales, puede coadyuvarse a lograr la igualdad efectiva y real entre mujeres y hombres. Para ello, se señala que hay tres aspectos que interesa reforzar en los diferentes ordenamientos jurídicos. Por un lado, mejorar la regulación normativa de carácter procesal en lo referente a la lucha contra la violencia de género. Una mejora en este ámbito, sin duda, contribuirá a erradicar esta forma de discriminación hacia las mujeres.

En lo referente al acceso a los tribunales con el objetivo de que éstos amparen o tutelen el derecho a la igualdad de las mujeres y niñas, también es necesario que los diferentes ordenamientos jurídicos amplíen el elenco de las personas que ostenten legitimación activa para demandar ante los Tribunales y poder solicitar la cesación de las conductas o actuaciones de carácter discriminatorio. También es preciso que se facilite la prueba de la eventual discriminación, en la medida en que, en muchas ocasiones, la prueba directa de la misma pueda resultar muy difícil o imposible. Al respecto, es oportuno que los ordenamientos jurídicos nacionales contemplen normas que faciliten la prueba en caso de un proceso de amparo o tutela por discriminación por motivos de género.

## **II. METODOLOGÍA**

La metodología que vamos a seguir es a partir de la regulación normativa y los avances que en las materias expuestas han tenido lugar en el ordenamiento jurídico español, sobre todo, por incidencia de disposiciones de ámbito convencional. Creemos que es muy interesante compartir cómo desde esa dimensión internacional, en el ámbito regional europeo se está trabajando normativamente para facilitar el acceso a los tribunales cuando existan conductas o actuaciones de carácter discriminatorio hacia la mujer, así como también para facilitar la prueba de discriminación.

No obstante, y con carácter previo, haremos referencia a algunas cuestiones relacionadas con la violencia de género, teniendo en cuenta también la experiencia normativa española. Al respecto,

queremos prestar atención a los mecanismos de participación ciudadana en la Justicia con la que puede ayudarse a combatirla.

### **III. DISCUSIÓN**

#### **1. Sistemática**

El objetivo que nos marcamos en este trabajo es analizar los mecanismos de participación ciudadana en la Justicia que se contemplan en el ordenamiento jurídico español. En concreto, queremos ver cómo se proyectan en el ámbito de la lucha contra la violencia de género. Para ello, la sistemática que vamos a seguir es la de prestar atención, como punto de partida, al artículo 125 de la Constitución española (CE) de 1978 actualmente en vigor, en el que se contemplan las formas de participación ciudadana en la Justicia. De esta manera, analizaremos la regulación sobre Justicia popular en España, intentado concretar si la misma es posible para juzgar los delitos por violencia de género.

Posteriormente, prestaremos atención al análisis de cómo la ciudadanía puede contribuir a que se persigan de manera más eficaz estos delitos. En concreto, queremos analizar el alcance de la acción penal popular en materia de violencia de género.

Una vez analizados esos aspectos, aterrizaremos en otro ámbito. Consideramos especialmente interesante la regulación que sobre las acciones en la lucha contra la publicidad ilícita se contemplan en el ordenamiento jurídico español. En este sentido, no podemos obviar que podemos encontrarnos con campañas publicitarias ilícitas por ser denigratorias de la dignidad de la mujer. Si la publicidad perpetúa un modelo de mujer cosificada, o denigrante, es evidente que se crea el caldo de cultivo para que la violencia de género se siga produciendo. En este sentido, queremos analizar en qué medida, la ciudadanía puede actuar en los procesos civiles por ilicitud de la publicidad en caso de discriminación hacia a la mujer. Así, prestaremos atención a cómo el fenómeno del asociacionismo

puede contribuir a luchar contra las campañas publicitarias discriminatorias.

En una segunda parte, prestaremos atención a medidas de índole procesal que se han adoptado en el ordenamiento jurídico español con las que se pretende facilitar el acceso a los tribunales ampliando el abanico de sujetos legitimados para el ejercicio de las acciones por conductas o actuaciones discriminatorias por motivos de género.

## **2. Participación ciudadana en la Justicia y proyección en la lucha contra la violencia de género**

El artículo 125 de la CE dispone que “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

Como puede apreciarse, son tres formas de participación ciudadana en la Justicia las que se contemplan: tribunales consuetudinarios o tradicionales, el jurado y la acción popular en materia criminal.

Si proyectamos el contenido del artículo 125 de la CE en la lucha contra la violencia de género, hay una de esas tres formas de participación ciudadana en la Justicia que inmediatamente debemos descartar. Nos referimos a la Justicia ejercida por los denominados tribunales consuetudinarios o tradicionales, que son tribunales que tienen reconocimiento legal como exige la CE y que ejercen Justicia en materia de aguas. Estos tribunales son órganos en los que se juzga con total oralidad, intermediación y publicidad.

La concreción normativa de qué órganos tienen en España la consideración de consuetudinarios o tradicionales ex artículo 125 de la CE se ha realizado en el artículo 19 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). En concreto, el artículo 19, párrafo 3 de la LOPJ dispone que “tiene el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional el Tribunal de las Aguas de la Vega

Valenciana”.<sup>1</sup> Y a su vez, el párrafo 4 añadido tras la reforma operada por la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo,<sup>2</sup> “se reconoce el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional al denominado Consejo de Hombres Buenos de Murcia”.

Las otras dos formas de participación ciudadana en la Justicia se contemplan para el ámbito criminal, en los términos que las leyes establezcan.<sup>3</sup> En concreto, nos referimos al tribunal del jurado y a la

---

<sup>1</sup> Sobre este tribunal, FAIRÉN GUILLÉN, V., “El proceso ante el Tribunal de Aguas de Valencia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 22-23, 1975, pp. 289-387; FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía)*, segunda edición, corregida y aumentada, Valencia, Caixa d’Estalvis de València, 1988; PELLICER, J. E., “El Tribunal de las Aguas de Valencia”, *Catalonia*, no. 45, 1996, pp. 14-16; MASCARELL NAVARRO, M. J., “El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana”, *Derecho y Opinión*, no. 5, 1997, pp. 309-339; FAIRÉN GUILLÉN, V., “Breve examen del Tribunal de las Aguas de Valencia y de su proceso”, *Arbor Ciencia, pensamiento y cultura*, CLXXV, 691, julio 2003, pp. 1295-1330; FAVRETTO, C., “El Tribunal de las Aguas: mito y evolución reciente”, *Braçal: Revista del Centre d’Estudis del Camp de Morvedre*, no. 28-29, 2004, pp. 195-211; PLAZA PENADÉS, J., “El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia”, *Derecho Civil Valenciano*, no. 2, 2007. Véase: [www.derechocivilvalenciano.com](http://www.derechocivilvalenciano.com); MASCARELL NAVARRO, M. J., “El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y su proceso jurídico”, en *El Tribunal de las Aguas de Valencia*, Javier Boronat, Valencia, 2ª ed., 2010, pp. 3-47; GIMÉNEZ DE LA CUADRA, G., “El Tribunal de las Aguas de Valencia”, *La Toga*, no. 184, noviembre 2011-marzo 2012, pp. 56-61.

<sup>2</sup> Sobre la vigencia del principio de unidad de Jurisdicción y el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, FAIRÉN GUILLÉN, V., “El principio de la unidad jurisdiccional y el Tribunal de las Aguas de Valencia”, *Revista de la Administración Pública*, no. 85, 1978, pp. 9-28.

<sup>3</sup> No obstante, nada impide que, sobre este mínimo de carácter constitucional, el legislador ordinario regule o permita la posibilidad de ejercer acciones populares en otros ámbitos. En este sentido, el artículo 62.1 del Real Decreto Legislativo núm. 7/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba la Ley del Suelo, dispone que “será pública la acción para exigir ante los órganos

posibilidad de ejercer la acción penal popular. Pues bien, a continuación, queremos analizar si el ordenamiento español ha regulado y contemplado estas formas de participación ciudadana en los casos de lucha contra la violencia de género.

### 3. Acción popular y violencia de género

#### 3.1. Su admisibilidad en materia criminal

La segunda forma de participación ciudadana en la Justicia prevista en el artículo 125 de la CE es la acción popular. En concreto se dispone que los ciudadanos puedan ejercitar la acción penal, en la forma y en aquellos procesos penales que la ley determine. Es

---

administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística”.

Nos encontramos, obviamente, ante una disposición normativa que claramente está consagrando una acción pública en este sector del ordenamiento jurídico. En este sentido puede verse, TESO GAMELLA, M. P., “Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales”, *Cuadernos de Derecho Público*, no. 36, enero-abril 2009, pp. 78-81, si bien referida esta aportación, a la regulación anterior. No obstante, las consideraciones que realiza son extrapolables a la regulación actual.

La Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico español, en su artículo 8.2, también contempla un supuesto de acción pública. En concreto, dispone que “será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español. En doctrina puede verse, TESO GAMELLA, M. P., *op. cit.*, pp. 81-82.

La Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, también contempla otro supuesto de acción popular. En concreto, su artículo, 109.1 dispone que “será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación. En doctrina puede verse, TESO GAMELLA, M. P., *op. cit.*, pp. 82-83.

decir, se reconoce que, en España, la acción penal sea pública, sin que el Ministerio Fiscal tenga el monopolio en su ejercicio.

El artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) dispone que “la acción penal es pública”. El apartado siguiente añade que “todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley”. Esta regulación se completa con lo dispuesto en el artículo 270 de la LECRIM. En su apartado primero señala que “todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley”.

El apartado segundo añade que “también podrán querellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados (...)”. Es decir, los sujetos de nacionalidad extranjera también pueden ejercitar la acción penal en España, pero solamente, cuando hayan sido víctimas del delito.

En definitiva, y a diferencia de la situación existente en otros ordenamientos jurídicos, en España, el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio en el ejercicio de la acción penal. Ello implica que, en la lucha contra la violencia de género, la ciudadanía pueda constituirse en parte acusadora en los procesos que eventualmente pudieran iniciarse.

### **3.2. Exclusión de la acción popular de inconstitucionalidad**

Queremos subrayar que la acción popular se prevé solamente para el ejercicio de la acción penal. No se contempla en la CE un ejercicio popular de la acción de inconstitucionalidad. En este ámbito, la legitimación prevista se entiende en sentido restringido.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Es indudable la influencia que Kelsen ha tenido sobre los diferentes ordenamientos jurídicos europeos, en relación con la exclusión de la acción popular de inconstitucionalidad. En este sentido, puede verse, KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de TAMAYO Y SALMORÁN, R., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp. 87-

Al respecto, el artículo 162.1 a) de la CE dispone que estén legitimados “para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas”. Como puede apreciarse, el ciudadano no goza de legitimación para poder plantear una demanda de inconstitucionalidad.

Es por ello que en España no se contempla normativamente hablando, que la ciudadanía pueda participar como demandante en un eventual proceso de inconstitucionalidad para el control en abstracto de una norma.<sup>5</sup> No obstante, nada impide que la ciudadanía pueda colaborar en los casos de control en concreto. En este supuesto, las dudas de inconstitucionalidad surgen porque esa norma debe aplicarse en un caso particular y el operador jurídico no tiene claro que la misma respete la constitución. El problema surge

---

88. En las que afirma que “la más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar un *actio popularis*: así, el tribunal constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial las leyes y reglamentos, a solicitud de cualquier particular. Es de esta manera como el interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares recibiría, indiscutiblemente la más radical satisfacción. No puede, sin embargo, recomendarse esta solución porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de insoportable congestión de procesos”.

- <sup>5</sup> En el caso español, el control en abstracto se hace a través del mal llamado *recurso de inconstitucionalidad*. Decimos que es un mal llamado recurso porque en sentido estricto es un proceso autónomo que se sigue ante el Tribunal Constitucional español para el enjuiciamiento de si una norma se adecua o no a la Constitución. A dicho “recurso” se refiere el art. 161.1 a) de la CE. En concreto, el artículo citado establece cuál es la competencia del Tribunal Constitucional en lo que, al proceso de inconstitucionalidad, se indica que el Tribunal tiene competencia para conocer “del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

a la hora de concretar qué operador es el que puede plantear la duda de inconstitucionalidad.

En la línea de lo que estamos exponiendo, suele ser frecuente que los ordenamientos jurídicos europeos en los que se ha adoptado un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las normas, atribuyan a los jueces de la jurisdicción ordinaria una función de colaboración con el tribunal constitucional en el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico. Nos explicamos. Estos jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de las normas, ni tampoco pueden dejar de aplicarla en el caso concreto. Sin embargo, se les permite que puedan suspender el proceso y plantear esa duda al tribunal constitucional.<sup>6</sup> En este caso, si bien es el juez el que decide promover la cuestión o duda, nada impide que las partes puedan solicitar al juez que promueva dicha cuestión. Desde nuestro punto de vista, es otra forma de participación indirecta de la ciudadanía en la Justicia, al reconocerse a las partes legitimación activa para poder solicitar al juez que promueva la duda de constitucionalidad. Eso es posible en cualquier tipo de proceso, y obviamente, en un eventual proceso por violencia de género si tuviera que aplicarse al caso concreto una norma sospechosa de inconstitucionalidad.

---

<sup>6</sup> En el caso español, el art. 29.1, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) dispone que “la declaración de inconstitucionalidad podrá promoverse mediante:

a) El recurso de inconstitucionalidad.

b) La cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales”.

El art. 35.1 de la LOTC dispone que “cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.

## 4. Participación ciudadana y publicidad sexista: el asociacionismo como instrumento de lucha contra la violencia de género

### 4.1. Introducción

Una modalidad interesante de lucha contra la discriminación es la que se deriva de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP). El artículo 3, inciso *a*), párrafo 1 de la ley en mención dispone que es ilícita “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4”. Por lo tanto, cualquier forma de discriminación reflejada en la publicidad, se considera ilícita.

En materia de discriminación por motivos de género, el párrafo siguiente dispone que “se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Sobre la publicidad sexista puede verse, ÁVILA DE LA TORRE, A., “Consideraciones generales en torno a la publicidad sexista”, en IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M. L. y FIGUERUELO BURRIEZA, A. (Coords.), *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, España, 2006, pp. 27-34; BLANCO, E., “Violencia de género y publicidad sexista”, *Revista Latinoamericana de comunicación Chasqui*, no. 91, 2005, pp. 50-55; CARRETERO GARCÍA, A., “Publicidad sexista y medios de comunicación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, no. 10, 2014 (Ejemplar dedicado a: Ejecución hipotecaria, Hipotecas multidivisa, Seguros de impago. Protocolo MIFID, Programa plurianual 2014-2020.), pp. 130-142; CUENCA GARCÍA, A., “La imagen de la mujer en los medios de comunicación: remedios contra la publicidad sexista”, FABREGAT MONFORT, Gemma (Coord.), *Mujer y Derecho*:

Entiéndase que este supuesto de publicidad que presente a la mujer de forma discriminatoria ya entraba en el ámbito del párrafo anterior. Así se pone claramente de manifiesto al indicarse que “se entenderán incluidos en la previsión anterior”. Sin embargo, en la política criminal de lucha contra la violencia de género se consideró oportuno desarrollar normativamente este supuesto específico de vulneración de la prohibición de discriminación.

## **4.2. Publicidad discriminatoria y violencia de género**

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPICVG) tuvo un claro impacto normativo en la LGP.<sup>8</sup> En este sentido, ya en la exposición de motivos de la LOMPICVG se subraya la aspiración de regular los aspectos de la publicidad ilícita, al indicarse que “la Ley establece medidas de sensibilización e intervención en al ámbito educativo. Se refuerza, con referencia concreta al ámbito de la publicidad, una imagen que respete la igualdad y la dignidad de las mujeres”. De igual modo, se añade que “en el campo de la publicidad, ésta habrá de respetar la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, tanto si se exhibe en los medios de comunicación públicos como en los privados. De otro lado, se modifica la acción de cesación o rectificación de la publicidad legitimando a las instituciones y

---

*Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho, Universitat de València*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 195-218.

- <sup>8</sup> Sobre el impacto normativo de la LOMPICVG en materia de publicidad, LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político criminal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, no. 7, 2005, pp. 1-23; NAVARRO BELTRA, M. y MARTÍN LLAGUNO, M., “La publicidad sexista en España: eficacia de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, no. 7, 2012, (ejemplar dedicado a medios de comunicación, publicidad y género (LEOZ, D., coord.), pp. 247-267; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., “Aportaciones de la Ley de medidas contra la violencia de género a la prohibición de publicidad discriminatoria”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, no. 2, 2008, pp. 145-160.

asociaciones que trabajan a favor de la igualdad entre hombres y mujeres para su ejercicio”.

Como puede apreciarse, se indica que, entre otros aspectos, interesa legitimar a las asociaciones para que puedan solicitar y obtener de los tribunales el cese de campañas publicitarias que sean discriminatorias y con las que, indirectamente, se fomenta la violencia de género.

Si acudimos al articulado de la LOMPICVG, podemos ver que el título I regula las medidas de sensibilización, prevención y detección, y en concreto, el capítulo II, incluye las medidas en “el ámbito de la publicidad y de los medios de comunicación”. En este sentido, el artículo 10 de la misma ley dispone que “de acuerdo con lo establecido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se considerará ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio”.

Debemos indicar que la redacción anterior del artículo 3 de la LGP que estudiamos, ya contemplaba como ilícita la publicidad sexista. En concreto, disponía que es ilícita “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer”. No obstante, como medida de política criminal de lucha contra la violencia de género, se cree oportuno desarrollar de manera más completa este supuesto en la redacción del artículo.

Del capítulo de la LOMPICVG que regula las medidas en el ámbito de la publicidad, nos interesa prestar atención al artículo 12 en el que se regulan los aspectos relativos a la acción de cesación y rectificación.<sup>9</sup> Así, dispone que “la Delegación Especial del

---

<sup>9</sup> No obstante, debe tenerse presente que el capítulo que analizamos, incluye otros artículos de interés. Así, el art. 11 de la LOMPICVG dispone que “el Ente público al que corresponda velar para que los medios audiovisuales cumplan sus obligaciones adoptará las medidas que procedan para asegurar un tratamiento de la mujer conforme con los principios y valores constitucionales, sin perjuicio de las posibles actuaciones por parte de otras entidades”.

Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, el Instituto de la Mujer u órgano equivalente de cada Comunidad Autónoma, el Ministerio Fiscal y las Asociaciones que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer estarán legitimados para ejercitar ante los Tribunales la acción de cesación de publicidad ilícita por utilizar en forma vejatoria la imagen de la mujer, en los términos de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad”.

Y esta disposición, implicó que la disposición adicional sexta previera la modificación de algunos preceptos de la LGP en el tema que nos ocupa.<sup>10</sup> Así en relación con la legitimación activa se

---

El art. 13 dispone que “1. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento estricto de la legislación en lo relativo a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres en todos los medios de comunicación social, de acuerdo con la legislación vigente.

2. La Administración pública promoverá acuerdos de autorregulación que, contando con mecanismos de control preventivo y de resolución extrajudicial de controversias eficaces, contribuyan al cumplimiento de la legislación publicitaria”.

Y el art. 14 añade que “los medios de comunicación fomentarán la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombre y mujer, evitando toda discriminación entre ellos.

La difusión de informaciones relativas a la violencia sobre la mujer garantizará, con la correspondiente objetividad informativa, la defensa de los derechos humanos, la libertad y dignidad de las mujeres víctimas de violencia y de sus hijos. En particular, se tendrá especial cuidado en el tratamiento gráfico de las informaciones”.

<sup>10</sup> En concreto, dispone que “se modifica el artículo 3, letra a), de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General Publicidad, que quedará redactado de la siguiente forma:

“Es ilícita:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que

dispuso que “cuando una publicidad sea considerada ilícita por afectar a la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer, podrán solicitar del anunciante su cesación y rectificación:

- a) La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.
- b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.
- c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.
- d) Los titulares de un derecho o interés legítimo”.

### **4.3. Asociaciones y legitimación activa para ejercitar acciones por publicidad discriminatoria por género**

No vamos a estudiar todos los supuestos de legitimación activa a los que nos hemos referido. En la línea que nos hemos marcado en este trabajo, vamos a prestar atención a los casos en que la ciudadanía pueda participar en el proceso que eventualmente pudiera iniciarse por publicidad sexista. Y en este sentido, a través del asociacionismo puede combatirse indirectamente la violencia de género. No obstante, para que las asociaciones tengan legitimación activa deben cumplir con una serie de requisitos fijados legalmente.

---

vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”.

Dos. Se adiciona un nuevo apartado 1 bis en el artículo 25 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (...).”

Tres. Se adiciona una disposición adicional a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, con el contenido siguiente:

“La acción de cesación cuando una publicidad sea considerada ilícita por afectar a la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer, se ejercerá en la forma y en los términos previstos en los artículos 26 y 29, excepto en materia de legitimación que la tendrán, además del Ministerio Fiscal, las personas y las Instituciones a que se refiere el artículo 25.1 *bis* de la presente Ley”.

En concreto, se establecen como concurrentes dos requisitos: que tengan como único objetivo la defensa de los intereses de la mujer. En ese sentido, si dicho objetivo se compartiera con otro u otros, debe entenderse que esa asociación carecería de legitimación activa. Así se está entendiendo en la jurisprudencia. Y, por otro lado, es preciso que entre sus asociados no estén incluidas personas jurídicas con ánimo de lucro.

## **5. Carga probatoria: el caso especial de discriminación sufrida por motivos de género**

### **5.1. Normas generales sobre carga probatoria**

Si nos acercamos al artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), podremos apreciar que en el párrafo 1 se pone de manifiesto la utilidad que tienen este tipo de normas sobre prueba, para el juez. En concreto, las normas sobre carga probatoria le permiten imputar las consecuencias negativas de la falta de prueba de un hecho, a la parte que debió haberlo probado. Así, el artículo dispone que “cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”.

Si integramos el contenido de este apartado con otras disposiciones de la LEC, debemos traer a colación la facultad que tiene el juez en la audiencia previa del juicio ordinario, de poner de manifiesto a las partes los supuestos en que hubiera hechos controvertidos que pudieran quedar insuficientemente probados. En este sentido, el artículo 429.1 párrafo 2 dispone que “cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal,

ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”.<sup>11</sup>

La concreción de las normas sobre carga probatoria se hace en los apartados 2 (para el caso del actor) y 3 (para el caso del demandado).<sup>12</sup> Así, “corresponde al actor y al demandado reconviniente, la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición” (art. 217.2 de la LEC). Por su parte “incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior (art. 217.3 de la LEC).

La regulación la debemos completar teniendo en cuenta que, en ese mismo artículo, nos pone de manifiesto que las normas sobre carga de la prueba pueden surgir modificaciones por disposición legal o por decisión del juez. Veamos por separado cada uno de los supuestos.

La previsión de que la ley puede alterar las normas sobre carga probatoria, la encontramos en el apartado 6 del artículo que estudiamos. En concreto, dispone que “las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes”.

En este sentido, por ejemplo, para facilitar la prueba en los procesos por publicidad ilícita o competencia desleal, el artículo 217.4 dispone que “en los procesos sobre competencia desleal y

---

<sup>11</sup> Como indica ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil, et. al.*, 18ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 299-300, el tribunal debe realizar “un pronóstico sobre cómo aplicará en la sentencia la carga material de la prueba, e informar del mismo a las partes para que esa aplicación no las sorprenda cuando ya no hay remedio –es decir, cuando ya está dictando sentencia–”.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 301.

sobre publicidad ilícita corresponde al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente”.

Sobre la posibilidad de alteración de las normas sobre carga probatoria por el juez, atendida la facilidad en el acceso a las fuentes de prueba, debe tenerse presente el artículo 217.7 de la LEC. En concreto, dispone que “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.<sup>13</sup>

## **5.2. Especialidades en la prueba de discriminaciones por motivos de género: construcción de presunción de discriminación**

La otra reforma que también presenta interés, guarda relación con las normas sobre el tema de la prueba. Las especialidades en lo referente a la prueba de la discriminación por género, las encontramos en el artículo 217.5 de la LEC.<sup>14</sup> En concreto, dispone que “de acuerdo con las leyes procesales en aquellos procedimientos

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 301-302. Afirma que “el art. 217.7 inviste al juzgador de una potestad de tomar en consideración circunstancias concretas de la actividad probatoria del proceso que justifiquen una modificación de la atribución reglada de la carga de la prueba. Con esta modificación la carga se atribuye a la parte a la que, en el caso concreto, le hubiera sido más fácil probar y, sin embargo, no lo hizo”.

<sup>14</sup> Al respecto, PÉREZ GIL, J., “La carga de la prueba en la ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en GÓMEZ CAMPELO, E. y VALBUENA GONZÁLEZ, F. (Coords.), *Igualdad de género: una visión jurídica plural, Jornadas Igualdad efectiva: realidad o ficción*, Burgos, España, 11, 12 y 13 de marzo de 2008, pp. 249-264. También puede verse, CUCARELLA GALIANA, L. A., *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción. Especialidades en los procesos por discriminación: amparo ordinario, constitucional y europeo*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

El párrafo 2 añade que “a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes”.

Nótese, por lo tanto, que, en este tipo de procesos, y a la vista de la aplicación de las reglas dinámicas sobre carga de la prueba, la demandante no es la que tiene la carga de probar la existencia de la discriminación. Es la parte demandada la que debe probar la ausencia de dicha discriminación.<sup>15</sup> Como indica la doctrina, se trata de “evitar al demandante las dificultades probatorias excesivas que (...), recaerían sobre él en caso de atribución de la carga según la norma general”.<sup>16</sup>

La duda que podría surgir de la mera lectura de esta disposición es la de si basta con que la demandante alegue la existencia de la discriminación para que pueda operar la consecuencia prevista en el artículo 217.5 de la LEC.<sup>17</sup> En este sentido, debe analizarse con

---

<sup>15</sup> De manera complementaria a esta reforma, debe tenerse presente que la disposición adicional 6ª también modifica la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. En concreto, se dispone que el art. 60 de dicha ley pase a tener un apartado 7 con la siguiente redacción: “De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes”.

<sup>16</sup> ORTELLS RAMOS, M., *et. al.*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>17</sup> Sobre estas cuestiones puede verse el análisis de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “La adaptación del derecho procesal español a las directivas antidiscriminatorias de la UE. Especial atención a la

cuidado el contenido de esta disposición, pues en realidad creemos que no está contemplando una norma sobre inversión de la carga de la prueba, sino de modificación del tema de la prueba.<sup>18</sup>

Nos explicamos, no es razonable sostener que basta con que la demandante alegue la existencia de discriminación para que el demandado tenga la carga de probar la ausencia de la discriminación y la proporcionalidad de las medidas adoptadas.<sup>19</sup>

Ello conduciría a una prueba diabólica de un hecho negativo: la ausencia de discriminación. Compartimos las posiciones doctrinales

---

distribución de la carga de la prueba”. Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales”, en JIMÉNEZ CONDE, F. (Director), FUENTES SORIANO, O. y GONZÁLEZ CANO, M. I. (Coords.), *I Congreso Internacional de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.176-178. En donde analiza si nos encontramos ante un supuesto de inversión de la carga de la prueba, presunción o reducción del grado de certeza. Por su parte, sostiene que “la literalidad del art. 217.5 LEC, sin embargo, no deja espacio para una interpretación favorable a dicha mínima onerosidad y parece relevar al actor de todo esfuerzo de acreditación con sólo alegar, es decir, invocar o afirmar, hechos que constituyan una conducta discriminatoria (...)”, p. 183.

También puede verse, PÉREZ GIL, J., “Probar la discriminación Una mirada a las normas sobre la carga de la prueba en la Ley de igualdad”, en CARPI, F. y ORTELLS, M. (Coords.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Universitat de València, Valencia, 2008, pp. 218-219. Recoge la postura de los que sostienen que operaría sin más una aplicación de esas normas sobre carga probatoria sin exigir a la demandante la carga de probar nada.

<sup>18</sup> Sobre las posibles interpretaciones de esta disposición normativa, puede verse la sistematización realizada por ARMENTA DEU, T., “El derecho a la igualdad entre mujer y hombre: tutela procesal civil”, *Revista Jurídica de Catalunya*, no. 1, vol. 109, 2010, pp. 57-60.

<sup>19</sup> ARMENTA DEU, T., *op. cit.* p. 58, sostiene que esta interpretación es “criticable”.

que sostienen que la actora deberá alegar y probar el indicio o indicios de la existencia de la discriminación.<sup>20</sup>

En realidad, nosotros consideramos que el artículo contempla la generación de una presunción. En concreto, se presume la discriminación si la demandante aporta y prueba indicios de la existencia de la misma. Para ello es preciso que quede probado el hecho base y el indicio o indicios, para poder llegar a la presunción de que ha habido discriminación. En ese caso, es cuando el demandado puede probar la ausencia de la discriminación y la proporcionalidad de las medidas adoptadas atacando los indicios invocados y probados por la actora.<sup>21</sup> Consideramos que nos

---

<sup>20</sup> En este sentido, *Ídem*, p. 219, en la que afirma que “no me cabe duda pues de que de la parte actora será exigible una actividad que permita ser calificada de mínima actividad probatoria de los hechos constitutivos de su pretensión. Estamos por tanto ante otro claro fallo del legislador, únicamente interpretable como olvido o error, cuya relevancia no debe sobredimensionarse hasta permitir lo que constituirían verdaderas exoneraciones probatorias rayanas en la aberración procesal”.

Sobre el análisis de esta interpretación puede verse, ARMENTA DEU, T., *op. cit.*, pp. 58-59. Al respecto, en la p. 59, afirma que “si el demandado quiere liberarse de la responsabilidad por el perjuicio originado podrá probar de manera plena la inexistencia de discriminación o, lo que resulta más asequible, enerve la presunción demostrando que en ese caso concreto no existió tal relación de causalidad porque los hechos que constituyen la desigualdad en el trato están amparados por la ley o la proporcionalidad”.

<sup>21</sup> Desde nuestro punto de vista, se produce el fenómeno semejante al que se deriva del art. 69.2 de la Ley 24/2015, 24 de julio, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, en el que se dispone que “si una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, salvo prueba en contrario, que todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el procedimiento patentado”. Esta norma es la heredera del art. 61.2 de la Ley 11/1986, 20 marzo, de Patentes y Modelos de Utilidad. Como en su día pusimos de manifiesto en CUCARELLA GALIANA, L. A., *El proceso civil en materia de patentes*, Comares, Granada, 1999, pp. 402-408, una cosa es modificar el *thema probandi* y otra diferente es la modificación del *onus probandi*.

encontramos ante un supuesto de modificación del *thema probandi* y no del *onus probandi*.

Por otro lado, con esta interpretación se da coherencia al ordenamiento jurídico, puesto que no podemos pasar por alto la existencia de otras normas sobre prueba en los procesos por discriminación fundada en otros motivos en los que con mayor claridad se construye la presunción.

### **5.3. Otros supuestos sobre carga probatoria y protección del derecho a la igualdad**

En particular, nos referimos al artículo 36 de la Ley 60/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que dispone “en aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Y, por otro lado, también debe tenerse presente el artículo 77 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, que contempla previsiones especiales sobre la prueba. En concreto, el apartado 1, dispone:

*“...aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación*

*objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.*

Como puede apreciarse en estos casos, se pone de manifiesto que el demandante debe alegar (y también probar), la existencia de indicios de la discriminación, para que, entonces, el demandado deba probar la ausencia de discriminación. Consideramos que sería incoherente que en casi todos los casos de discriminación deban alegarse y probarse indicios de la discriminación para construir la presunción, y en el caso de discriminación por motivos de sexo, baste la alegación de hechos por la actora.<sup>22</sup>

#### IV. RESULTADOS

La investigación llevada a cabo permite poner de manifiesto que las normas procesales pueden ser un instrumento eficaz para poder alcanzar el ODS número 5 que señala que debe trabajarse para lograr la igualdad efectiva entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas.

Es evidente que aspectos relacionados con la lucha contra la violencia de género, así como cualquier otra forma de discriminación hacia las mujeres, deben combatirse desde diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico. En el caso del ámbito procesal, la presente investigación ha evidenciado que la ampliación de la legitimación activa en el ámbito penal y civil para combatir las discriminaciones, puede ser realmente eficaz. De igual manera, la facilitación de prueba de la discriminación mediante la construcción

---

<sup>22</sup> Se generaría el efecto agresivo de inversión de la carga de la prueba a que se refiere ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *op. cit.*, p. 181. Por esta razón, en las pp. 184-185, sostiene que lo razonable sería que el juez tuviera en cuenta lo previsto en el art. 217.5 de la LEC. En concreto, afirma que “ante las alegaciones del actor afirmando la discriminación, el tribunal habría de *tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*, o sea atribuir o no al demandado la carga de probar el carácter no discriminatorio de su actuación (...)”.

de una presunción es igualmente eficaz para alcanzar una igualdad más real y efectiva.

## **V. CONCLUSIONES**

1. La democratización de la Justicia es un instrumento a partir del cual la ciudadanía puede coadyuvar a que el Poder Judicial cumpla más adecuadamente la función encomendada constitucionalmente.

2. En el ámbito de la lucha contra las discriminaciones por género, y en particular, en la erradicación de la violencia de género como la forma más grave de discriminación hacia la mujer, la ampliación de la legitimación activa en el ámbito procesal penal puede ser un instrumento eficaz para alcanzar el ODS número 5.

3. La necesidad de ampliar el abanico de sujetos legitimados para el ejercicio de las acciones frente a conductas o actuaciones de carácter discriminatorio, se aprecia también en el caso de difusión de publicidad sexista o discriminatoria.

4. Debe facilitarse desde un punto de vista procesal, la prueba de la discriminación cuando se acude a la Jurisdicción demandando frente a conductas o actuaciones de carácter discriminatorio. La aplicación pura de las normas sobre carga probatoria puede implicar que sea imposible la prueba de la discriminación.

## **VI. BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

CUCARELLA GALIANA, L. A., *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y Jurisdicción. Especialidades en los procesos por discriminación: amparo ordinario, constitucional y europeo*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

CUCARELLA GALIANA, L. A., *El proceso civil en materia de patentes*, Comares, Granada, 1999.

- FABREGAT MONFORT, Gemma (Coord.), *Mujer y Derecho: Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho, Universitat de València*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía)*, segunda edición, corregida y aumentada, Caixa d'Estalvis de València, Valencia, 1988.
- GÓMEZ CAMPELO, E. y VALBUENA GONZÁLEZ, F. (Coords.), *Igualdad de género: una visión jurídica plural, Jornadas Igualdad efectiva: realidad o ficción*, Burgos, España, 11, 12 y 13 de marzo de 2008.
- IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M. L. y FIGUERUELO BURRIEZA, A. (Coords.), *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, Granada, 2006.
- KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, trad. de TAMAYO Y SALMORÁN, R., México, 2001.
- MASCARELL NAVARRO, M. J., “El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y su proceso jurídico”, en *El Tribunal de las Aguas de Valencia*, Javier Boronat, Valencia, 2ª ed., 2010.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “La adaptación del derecho procesal español a las directivas antidiscriminatorias de la UE. Especial atención a la distribución de la carga de la prueba. Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales”. I Congreso Internacional de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil, et. al.*, 18ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2019.

## Hemerografía

- ARMENTA DEU, T., “El derecho a la igualdad entre mujer y hombre: tutela procesal civil”, *Revista Jurídica de Catalunya*, no. 1, vol. 2010, pp. 39-62.

- BLANCO, E., “Violencia de género y publicidad sexista”, *Revista Latinoamericana de comunicación Chasqui*, no. 91, 2005, p. 50-55.
- CARRETERO GARCÍA, A., “Publicidad sexista y medios de comunicación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, no. 10, 2014, pp. 130-142. (Ejemplar dedicado a: Ejecución hipotecaria. Hipotecas multidivisa. Seguros de impago. Protocolo MIFID. Programa plurianual 2014-2020).
- FAIRÉN GUILLÉN, V., “Breve examen del Tribunal de las Aguas de Valencia y de su proceso”, *Arbor Ciencia, pensamiento y cultura*, CLXXV, 691, julio 2003, pp. 1295-1330.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., “El principio de la unidad jurisdiccional y el Tribunal de las Aguas de Valencia”, *Revista de la Administración Pública*, no. 85, 1978, pp. 9-28.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., “El proceso ante el Tribunal de Aguas de Valencia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 22-23, 1975, pp. 289-387.
- FAVRETTO, C., “El Tribunal de las Aguas: mito y evolución reciente”, *Braçal: Revista del Centre d'Estudis del Camp de Morvedre*, no. 28-29, 2004, pp. 195-214.
- GIMÉNEZ DE LA CUADRA, G., “El Tribunal de las Aguas de Valencia”, *La Toga*, noviembre 2011-marzo 2012, pp. 56-61.
- LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político criminal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, no. 7, 2005, pp. 1-23.
- MASCARELL NAVARRO, M. J., “El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana”, *Derecho y Opinión*, no. 5, 1997, pp. 309-340.
- NAVARRO BELTRÁ, M. y MARTÍN LLAGUNO, M., “La publicidad sexista en España: eficacia de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, no. 7, 2012, pp. 247-267. (Ejemplar dedicado a medios de comunicación, publicidad y género (LEOZ, D., coord.).
- PELLICER, J. E., “El Tribunal de las Aguas de Valencia”, *Catalonia*, no. 45, 1996, pp. 14-16.

- PLAZA PENADÉS, J., El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, *Derecho Civil Valenciano*, no. 2, 2007. [www.derechocivilvalenciano.com](http://www.derechocivilvalenciano.com).
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., “Aportaciones de la Ley de medidas contra la violencia de género a la prohibición de publicidad discriminatoria”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, no. 2, 2008, pp. 145-170.
- TESO GAMELLA, M. P., Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales, *Cuadernos de Derecho Público*, no. 36, enero-abril 2009, pp. 71-89.

# CONVENCIONALIDAD Y PROCESALISMO. UN ENSAYO SOBRE LA CEGUERA DEL DERECHO EN LA CONTEMPORANEIDAD

RICARDO MARTÍNEZ QUINTERO\*

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Objetivo principal.* III. *Objetivos complementarios.* IV. *Metodología.* V. *Diferencias sustanciales entre procedimentalismo, procesalismo y convencionalismo.* VI. *De la naturaleza procesal de la constitución. Fundo de la convencionalidad.* VII. *El holocausto del palacio de justicia en Colombia.* VIII. *De la apelación de sentencias y la doble conformidad.* IX. *El caso del exalcalde Gustavo Petro Urrego. Derechos a garantías*

---

\* Abogado con especializaciones en ciencias penales y criminología por la Universidad Externado de Colombia. Especializado en casación penal y magister en derecho con énfasis en derecho penal por la Universidad la Gran Colombia. Maestría en Filosofía Latinoamericana y doctorando en filosofía por la Universidad Santo Tomás. Ha sido magistrado Auxiliar y conjuez de la Corte Suprema de Justicia. Actualmente Conjuez de la sala penal del Tribunal Superior de Bogotá. D.C. Docente investigador de posgrado en las universidades Libre, La Gran Colombia, Santo Tomás y las escuelas Esinc y Espol de la Policía nacional. Presidente del Colegio de Abogados Casacionistas. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Mundial de Justicia constitucional, de la Asociación Colombiana de Criminología y del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Contacto: rimarquín@hotmail.com

*judiciales y protección judicial. X.  
Conclusiones. XI. Bibliografía.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

Cuando al II Congreso Internacional de derecho convencional fui invitado a través de la muy reconocida voz académica de mi “tocayo”, el doctor Alfonso Jaime Martínez Lazcano, recordé de inmediato gratas experiencias vividas en Colombia, relacionadas con las discusiones sobre la necesidad de advertir de una vez por todas, la fuerza que como sello de autoridad de los derechos y garantías fundamentales, debía imponer el control de convencionalidad a las decisiones que tomadas al interior de los países miembros de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, delataban manifiestas expresiones de contrariedad a los compromisos adquiridos. A lo que siempre el suscrito acuñaba la idea, de ser lamentablemente mi terruño, uno de los mejores informadores históricos acerca de la ocurrencia de tal clase de sucesos en pleno siglo XXI, instancia de la humanidad en la que se creían superados desmanes propios de épocas anteriores por medio de un derecho verdaderamente humanitario.

Punto desde el que he venido buscando explicación al orden en que aparecieron en nuestra región la violencia y el conflicto. Factores de indudable trascendencia para determinar el origen de los abusos que, en contra de los derechos de los pobladores nativos, irremediablemente han venido marcando la pauta de herederos y legatarios de la conducta invasora, que por supuesto han impedido el progreso de los pueblos y la acción del derecho en pro de una dogmática coherente con los principios que la inspiran.

A la muestra un botón, si referimos por ejemplo a cómo si desde julio de 1789, suponíase con la toma a la Bastilla, conquistados esos derechos civiles y políticos de enlace de la hermandad, la justicia y la fraternidad, solo después de 1810, más explícitamente 1819, Colombia se enrutó en una aparente emancipación y liberación del yugo de aquellos por cuya crueldad

habían sido despojados de su identidad, su territorio y sus ideales nativos, los moradores de la región.

En consecuencia, no se trata de que bajo la supuesta autoridad y conocimiento empiece a hablarse de un tema tan delicado, desconociéndose el desarrollo de los hechos, en virtud de los cuales acontece lo que vemos. Dando en muy pocas ocasiones como respuesta a lo anterior, el simplismo de que el derecho no opera o de que está en desarrollo o simplemente que somos diferentes. Y ahí es donde está la clave, porque si somos diferentes es porque hay que buscar real y honestamente esa diferencia, pero no transferírmola de buenas a primeras con fundamento en los hábitos que nos fueron impuestos a la fuerza. Es decir, en la medida en que sepamos que fue primero, si la violencia o el conflicto, habremos dado un exitoso paso hacia el conocimiento pleno de por qué somos así y por ello *verbi gratia*, tolerantes, inermes y hasta cómplices en la violencia de los derechos humanos y el derecho Internacional humanitario. Es que, si hay textos superiores, proclamadores de estados sociales de derecho, resulta inaudito, por decir lo menos, que quepa tanta corrupción de los gobernantes. Lo que se traduce en la vulneración de derechos fundamentales tanto individuales como colectivos.

Y acaso ¿No es aquello sobre lo que se columbra el convencionalismo como protector? Pues claro que sí, pero no apenas para requerir al Estado sino para que éste no concurra en recidiva respecto de la situación enrostrada y que le sirva hacia el futuro para detener otras acciones derivadas del mismo patrón y con ello contribuir con eficacia en la construcción de los Estados nación de conformidad con las Constituciones políticas. Pero como esto último lamentablemente no ocurre, es lo que inspira la realización misional de este trabajo, para dejar en claro algunos asertos, que por su desprecio analítico por la inmensa mayoría de los estudiosos del tema de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario (D.I.H.), tal situación menester superarla para evitar seguir hablando de derecho y más bien hacerlo con el derecho. Valga decir, despojar de la disciplina jurídica esas formas o ritos con los que se ha venido presentando su validez, resultando simplemente una estrategia distractora, en

lugar de ser más bien su dimensión la mostradora del ámbito sobre el que se disemina la compatibilidad entre el ser ontológico y su relación directa y objetiva con el derecho, para de este recibir la esperada y pretendida eficiencia y eficacia en torno al respeto de los derechos y las garantías fundamentales, acordadas libremente por los Estados, repítase, como fundamento de sus propuestas constitucionales. Por ende, habilitado el camino de coherencia entre lo que se dice, en la norma y la acción de los representantes o ungidos por los Estados y la obra, dibujada sin eufemismos en las relaciones tanto personales como colectivas entre los sujetos miembros de la sociedad.

Situaciones que por consiguiente permiten descubrir esas abismales distancias respecto de lo prometido con lo cumplido. Espacio en el que cobra vigencia la interesante obra de José Saramago “Ensayo sobre la ceguera”, en la que como tema central se advierte la aparición intempestiva de la ceguera de un taxista, mientras esperaba el cambio de semáforo. Por lo que es conducido por su esposa al médico, quién también resulta ciega. Tras fingir la esposa de éste, el estar también ciega, en una ocasión de las que se dedicaba a leer textos a los invidentes, estos empezaron a recobrar paulatinamente el grandioso sentido. Por eso las diferencias que se divisan entre las cegueras negras, respecto de las blancas, que preinforman la necesidad de la intervención del convencionalismo como rehabilitador de las condiciones garantes negadas en el desarrollo de las actividades judiciales y administrativas internas de los distintos países. Lo anterior, producto de la lectura de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos y lo maltrecho de sus contenidos por acción u omisión de los países desleales a su tenor. Entonces, la recuperación de la visión como resultado de la superación de lastres histórico-dogmáticos arraigados en la “ciencia jurídica”, derribando una serie de mitos como el de la supremacía exclusiva de la Constitución y, en definitiva, un novísimo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, (Dir. Científico), *Derecho Procesal Constitucional*, VC Editores Ltda, Bogotá, 2012, Tomo III, Volumen III, p. 210.

De esta forma se mirarán las gruesas diferencias entre los conceptos de procedimentalismo como fuente de violación, a diferencia del procesalismo como fortín de protección, para destacar la naturaleza procesal de los textos constitucionales garantistas y finalmente traer a cuento a manera de ejemplo, algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ponen en evidencia lo planteado. Por ende, la inmensa e insustituible necesidad de los Estados suscriptores de la Convención para evitar seguir siendo motivo de tal clase de decisiones y procedan con la alcurnia indispensable de cara a la superación de tan obscuro panorama, recuperando la frescura de la naturaleza de los derechos y definitivamente dar fianza a los ciudadanos sobre la real existencia de los Estados Sociales de derecho prometidos.

Con esto en mente, desvertebraré la cuestión así:

## **II. OBJETIVO PRINCIPAL**

Analizar algunas de las diferencias que marcan epistemológicamente los ámbitos del tradicional procedimentalismo, respecto del procesalismo y la convencionalidad. Hecho que al denotar la insuperabilidad que del procedimentalismo no ha conseguido buena parte de los administradores de justicia locales, por diferentes factores, resalta la importancia del convencionalismo como fuente de rescate de derechos violados, transgredidos o preteridos.

## **III. OBJETIVOS COMPLEMENTARIOS**

Mostrar las incidencias que por la falta de ese conocimiento se traducen en la violación sistemática de los derechos humanos y las garantías fundamentales en las distintas actuaciones de los investidos por los Estados constitutivos del sistema interamericano. Actuaciones, en ocasiones generadoras de ceguera negra cuando de bulto aparece la agresión, pero también cuando aquella, blanca, al parecer contiene cumplidas todas las

requisitorias que demanda la custodia y respeto pleno de esas innegociables prerrogativas.

Deducir con base en lo anterior, la inmensa crisis que ocasiona su real existencia en la axiología y la deontología de los pueblos, en claro detrimento de la construcción de sociedades con culturas contrarias y opositoras a la corrupción, la discriminación, la intimidación, la violencia y los conflictos ajenos a la intermediación de la razón, en búsqueda de sus soluciones.

#### IV. METODOLOGÍA

Los enfoques faro son el histórico procesal, epistemológico, residenciado en una crítica propositiva axiológica.

#### V. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE PROCEDIMENTALISMO, PROCESALISMO Y CONVENCIONALISMO

Siempre he creído que la labor pedagógica, desprendida como uno de los caracteres que muestran las normas constitucionales conocidas con el nombre de neutras, son las llamadas a operar con la tendencia de hacer efectivas las de molde dogmático y orgánico. Normas no puramente constitucionales en sentido material, pero que las constituciones incluyen por la importancia de la materia que regulan, dotadas de una categoría superior de la ley ordinaria.<sup>2</sup> Para el caso colombiano la prevista en el artículo 41 de la Carta<sup>3</sup> que cierra el apéndice de los derechos fundamentales comprendidos desde el artículo 11 y este a su vez el de los principios fundamentales que son el decálogo del texto, nos ha

---

<sup>2</sup> NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Temis, Bogotá, 2010, p. 359.

<sup>3</sup> Art 41: “En todas las instituciones de educación, oficiales y privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la instrucción cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución”.

permitido seguir sosteniendo la vocación y misión procesal del mismo. De tal manera que, si la Constitución es en realidad un compendio procesal, es allí y no en otro lugar del sistema jurídico donde subyacen los derroteros a seguirse, tratándose de la protección de los derechos y garantías fundamentales fuente de apoyo argumentativo de cara al cumplimiento de la construcción del Estado Social de derecho previsto en el artículo 1 *ejusdem*. Por eso con esta encantadora e irrefutable idea, principios como el de integración y del bloque de constitucionalidad, plasmados en los artículos 93<sup>4</sup> y 214 numeral 2<sup>5</sup> respectivamente, ponen en claro que los habitantes del territorio colombiano son titulares no solo de los derechos consagrados a su interior, sino también de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Congreso. Garantías que no se pueden alterar ni restringir en estados de excepción y por contera prevalecen en el orden interno.<sup>6</sup>

En consecuencia, a estas alturas no puede confundirse el esquema procedimentalista con el que alguna vez se revistió el concepto del derecho procesal, a nivel interno, señalando al efecto plazos, términos, denominación de procesos etc., sino que actualmente el procesalismo supera la vieja tradición refiriéndose a lo que en su fondo revisa como esencia para a través de los trámites y de las actuaciones pueda materializarse el objeto de su conocimiento que es el de la garantía de esos derechos y garantías que por su carácter universal, permite en los coasociados generar un grado de confianza afín con el desarrollo de las etapas en que éstos y aquéllas, deben distinguirse y aplicarse en el pretendido debido proceso.

En consideración a lo anterior, podemos afirmar que para descubrir si efectivamente ha existido respeto en el orden interno a esos mandatos internacionales, en primer lugar, indispensable no hacer la consideración de su afirmación por el simple suceso de haberse acogido a las formas rituales, sino más allá de éstas, por

---

<sup>4</sup> Constitución Política de Colombia.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> PÉREZ ESCOBAR, Jacobo y NAVAS TALERO, Fernando, *Diálogos constitucionales. Derecho constitucional colombiano*, Novena edición, Editorial Temis, Bogotá, D.C., 2019, p. 316.

sus contenidos decisorios, el fulgor de su aplicación plena mediante la expedición de las consecuencias de la sustancialidad de los preceptos. Caso contrario, la inevitable presencia de la negación de sus postulados. Así es que vemos en el procedimentalismo, la repetición de la norma por el prurito de su aplicación por la aplicación misma, la prevalencia de la legalidad de las actuaciones en detrimento de la constitucionalidad de aquellas y por consiguiente el objeto del proceso, su mera legalidad. De ahí que todas las reformas o modificaciones normativas en este ámbito deriven en populismo o punitivismo en el caso del derecho penal, en claro detrimento de los derechos humanos como el de la libertad. Piénsese en la aplicación de la cadena perpetua a sabiendas los legisladores y los promotores, de la inexistencia de una política criminal seria y fortalecida por la búsqueda del respeto a la dignidad humana. Casos en los que indudablemente se ve un ejercicio del hablante en torno de la Constitución, pero no con la Constitución. Una simple postura de insuficiencia del derecho frente a sus grandes y verdaderos retos, reemplazados por el de la pasividad del juez como boca de la ley y suero lácteo.

A tiempo que si revisamos los postulados del procesalismo, encontramos a un juez creador de derecho a través de sus decisiones, resultado por ejemplo de las más depuradas concepciones de la orientación pragmática del derecho, el carácter pluralista de la filosofía del derecho, la unidad matricial de sus temas, el aspecto tanto interno como externo, en uso de las disciplinas ontológica, sociológica, epistemológica y la teoría general del derecho, con base en la hermenéutica, la fenomenología, la analítica y la crítica, sin desconocimiento de los elementos configurativos de la cultura: mito, religión, lenguaje, ciencia y arte.

De esta forma, un derecho obediente a las razones de humanismo, visible en los procesos constitucionales, por ende, además de la conocida constitucionalización del derecho, la expedición de pronunciamientos y decisiones constitucionalizadas. La leche, no suero, sino deslactosada con la fuerza de los

principios, en un permanente diálogo de los sujetos, con el derecho y no de derecho.<sup>7</sup>

Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el considerando 125 señala que el “control de convencionalidad tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el Derecho Internacional, en el sentido que los Estados deben cumplir las obligaciones impuestas por ese Derecho de buena fe y sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno, regla que se encuentra recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados”.<sup>8</sup>

Consideraciones refrendadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “*La Cantuta vs. Perú de 29 de noviembre de 2006* (considerando 173) y “*Boyce vs. Barbados*” de 20 de noviembre de 2007 (considerando 78), entre otros.

Definitivamente una dinámica del derecho contemporáneo que vincula a los pueblos adheridos libremente al compromiso, mediante la declaración de sus Estados, bajo la cláusula del respeto auténtico de sus postulados al interior de los sistemas jurídicos, so pena de ser restablecidos cuando quiera que de ellos no se haya procedido a su reconocimiento y protección. Para el caso de la metáfora, ser llevados para el recobro de la visión testiga de la pérdida.

---

<sup>7</sup> Al respecto consultarse ponencias: “Constitucionalización de la casación. Sentencia de casación constitucionalizada”. “La casación de recurso extraordinario a acción constitucional a partir de sus fines” y “Estándares de prueba en el sistema penal en Colombia. Más allá de la idea de Dios y las teorías de los Estados”. Congresos Internacionales de Derecho Procesal Constitucional. Versiones 2017 y 2020 y Congreso Internacional de la Asociación Colombiana de Justicia Constitucional, 2019.

<sup>8</sup> VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, *Derecho procesal constitucional*, Agencia imperial, Bogotá, 2012, p. 212.

## VI. DE LA NATURALEZA PROCESAL DE LA CONSTITUCIÓN. FUNDO DE LA CONVENCIONALIDAD

Como lo sostenemos los miembros del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos, el control de convencionalidad constituye un revulsivo en las fuentes del derecho, el replanteamiento de categorías dogmáticas, dando paso a otras que como nuevas y necesarias de conformidad con los esquemas protectores de derechos y garantías fundamentales, conduce a la implantación de unos baremos compromisorios conocidos como parámetros o bloque de constitucionalidad. En consecuencia, el surgimiento de una obligación para los jueces constitucionales nacionales de realizar además de la tradicional labor de control meramente legal o formal, el de implementarlo con una revisión de convencionalidad.

Situación que nos permite deducir un imperativo pretoriano, para condensar las expresiones que con base en su esencia ha llevado a los estudiosos a calificarla en esas condiciones, resultando claro el primer caso al efecto el de *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* en su considerando 124, así:<sup>9</sup>

*“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 vean 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*

---

<sup>9</sup> CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

*normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana”.*

De lo anterior queda claro, el por qué en Colombia, mediante sentencia C-191 de 1998, la Corte Constitucional atina que el concepto de bloque de constitucionalidad se concibe en dos sentidos:

- *Stricto sensu* “conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto constitucional propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (Const. Pol., art 93)”.
- *Lato sensu*, el bloque de constitucionalidad lo integran “todas aquellas normas, de diversa jerarquía que sirven como parámetro para llevar a cabo, el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción el bloque de constitucionalidad estará formado no solo por el articulado de la Constitución, sino, entre otros, por los tratados internacionales referidos en el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.”<sup>10</sup>

En consecuencia, el bloque de constitucionalidad permite la obligación Estatal respecto de tratados y convenios internacionales, ratificados por el Estado colombiano con prevalencia en el orden interno en desarrollo del control de convencionalidad. Por ende, la Constitución fundó de la convencionalidad.

---

<sup>10</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-358 de 1997*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Así planteadas las cosas, miremos sin perder la vista intelectual, algunos casos que ponen en evidencia en Colombia el impacto de la convencionalidad, incluso en aquellos donde en aparente cumplimiento al deber nacional – ceguera blanca- debió imponerse el carácter supranacional, a tiempo que en otros -ceguera negra- aún frente a inconcusas violaciones a los principios, reconocidos por los jueces nacionales, el concurso de la Convención Interamericana de Derechos Humanos delató hechos sorprendentes con incidencias en el aquí y en el ahora de la historia del país, y seguramente en el futuro.

## VII. EL HOLOCAUSTO DEL PALACIO DE JUSTICIA EN COLOMBIA

Es el caso de *Carlos Augusto Rodríguez Vera, Irma Franco Pineda y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, por hechos en los días 5 y 6 de noviembre de 1985, cuando miembros del grupo armado M19 se tomaron a sangre y fuego las instalaciones de la sede Judicial, tomando como rehenes a las personas que allí se encontraban y a los Magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, a los que por cierto rindo homenaje y agradecimiento con este trabajo, por haber sido mis formadores: Alfonso Reyes Echandía, Emiro Sandoval Huertas, Carlos Medellín Forero, Manuel Gaona Cruz, José Geneco Correa, Fabio Calderón Botero y Ricardo Medina Moyano (qepd).

Una vez reasumido el control por los uniformados del Ejército Nacional, algunos de los ciudadanos rescatados fueron trasladados bajo sospecha de haber participado en el hecho, al Museo Casa del Florero, resultando finalmente desaparecidos. Como resultado de las investigaciones realizadas en el año 2001 pudo establecerse la ejecución extrajudicial de varios de ellos, como el de Ana Rosa Castiblanco Torres, que su cadáver fue identificado en una fosa común y el de Irma Franco que se constató que era una estudiante de derecho, más nunca se conoció su paradero.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> CORTE IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros vs. Colombia*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, párrafo 77.

Ante la evidencia el Consejo de Estado colombiano condenó a la Nación. No obstante, el alto Tribunal supranacional estimó insuficiente la compensación pecuniaria fijada y estableció otra por 100.000 US a favor de las 11 víctimas.

De esta forma la Corte Interamericana de Derechos Humanos precauteló el respeto que debió haber otorgado el Estado colombiano en pro de la vida de las personas, así fueran o no miembros del grupo subversivo. Con ello subrayó, que, bajo ninguna circunstancia, los Estados pueden atentar contra la vida de un ser humano.

## **VIII. DE LA APELACIÓN DE SENTENCIAS Y LA DOBLE CONFORMIDAD**

La ciudadana María Mónica Morris Liévano, mediante demanda ejerció la acción pública de constitucionalidad en contra de los artículos 20, 161, 176, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004. En virtud de los cuales, dijo la actora, la ley procedimental incurrió en un **“SILENCIO NORMATIVO”** al dejar de regular sobre la posibilidad de impugnar los fallos que fijaban una condena impuesta por primera vez en la segunda instancia en un proceso penal. Situación que delataba la transgresión de los artículos 13, 29, 31 y 93 de la Constitución Política colombiana, echando al traste los contenidos del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> El artículo 29 de la Carta Política establece lo siguiente: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene*

---

*derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.* (subrayado por fuera de texto).

El artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone lo siguiente: “1. *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 penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

*2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

*a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*

*b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;*

*c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*

*d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*

*e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*

*f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*

*g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*

*h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*

*3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*

4. *El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.*

5. *El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”* (subrayado por fuera de texto).

El contenido del artículo 14 del PIDCP es el siguiente: *“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.*

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.*

3. *Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

a) *A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;*

b) *A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;*

c) *A ser juzgado sin dilaciones indebidas;*

d) *A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;*

Como sustento de su exoración aseguró que el ordenamiento superior consagra el derecho a impugnar las sentencias condenatorias, el que a su vez comprende la facultad para controvertir aquellas providencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia, e imponen una condena en la segunda. A su juicio, esta potestad, que haría parte del derecho al debido proceso, ha sido reconocida tanto por la jurisprudencia de la Corporación, como por los organismos de los sistemas mundial y regionales de derechos humanos.

Refirió a las sentencias C-142 de 1993, C-040 de 2002 y C-371 de 2011 para derivar: i) todo reo puede atacar la sentencia condenatoria ii) esta facultad se puede ejercer a través de distintos mecanismos procesales, siempre y cuando estos permitan

---

*e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;*

*f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;*

*g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.*

*4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.*

*5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.*

*6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido (subrayado por fuera de texto).*

*7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”. (subrayado por fuera de texto).*

controvertir las decisiones judiciales que declaran la responsabilidad penal iii) la legislación puede establecer excepciones a la exigencia de la doble instancia en materia penal, siempre y cuando sea posible recurrir el contenido y alcance de las sentencias condenatorias iv) en el contexto de los procesos penales, la facultad referida tiene un carácter fundamental y no puede ser limitada o exceptuada.<sup>13</sup>

Respecto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos señaló como ejemplo la responsabilidad impuesta al Estado Argentino en el caso Mohamed, de donde se siguen las obligaciones de que “i) toda persona que sea condenada por la comisión de un delito tiene derecho a que la pena sea revisada por un juez superior ii) **aunque la configuración específica de los mecanismos para ejercer esta facultad depende de cada sistema jurídico, en todo caso se debe garantizar la revisión de la condena** iii) esta facultad no admite excepciones y no se agota con la doble instancia”.<sup>14</sup>

De esta forma puntualizó las características que en su opinión debería tener el recurso mediante el cual se pueda ejercer la impugnación en contra de las sentencias de segunda instancia que imponen una condena por primera vez: “ i) debe ser resuelto por el superior jerárquico de quien profirió el fallo ii) la revisión debe permitir un estudio integral del caso iii) el recurso debe ser eficaz y accesible iv) debe ser tramitado y resuelto antes de que la sentencia quede en firme y tenga efectos de cosa juzgada”.<sup>15</sup>

Con base en lo anterior resaltó la insuficiencia del recurso extraordinario de casación para dar respuesta adecuada a tales exigencias debido a sus limitaciones como la de exclusión de ciertos fallos, por la técnica que impera en su desarrollo, además de orientarse a la revisión de la legalidad del fallo, abandonando cualquier opción de estudio integral del caso. Crítica que extendió

---

<sup>13</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-792 de 2014*, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>14</sup> *Ibidem.*

<sup>15</sup> *Ibidem.*

sobre la revisión como acción extraordinaria sobretodo porque refiere a fallos ejecutoriados siendo el tema central del asunto evitar que las sentencias adquieran esa condición. Tras descartar también el planteamiento de las nulidades sobre sentencias al interior del sistema penal colombiano arribó a la conclusión de que los preceptos demandados conforman una proposición jurídica completa en razón de su vínculo íntimo e inescindible, cuyo efecto jurídico es el de **“impedir que haya una posibilidad para que el condenado por primera vez en segunda instancia pueda interponer el recurso de apelación contra esta sentencia”**.<sup>16</sup>

Argumentó el ataque sobre cada una de las normas de la siguiente manera: “ i) El artículo 20 de la Ley 906 de 2004, referido a la doble instancia, establece que las sentencias y autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado son susceptibles del recurso de apelación; no obstante, como quiera que el enunciado **no se refiere expresamente** a las sentencias que en segunda instancia condenan a una persona en un proceso penal, implícitamente impide el ejercicio del derecho en cuestión ii) el artículo 32 del mismo cuerpo normativo fija el catálogo de competencias de la Corte Suprema de Justicia y en particular la facultad de dicha corporación para resolver los recursos de apelación contra los autos y las sentencias que profieran los tribunales superiores, mas no para resolver los recursos en contra de las providencias de segundo grado que condenan por primera vez a una persona iii) el artículo 161 clasifica las providencias judiciales en autos y sentencias y define estas últimas como aquellas que deciden el objeto del proceso en única, primera o segunda instancia o en razón de la casación o de la acción de revisión, sin incluir aquellas que resuelven un recurso contra las decisiones judiciales que revocan un fallo absolutorio y fijan la responsabilidad penal en etapas posteriores iv) el artículo 176 fija el catálogo de los recursos ordinarios que pueden ser utilizados en contra de las providencias judiciales y circunscribe la apelación a las sentencias condenatorias o absolutorias que se dictan en primera instancia, sin precisar que procede también frente a las sentencias condenatorias de segundo grado v) el artículo 179

---

<sup>16</sup> *Ibidem.*

define el trámite del recurso de apelación contra sentencia pero tampoco contiene una referencia expresa a la apelación en la hipótesis planteada vi) el artículo 179 B consagra el recurso de queja cuando se deniega el recurso de apelación, pero lo circunscribe a los casos en que la denegación proviene del juez de primera instancia vii) el artículo 194, que prescribe los requisitos de la acción de revisión, exigiendo que la demanda sea acompañada de las sentencias de única, primera y segunda instancia, y que no hace ninguna alusión a los fallos de tercera instancia viii) por último, el artículo 481 de la Ley 906 de 2004 exige para la solicitud de rehabilitación anexar copias de las sentencias de primera y segunda instancia, prescindiendo de la que debería existir cuando se controvierten fallos de segundo grado”.<sup>17</sup>

Para contrarrestar los efectos que hasta la fecha habían venido proporcionando las justificaciones a esta restricción proveniente de las normas escribió: **“el derecho a impugnar los fallos condenatorios constituye uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, por lo que su limitación implica también un desconocimiento de los principios fundantes del Estado. No es válido el argumento de que en la segunda instancia sí se podría restringir el derecho a la impugnación porque el condenado ya ha contado con el fallo de dos operadores jurídicos distintos, ya que el derecho al debido proceso debe ser garantizado en todas las etapas del juicio penal, por esta razón la desigualdad no se justifica argumentando que la impugnación se realiza de maneras diferentes dependiendo de la etapa procesal. O del momento en el que se produjo la condena. Tampoco podría alegarse que en el derecho comparado o en otros sistemas regionales de derechos humanos no se consagra el derecho a recurrir las sentencias que condenan por primera vez a una persona en la segunda instancia, tal como ocurre en el sistema europeo de derechos humanos, porque en estos sistemas la excepción tiene un claro fundamento normativo, mientras que ni la Constitución Colombiana ni los instrumentos del sistema mundial e interamericano prevén una excepción semejante”**.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-792 de 2014*, p. 9.

Concluyó afirmando: **“existe una omisión legislativa de tipo relativo que la Corte Constitucional tiene capacidad para enmendar”**.

## **1. La posición de la Corte Constitucional**

El colegiado entendió que el estudio del caso reclamaba en un primer momento la determinación del diseño del sistema penal para demostrar si en efecto toda sentencia condenatoria dictada en segunda instancia debía poder ser controvertida mediante un recurso ordinario, para luego realizar un análisis de cada una de las normas demandadas mostrando su contenido general, el déficit normativo y por ello la inconstitucionalidad. Obligación que estimó satisfecha por la demandante.

Sobre esa base analizó en capítulos separados - El derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias - El derecho constitucional a impugnar las sentencias judiciales que en el marco de un proceso penal imponen por primera vez una condena en segunda instancia – El alcance del deber constitucional del legislador de diseñar e implementar un recurso judicial que materialice el derecho a la impugnación.

## **2. El derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias**

La Corte Constitucional reconoció la condición jurídica de la impugnación como derecho subjetivo parte del derecho a la defensa. Entendió el ámbito acción del derecho como garantía reforzada de defensa frente a los actos inculpativos. Aseguró que el contenido del derecho debe garantizar el estudio de todos los elementos determinantes de la providencia de condena, por parte de un superior a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y el PIDCP. Fijó como objeto del derecho a la impugnación el ataque contra la decisión más importante dentro del juicio penal que es la sentencia. Aseguró que la finalidad del derecho es cumplir lo que le es dispuesto como herramienta específica y calificada y asegurar una decisión correcta por medio

de la exigencia de la doble conformidad judicial. Concluyó que el derecho a la impugnación y la garantía de la doble instancia son estándares constitucionales autónomos y categorías conceptuales distintas e independientes, a pesar de contar con algunos supuestos fácticos compartidos.

### **3. Impugnación de sentencias judiciales que imponen por primera vez una condena en la segunda instancia**

En lo atañadero al segundo tema asumió el problema en la determinación de si el condenado tiene derecho a controvertir el último fallo, pese al surtimiento de las dos instancias del proceso penal. A lo que entregó validez a la premisa de la actora desde la perspectiva de las interpretaciones textual, finalista y sistemática. Adujo al respecto que el artículo 29 constitucional en asocio del 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14.5 del PIDCP, desmienten la tesis de que la revisión de las providencias inculpativas sólo es viable cuando se expiden en primera instancia en un proceso penal. Recalcó, como lo había hecho en la primera parte, que la impugnación atiende a dos finalidades: la de asegurar que el acto inculpativo sea validado por dos operadores jurídicos distintos y la de asegurar una defensa especial y calificada. Lo que corrobora la presunción legal de la corrección judicial. Advirtió que, con fundamento en una interpretación sistemática, el contenido y alcance de la prerrogativa constitucional debe adjudicarse teniendo en cuenta los demás elementos constitutivos del debido proceso, así como **el conjunto de principios constitucionales que orientan el juicio penal**. En particular, el alcance de ese derecho se debe fijar no solo a partir de la previsión del artículo 29 de la Carta, según el cual “*toda persona tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria*” sino también a partir de la garantía de la doble instancia, la exigencia de celeridad en el funcionamiento de la administración de justicia y los derechos y prerrogativas de las víctimas, del ente acusador y de los demás sujetos que intervienen en el juicio penal.

Así mismo desechó la posibilidad de la creación de una tercera instancia cuando se ejerce la impugnación. Baste recordar que el

Comité de Derechos Humanos ha dilucidado esta problemática al aclarar expresamente que *“el párrafo 5 del artículo 14 del PIDCP no exige a los Estados Partes que establezcan varias instancias de apelación (.....) el párrafo 5 del artículo 14 no exige un nuevo juicio o una nueva audiencia si el Tribunal que realiza la revisión puede estudiar los hechos de la causa. Así pues por ejemplo no se viola el Pacto si un Tribunal de instancia superior examina con todo detalle las alegaciones contra una persona declarada culpable, analiza los elementos de prueba que se presentaron en el juicio y los mencionados en la apelación y llega a la conclusión que hubo suficientes pruebas de cargo para justificar el dictamen de culpabilidad en el caso de que se trata.”*<sup>19</sup>

Con fundamento en esta directriz, este mismo organismo ha concluido en múltiples oportunidades que no se configura la vulneración del artículo 14.5 del PIDCP cuando la revisión de un fallo condenatorio no da lugar a un nuevo juicio o una nueva instancia, si el operador efectuó un examen integral de todas las bases de la sentencia de instancia.<sup>20</sup>

Consideró que en ningún momento por la impugnación se resquebrajan los derechos de las víctimas ni las prerrogativas de los demás sujetos procesales pues si respecto de la posibilidad de impugnación de la sentencia absolutoria de primera instancia la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de los artículos 176 y 177 de la Ley 906 de 2004, mediante sentencia C-047 de 2006 se sobreentiende la diferente posición que ocupan los sujetos en el momento en que por primera vez se condena en segunda instancia. En un escenario como este, cuando ya se ha configurado de manera íntegra el proceso, resulta virtualmente inviable vencer la sentencia condenatoria de segunda instancia, y por ello no resulta útil ni constitucionalmente necesario, la previsión de un nuevo recurso frente al fallo absolutorio de segundo grado.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Observación General No. 32 del Comité de Derechos Humanos.

<sup>20</sup> Sentencia C -792 de 2014 p. 29.

<sup>21</sup> M. P. Rodrigo Escobar Gil, artículos 176 y 177 de la Ley 906 de 2004.

Nuevamente amparó su criterio valiéndose de la hermenéutica orientadora de los operadores jurídicos internacionales puntualizando en la claridad de la observación No. 32 del Comité de Derechos Humanos que superó **el silencio** de la observación 13<sup>22</sup> en materia de impugnación. Presupuesto que la afianzó para recordar **como precedente** casos concretos – *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*,<sup>23</sup> *Barreto Leiva vs. Venezuela*,<sup>24</sup> *Vélez Loor vs. Panamá*,<sup>25</sup> por medio de los cuales se hace posible resolver el problema jurídico concluyendo de manera inexorable y forzosa del derecho que por extensión tiene el procesado para impugnar la condena proferida por primera vez en segunda instancia. Hecho desprendido del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> La Observación General No. 13 del Comité de Derechos Humanos dispone al respecto lo siguiente: “17. *En el párrafo 5 del artículo 14 se dispone que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le impone sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley (...) esta garantía no se limita tan solo a las infracciones más graves. A este respecto, no se ha proporcionado suficiente información sobre los procedimientos de apelación, en especial el acceso a los tribunales de segunda instancia y los poderes de estos, las exigencias que deben satisfacerse para apelar un fallo, y la manera en que los tribunales de segunda instancia tienen en cuenta en su procedimiento las exigencias de audiencia pública y con las debidas garantías establecidas en el párrafo 1 del artículo 14*”.

<sup>23</sup> CORTE IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio 2004, párrafo 167.

<sup>24</sup> *Cfr.* CORTE IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentencia del 17 de noviembre de 2009.

<sup>25</sup> CORTE IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, párrafo 180.

<sup>26</sup> Al respecto, la Corte IDH sostuvo lo siguiente: “*La Corte hace notar que este caso presenta la particularidad de que al imputado se le siguió un proceso penal de dos instancias, y fue condenado en segunda instancia por un tribunal que revocó la decisión absolutoria del juzgado de primera instancia. Para determinar si al señor Mohamed le asistía el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, corresponde determinar si la protección consagrada en el artículo 8.2.h de la Convención Americana*

Una parte crucial del fallo se verifica con las siguientes palabras:

**“Por su parte, hasta el momento la Corte Constitucional no ha fijado una regla jurisprudencial explícita para el supuesto fáctico planteado por la accionante, y,**

---

*permite una excepción, tal como alega Argentina, cuando el imputado haya sido declarado condenado por un tribunal que resuelva un recurso contra su absolución. // El artículo 8.2 de la Convención contempla la protección de garantías mínimas a favor de “[t]oda persona inculpada de delito”. En el último inciso en que expone esas garantías, cual es el h), protege el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. La Corte entiende que el artículo 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y proceso penal. Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena. // Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención. // Para confirmar la interpretación de esta Corte de que se trata de un derecho que asiste al condenado, resulta relevante acudir al lenguaje concreto del artículo 14.5 del PIDCP que, al referirse al derecho a recurrir del fallo, expresamente establece que es una garantía que tiene “[t]oda persona declarada culpable de un delito” (énfasis agregado). En otra oportunidad la Corte ha manifestado que dicha norma del Pacto es “muy similar” al artículo 8.2.h de la Convención Americana”.*

***además, las consideraciones en torno al derecho a la impugnación se han producido de manera intuitiva, tácita e indirecta, en el marco de las reflexiones sobre el sentido y alcance de la garantía de la doble instancia”.***

Remató este acápite de la sentencia aduciendo **el precedente de la Corporación** constituido por tres grupos a saber: i) el de los fallos de constitucionalidad de las normas que establecen juicios penales de única instancia (C-019 de 1993 sobre procedimiento relacionado con niños mayores de 12 años,<sup>27</sup> C-142 de 1993<sup>28</sup> C-411 de 1997<sup>29</sup> y C -934 de 2006<sup>30</sup> sobre la competencia de la Corte

---

<sup>27</sup> En la sentencia C-019 de 1993 se afirma lo siguiente: *“una norma que impida impugnar las sentencias condenatorias será inconstitucional por violación del debido proceso. En todos los demás casos, la doble instancia es un principio constitucional cuyas excepciones pueden estar contenidas en la ley”.*

<sup>28</sup> M. P. Jorge Arango Mejía.

<sup>29</sup> M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>30</sup> La Corte sostuvo al respecto lo siguiente: *“Sobre el alcance y sentido del principio de la doble instancia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en varias oportunidades, pero ninguna de ellas ha versado sobre el juzgamiento de altos funcionarios con fuero constitucional.// En el mismo sentido, el Comité del Pacto concluyó, en un caso que no versó sobre un alto funcionario aforado, que la ausencia del derecho a revisión por un tribunal superior de la condena impuesta por un tribunal de apelación, después de que la persona hubiera sido declarada inocente por un tribunal inferior, constituía una violación del artículo 14, párrafo 5 del Pacto.//De lo anterior encuentra la Corte que la interpretación del art. 14.5 del PIDCP y art. 8.2 del Pacto de San José que han efectuado los órganos internacionales competentes, resulta armónica con la interpretación que se ha hecho de los artículos 29 y 31 Carta Política en materia de juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, en la medida en que de dichos pronunciamientos no se deriva una regla según la cual en los juzgamientos de altos funcionarios con fuero penal ante el órgano de cierre de la jurisdicción penal, deba establecerse una segunda instancia semejante a la que existe para otros juicios penales. Es decir, cada Estado goza de un amplio margen para configurar los*

Suprema para resolver la acción de revisión respecto de sentencias proferidas en única instancia por otras corporaciones, tanto en el Decreto 2700 de 1991 como en la Ley 906 de 2004). ii) el de los casos en que después de haberse proferido en instancias dos sentencias absolutorias, resulta condenado el procesado en sede de casación (C- 998 de 2004<sup>31</sup> que dictaminó el respeto de los derechos del condenado a impugnar a través de la acción de revisión y la tutela). iii) los casos que versan sobre el derecho a impugnar en procesos disciplinarios (C-017 de 1996<sup>32</sup> que determinó la inconstitucionalidad de los procesos disciplinarios en única instancia adelantados por la Procuraduría contra miembros del Ministerio de Defensa Nacional y las fuerzas militares. C- 345

---

*procedimientos y para diseñar los mecanismos eficaces de protección de los derechos, sin que esté ordenado, según la jurisprudencia vigente, que en los casos de altos funcionarios aforados se prevea siempre la segunda instancia.// (...) Como se señaló en el apartado 4 de esta sentencia, el juzgamiento por el órgano de cierre de la jurisdicción penal es en sí misma una forma de garantizar de manera integral el debido proceso en los procesos que versen sobre conductas cometidas por altos funcionarios aforados. Además, de los tratados no se deduce un mandato a establecer la doble instancia en los procesos penales relativos a altos funcionarios aforados, si bien cada estado dispone de un margen de configuración en la materia. En el presente caso, las normas acusadas versan sobre altos funcionarios aforados. Unos tienen fuero constitucional (...) Otros tienen fuero en virtud de la ley (...) Respecto de tales funcionarios, como se anotó anteriormente, la garantía del debido proceso, visto de manera integral, reside en el fuero mismo - acompañado de la configuración del procedimiento penal establecido por el legislador - puesto que en virtud del fuero su juzgamiento ha sido atribuido por la Constitución, o por el legislador autorizado por ella, al órgano de cierre de la justicia penal de conformidad con las normas que desarrollan los derechos, el cual es un órgano plural integrado por abogados que reúnen los requisitos establecidos en la Constitución para acceder a la más alta investidura dentro de la jurisdicción ordinaria. Por lo anterior, la Corte Constitucional declarará exequibles los numerales 5, 6, 7 y 9 del artículo 32 de la Ley 906 de 2004”.*

<sup>31</sup> M. P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>32</sup> M. P. Alejandro Martínez Caballero.

de 1993<sup>33</sup> que declaró la inexecutable del Código Contencioso Administrativo (C.C.A) en lo referente a los procesos de única instancia de los Tribunales sobre demandas contra actos administrativos. C-718 de 2012<sup>34</sup> que avaló el esquema de los procesos de única instancia ante los jueces de familia sobre custodia y cuidado personal en el entendido que se trata de procesos de jurisdicción voluntaria bastante distintos a los de naturaleza penal).

“En definitiva, los artículos 29 de la Carta Política, 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del PIDCP consagran el derecho a controvertir las sentencias condenatorias que se dictan dentro de un proceso penal. Aunque ninguna de estas disposiciones establece expresamente que esta prerrogativa comprende la facultad para impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia, e imponen por primera vez una condena en segunda instancia, esta regla sí constituye un estándar constitucional, por las siguientes razones: (i) los enunciados anteriores tienen un contenido general y no hacen ninguna salvedad para la hipótesis anterior, por lo cual no existe ninguna base normativa para excluirla de la referida facultad constitucional; (ii) como la prerrogativa anterior se otorga en función del contenido del fallo y no en razón de la etapa en la cual se dicta la providencia, es decir, por su connotación condenatoria, y no por haber sido expedida en la primera instancia de un juicio, no resulta admisible la tesis de que la impugnación opera únicamente respecto del fallo absolutorio de primera instancia, y no de la sentencia condenatoria de segunda instancia; (iii) dado que mediante el derecho a la impugnación se pretende brindar una herramienta calificada y reforzada de defensa a las personas que son objeto del poder punitivo del Estado, y dado que esta defensa sólo se puede ejercer si existe la posibilidad de controvertir aquella decisión judicial que materializa esta facultad sancionatoria, la prerrogativa constitucional se debe poder ejercer, al menos, frente al primer fallo que declara la responsabilidad penal, incluso cuando esta se dicta en segunda instancia; (iv) de entenderse que el derecho a la impugnación se agota con la posibilidad de

---

<sup>33</sup> M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>34</sup> M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

controvertir la sentencia judicial de primera instancia, se subsumiría este derecho en la garantía de la doble instancia, en contravía del principio hermenéutico del efecto útil; (v) esta línea hermenéutica es consistente con la de los operadores jurídicos encargados de la interpretación y aplicación de los instrumentos normativos que consagran el mencionado derecho, y en particular, con la que ha acogido el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (vii) por su parte, aunque hasta el momento la Corte Constitucional no ha abordado directamente este problema jurídico, y sus reflexiones en torno al derecho a la impugnación se han hecho en el marco de la garantía de la doble instancia, por lo que no existen consideraciones autónomas en este sentido, la jurisprudencia sí reconoce el derecho a atacar las providencias que imponen por primera vez una condena en el marco de un juicio penal”.<sup>35</sup>

#### **4. El deber constitucional del legislador de implementar recurso que materialice el derecho a la impugnación**

Tras una vez más recalcar los distintos argumentos esgrimidos en los apéndices anteriores y con ello reconocer la Corporación que **a la luz del ordenamiento superior, existe un derecho, de naturaleza y jerarquía constitucional, de impugnar las sentencias que imponen por primera vez una condena en el marco de un proceso penal, incluso cuando estas se dictan en la segunda instancia,** estableció el siguiente corolario:

*“De acuerdo con este planteamiento, la Corte concluye que el legislador tiene el deber constitucional de diseñar e implementar un recurso que materialice el derecho a controvertir los primeros fallos condenatorios que se dictan en un juicio penal, el cual debe otorgar amplias potestades al juez de revisión para analizar y evaluar las cuestiones fácticas, probatorias y normativas que inciden en el*

---

<sup>35</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-792 de 2014*, p. 40.

*contenido de la decisión judicial objeto del recurso.*

*(...) De igual modo, esta Corporación tiene en cuenta que, considerados en conjunto, la acción de tutela, la acción de revisión y el recurso extraordinario de casación, contemplan un muy amplio repertorio de causales de procedencia, que quizás en la práctica podría comprender la totalidad de asuntos fácticos, probatorios y normativos que inciden en un fallo judicial condenatorio, de modo tal que todos los reproches que una persona sancionada penalmente pueda tener frente al fallo condenatorio, pueden ser canalizados a través de una de tales herramientas.*

*Sin embargo, la sumatoria de varios dispositivos que desde la perspectiva del derecho a la impugnación resultan insuficientes, no los convierte en recursos idóneos y eficaces, pues lo que se requiere, en definitiva, es que el operador jurídico que resuelve el recurso, pueda tener una nueva aproximación al caso y que a partir de este nuevo acercamiento determine si se justifica o no la imposición de la condena establecida en el fallo recurrido.*

*En este orden de ideas, la Corte concluye que se configura una omisión legislativa en el régimen procesal penal previsto en la Ley 906 de 2004, por la inexistencia de un recurso idóneo que materialice el derecho a la impugnación en todos aquellos casos en que, en el marco de un proceso penal, el juez de primera instancia absuelve al condenado, y el juez de segunda instancia revoca el fallo*

*anterior e impone por primera vez una condena.*<sup>36</sup>

*(...) En la medida en que la legislación adolece de una omisión normativa inconstitucional, por no prever un sistema recursivo que permita ejercer el derecho constitucional a la impugnación en la hipótesis abstracta planteada por la accionante, pero como esta falencia se proyecta en todo el proceso penal, la Corte debe: (i) declarar la inconstitucionalidad de los preceptos demandados en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias; (ii) declarar la exequibilidad de la normativa anterior en su contenido positivo, por los cargos analizados; (iii) y exhortar al Congreso de la República para que en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de esta sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que, en el marco de proceso penal, imponen una condena por primera vez, (iv) disponer que en caso de que el legislador incumpla este deber, se entenderá que procede la impugnación de los fallos anteriores ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena”.*<sup>37</sup>

Nada más cierto desde la óptica de lo humano si nos detenemos un tanto a pensar sobre lo que pensamos. Porque es allí donde empezamos a conocernos a sí mismos y a partir de ese ejercicio natural buscar el entendimiento y la comprensión sobre lo que ocurre y de esa manera actuar positiva o negativamente, es decir, decidir con fundamento en lo que pensamos, pensando.

---

<sup>36</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-792 de 2014.*

<sup>37</sup> *Ibidem.*

Acontecer<sup>38</sup> en el que al hombre acompaña su facultad de raciocinio para interpretar el mundo y su información, parte importante de esa información, los textos jurídicos que no solo están dispuestos para los abogados sino para el ser humano, el que al interpretarlos deja que su tradición grave en su mente.

Por eso lo expuesto no es ajeno a la jurisprudencia de los Tribunales. Los debates doctrinarios y las disputas jurisprudenciales no hundan sus raíces ayer o antes de ayer, sino que remiten a los orígenes mismos del pensamiento jurídico que integra nuestra “tradicción”. Cuando el Juez Guerrero hace alusión a los desarrollos constitucionales sobre la materia – precedentes nacionales de triple índole –pero también de los internacionales hay en sus palabras siglos de reflexiones sobre el asunto. Por manera que se evidencia en su labor la superación de ese método objetivista propio del pensamiento de la dogmática jurídica producto de la escuela histórica y la teoría hermenéutica del romanticismo en las que la comprensión era una mera **“reproducción de una producción originaria”**<sup>39</sup> en la que el intérprete era recluido en la historia y no liberado por ella. Libertad en la interpretación que supo manejar adecuadamente el Tribunal Constitucional sin llegar al extremo de la aplicación *in extenso* de la teoría mutativista que propone la validez de cualquier comprensión: **“Libertad respecto de lo transmitido”**.<sup>40</sup> Fue por ello que atendió las diferentes voces de los intervinientes en el desarrollo de la acción constitucional<sup>41</sup> para darle principio

---

<sup>38</sup> GARCÍA BARO, Miguel, *Fenomenología y hermenéutica*, editorial Bonaletta Alcompas, S. L., Madrid, 2015, pp. 99 y ss. Gadamer.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>40</sup> El debate entre estas posturas ha sido intenso. En EEUU bajo los nombres de originalismo e interpretativismo. *Ibidem*, p. 350.

<sup>41</sup> En definitiva, el cuestionamiento de los intervinientes a la suficiencia de los cargos de la demanda no tiene asidero porque no corresponde a la realidad del escrito de acusación, y porque, además, las reflexiones que no se referían directa e individualmente a los preceptos demandados, constituían parte esencial de la acusación.

En conclusión, la Corte Constitucional estima que los cargos de la demanda no adolecen de las falencias señaladas por los

fonético a lo que teniendo sentido no se le permitió ser escuchado así estuviera previsto en la Constitución desde su creación. Esto es, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria. Voz que por el ruido intenso producido por los gritos clamorosos del debido proceso consignado en el artículo 29 de la Carta, fue ese mismo ruido estruendoso e intenso el que no solo llevó a la sordera sobre lo que aplastado por el rigor de aquél, también condujo a la ceguera, porque estando, tampoco fue visto por los legisladores para seriamente haber cumplido aquello por lo que aún hoy se le reclama, pues a la calenda el congreso no ha legislado, desatendiendo la exhortación de la Corte Constitucional.

La tradición no entraña la sumisión al pasado pues nuestra relación con la tradición, está sometida a un proceso de continua formación. Es que si la subjetividad no está vacía (pues supone la tradición) tampoco está concluida (pues eso supondría no sólo cancelar las variables circunstancias de la vida, sino la irreductible interrogación que ante ellas proporciona la libertad humana).<sup>42</sup>

Hubo ciertamente en el estudio de la Corte Constitucional, conciliación entre las dos teorías, que en palabras de Rabbi, las cuales compartimos, se respetó lo que constituye la genuina experiencia de la vida: texto, contexto, tradición y actualidad. La fidelidad al derecho que es mucho más que la fidelidad a la ley,

---

intervinientes que solicitaron un fallo inhibitorio, y que, por tanto, hay lugar a un pronunciamiento de fondo. (...) Algunos de los intervinientes sostuvieron que justamente en razón de la garantía de la doble instancia, el derecho a la impugnación no podría ejercerse después de que se ha desatado el recurso de apelación, por cuanto ello implicaría añadir una instancia al proceso penal, incompatible con la estructura del juicio establecida en el texto constitucional.

No obstante, este tribunal estima que un correcto entendimiento de la figura de la doble instancia descarta esta conclusión, porque en realidad, la referida garantía no se opone ni es incompatible a la tesis sobre el derecho a impugnar los fallos inculpativos que se dictan por primera vez en la segunda instancia de un juicio penal.

<sup>42</sup> RABBI- BALDI CABANILLAS, Renato, “Un análisis hermenéutico de la comprensión jurídica”, *Filosofía y derecho*, 2012, p. 210.

pues se itera, ella estaba pero no escuchada se le sometió al silencio, o al legislador, es la fidelidad a lo que Ihering llama “**La lucha por el derecho**”.<sup>43</sup>

Fue por lo mismo que este caso, estoy seguro, se constituyó en emblemático porque de conformidad con su hermenéutica se patentizó además de lo dicho y puesto en evidencia una forma de comprensión jurídica enriquecida por la convencionalidad. Respecto del control de convencionalidad en Colombia es necesario atenerse a los hechos, y estos indican que acontece una situación que es a la vez inesperada y paradójica. La cuestión es que los jueces en general muestran una gran resistencia a aplicar el derecho convencional y a ejercer control de convencionalidad. Sin embargo y sin proponérselo, lo practican. Prueba de ello es la evolución reciente del derecho judicial en Colombia, que presenta escenarios en los que acontece la inserción de normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y de reglas dispuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que evidencian el despliegue del control de convencionalidad.<sup>44</sup> Lo más triste en este caso es la paradoja anecdótica que deja, pues el congreso de la República jamás legisló la materia, provocando la intervención de la Corte Interamericana, en un reconocido caso de trascendencia, animando al cuerpo político colegiado a intervenir según sus hábitos, escondiendo sin éxito su ceguera. Pero también sordera.

## **IX. EL CASO DEL EXALCALDE GUSTAVO PETRO URREGO. DERECHOS A GARANTÍAS JUDICIALES Y PROTECCIÓN JUDICIAL**

En el asunto relacionado con la contratación pública de la Alcaldía para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. D.C. que generó caos por la invasión de basuras,

---

<sup>43</sup> *Ibid*, p. 356.

<sup>44</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, “El control de convencionalidad como control normativo y no como control simplemente erudito o formal”, en *Derecho Procesal Constitucional*, VC Editores Ltda. Bogotá, 2014, p. 669.

resultando destituido, la jurisdicción supranacional hubo de aplicar medida cautelar con la que logró terminar su periodo constitucional el sr. Petro Urrego. En la decisión final refirió a dos inconsistencias que promocionaron inconventionalismo en el actuar del ente de control disciplinario en Colombia: La Procuraduría General de la Nación. Una en el sentido de no tener competencia una entidad de tales características para imponer sanciones como la de destitución y, la otra inherente a la transgresión del derecho a la defensa del disciplinado. En lo pertinente se pronunció así:

*“No obstante lo señalado anteriormente, en relación con la falta de competencia de una autoridad administrativa para restringir los derechos políticos de funcionarios públicos democráticamente electos, mediante las sanciones de inhabilitación y destitución, esta Corte considera oportuno entrar al análisis de las garantías aplicadas en el proceso disciplinario seguido contra el señor Petro. Este Tribunal ha señalado que el artículo 8.1 de la Convención reconoce el derecho de toda persona 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 penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos; todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1). De acuerdo con las disposiciones del artículo 8 de la Convención, para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales es preciso que se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la*

*titularidad o el ejercicio de un derecho” es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.*<sup>45</sup>

En relación con el derecho a la defensa y las acciones que en opinión de los Magistrados supranacionales acreditan y estructuran unas debidas formas del juicio, dictaminaron: “lo anterior, si bien el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. De este modo, cuando la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, está refiriéndose a cualquier autoridad pública, ya sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. De esta forma, se desprende que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por esta razón, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de cualquier carácter, se debe observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento que se trate, el derecho al debido proceso.

*No obstante, las garantías contempladas en el Código Disciplinario Único [colombiano], y las citadas consideraciones de la Sala Disciplinaria, la Corte [Constitucional] constata que dicha autoridad emitió el pliego de cargos que inició el proceso disciplinario contra el señor Petro y al mismo tiempo*

---

<sup>45</sup> CORTE IDH. *Caso Gustavo Petro Urrego vs. Colombia*. Sentencia 8 de julio de 2020, párrafo 118.

*decidió sobre su procedencia. La Corte advierte que la concentración de las facultades investigativas y sancionadoras en una misma entidad, característica común en los procesos administrativos disciplinarios, no es sí misma incompatible con el artículo 8.1 de la Convención, siempre que dichas atribuciones recaigan en distintas instancias o dependencias de la entidad de que se trate, cuya composición varíe de manera que tal que los funcionarios que resuelvan sobre los méritos de los cargos formulados sean diferentes a quienes hayan formulado la acusación disciplinaria y no estén subordinados a estos últimos”.*

*Esta condición no se cumple en el presente caso, pues la Sala Disciplinaria formuló el pliego de cargos el 20 de junio de 2013 y, el 9 de diciembre del mismo año, emitió el fallo disciplinario que encontró probados tales cargos, estableciendo la responsabilidad administrativa del señor Petro y, en consecuencia, ordenando su destitución e inhabilitación. En razón de lo anterior, este Tribunal advierte que el diseño particular del proceso seguido contra el señor Petro evidencia una falta de imparcialidad desde el punto de vista objetivo pues resulta lógico que, al haber formulado los cargos contra el señor Petro, la Sala Disciplinaria tenía una idea preconcebida sobre su responsabilidad disciplinaria. Esto así, puesto que el Código Disciplinario Único establece como requisito para la procedencia de la formulación de cargos que “esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado”. Por otro lado, el Tribunal no cuenta con elementos probatorios suficientes que permitan analizar*

*si las acciones del Procurador General respondieron a una motivación discriminatoria.*<sup>46</sup>

*En lo que respecta a los alegatos de los representantes sobre la violación del derecho a la defensa, el Tribunal observa que, si bien el señor Petro participó activamente en las diferentes fases del proceso disciplinario, y que en su curso se le ofrecieron oportunidades para la presentación de alegatos y pruebas, el hecho de que la Sala Disciplinaria no actuara con imparcialidad implicó una violación a su derecho a la defensa. La Corte recuerda que el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso. Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de los derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.*<sup>47</sup>

## X. CONCLUSIONES

Sin duda, el relato metafórico de Saramago en su ensayo sobre la ceguera, en aplicación de una hermenéutica comparativa entre el derecho y la literatura, conlleva necesariamente a descubrir cómo el carácter supranacional del derecho pone al descubierto las inseguridades jurídicas que reportan los Estados que quizá obedeciendo más a lo político que a los principios de la justicia

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, párrafo 130.

<sup>47</sup> *Ibidem*, párrafo 131.

concertada, sin parar mientes se aseguran el cumplimiento de sus tareas con la única vía de producción de sentencias o decisiones. Lo cual deviene a toda costa estropeador de la convencionalidad, llegando al extremo de la negación de la misma Constitución. Así aconteció en Colombia con la doble conformidad y la apelación en contra de sentencias de única instancia, que, por el prurito de la omnipotencia de las jerarquías, argumento de suyo vetusto y por ende oliente a mohó, el daño que le ha producido a un prometido estado social de derecho es grave.

De otro lado, en referencia a los asuntos de aparente respeto a la convencionalidad, hay que tejer delgado para definitivamente superar el arcaísmo de las interpretaciones semánticas y literales, provenientes de la falta de criterio y autoridad en el ejercicio del control de convencionalidad a las decisiones y providencias. Esto es, el inmediato y urgente cambio de quienes administran justicia a fin de que se avengan en beneficio del garantismo nacional e internacional, según el procesalismo en clara oposición al procedimentalismo, del cual, creemos, proviene el freno a la velocidad impuesta por un derecho contemporáneo alineado en las formas de la eficiencia, la legitimidad y la validez, auspiciados en el equilibrio, la armonía y la proporcionalidad. No en el poder por el poder y menos de los temores suscitados por las necesidades personales en detrimento de la colectividad. Grave lo acaecido con la Procuraduría en Colombia, si se tiene en cuenta que se trata de la institución de conocida indemnidad, a extremo que ni cuando por acto legislativo se afectó el artículo 250 de la Carta que previó el cambio en la estructura de la Fiscalía para darle paso a la implementación del sistema penal acusatorio en 2004, como en la Ley 1957 de 2019, ley estatutaria de la Justicia Especial para la paz, derivada del acuerdo en la Habana entre gobierno Santos y el grupo FARC; para nada se tocó. Por el contrario, como alcázar, el legislador le rindió culto de existencia original. Institución que con el fallo *Gustavo Petro Urrego vs. Colombia*, así hubiese dicho la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que el artículo 277 que la plasma constitucionalmente no es incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que llama la atención es que si dispone que se debe adecuar a la misma. Prácticamente dejando en manos de los funcionarios la

inaplicabilidad de las normas contenidas en el precepto constitucional como en el código disciplinario único y, por supuesto el general disciplinario -ley 1952 de 2019- en caso de entrar en vigencia. Experiencias mil, seguirá teniendo Latinoamérica con base en el control de constitucionalidad.

## **XI. BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

- GARCÍA BARO, Miguel, *Fenomenología y hermenéutica*, editorial Bonalettra Alcompas, S. L. Madrid, 2015.
- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, NAVAS TALERO, Fernando, *Diálogos constitucionales. Derecho constitucional colombiano*, Novena edición, Editorial Temis, Bogotá, D.C., 2019.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, “El control de convencionalidad como control normativo y no como control simplemente erudito o formal”, en *Derecho Procesal Constitucional*, VC Editores Ltda. Bogotá, 2014.
- RABBI- BALDI CABANILLAS, Renato, “Un análisis hermenéutico de la comprensión jurídica”, *Filosofía y derecho*, 2012.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Dir. Científico), *Derecho Procesal Constitucional*, VC Editores Ltda, Bogotá, Tomo III, Volumen III, 2012.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, *Derecho procesal constitucional*, Agencia imperial, Bogotá, 2012.

### **Jurisprudencia interamericana**

- Caso Barreta Leiva vs. Venezuela*. Sentencia del 17 de noviembre de 2009.
- Caso Gustavo Petro vs. Colombia*. Sentencia de 8 de julio de 2020.
- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio 2004, párrafo 167.
- Caso Rodríguez Vera y otros vs. Colombia*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014.

*Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Sentencia del 23 de noviembre de 2010.

*Observación General No. 32 del Comité de Derechos Humanos.*

### **Corte Constitucional**

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-358 de 1997*, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-792 de 2014*, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

### **Legisgrafía**

Constitución Política de Colombia



Esta obra se editó  
el 20 de abril de 2021,

***EDITORIAL PRIMERA INSTANCIA***

Mail: [primerainstancia@Outlook.com](mailto:primerainstancia@Outlook.com)

[www.primerainstancia.com.mx](http://www.primerainstancia.com.mx)

Ciudad de México, México



**Editorial  
Primera Instancia**

El libro *Derecho procesal convencional interamericano*, es parte de la colección que publica el Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos, resultado del análisis a los diversos tópicos previstos en el derecho constitucional y en el derecho convencional de los derechos humanos.

Con la participación de profesores e investigadores de la Universidad de Valencia, España, Universidad Autónoma de Guadalajara Campus Tabasco, Universidad de Guadalajara, Universidad de Sonora, Unidad Regional Norte Campus Caborca, Universidad Central de Chile, Universidad Libre de Colombia, de la Universidad Autónoma de México y de la Universidad Autónoma de Chiapas.

Con el reconocimiento especial al Centro de Estudios para la Construcción de Ciudadanía y la Seguridad (CECOCISE) de la Universidad Autónoma de Chiapas; del Posgrado de Derecho la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad "Mediterránea" di Reggio Calabria, Italia, por su apoyo en la promoción y difusión de la nueva cultura de los Derechos Humanos, su mejor garantía para la eficacia plena: la educación.



ISBN: 978-607-29-2518-2



9 786072 925182