

El debido proceso en el amparo penal

Ricardo Ojeda Bohórquez*

I. INTRODUCCIÓN

CON MOTIVO de las tres grandes reformas constitucionales en materia procesal penal, amparo y derechos humanos, de junio de 2008, 6 y 10 de junio de 2011, se emitieron algunos criterios y resoluciones en materia de amparo penal, que han confundido e impactado a nuestra sociedad; casos como el de Florance Cassez Crépin, Alfonso Martín del Campo Dodd, Rafael Caro Quintero, etcétera, no han dejado satisfecha a gran parte del foro jurídico en México y por ello, es pertinente hacer una reflexión y poner en claro los alcances de las reformas de derechos humanos y amparo, para así evitar injusticias o impunidad en los gobernados.

Efectivamente, para algunos fue un triunfo de la reforma de derechos humanos la libertad de Cassez y Caro Quintero, pero para otros, que es la gran mayoría de personas que tienen un poco de sentido común, fue una aberración y un monumento a la impunidad.

Por eso, hay que entender y analizar lo qué es el debido proceso y los efectos del juicio de amparo por violación a ese conjunto de derechos humanos, de naturaleza adjetiva, que es el debido proceso, a la luz de las tres grandes reformas constitucionales descritas.

II. REFORMAS CONSTITUCIONALES TRASCENDENTALES

1. *Derechos humanos*

El 10 de junio de 2011 se dio vida a una de las reformas constitucionales más importantes en la historia moderna del sistema jurídico

* Magistrado de Circuito en Materia Penal y vicepresidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

mexicano. La reforma en materia de derechos humanos obedeció a los requerimientos que diversos grupos de la sociedad buscaron durante años, tales como el reconocimiento y primacía a nivel constitucional de éstos en el sistema jurídico; asimismo, la influencia ejercida por el sistema interamericano de derechos humanos propició en gran parte este cambio de paradigma.

Sin embargo, el hecho que desencadenó esta reforma fue la sentencia condenatoria al Estado mexicano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Rosendo Radilla Pacheco*,¹ en la que se estableció que nuestro país no podía mantenerse como un simple observador más, sino que al asumir la responsabilidad como Estado, éste debía hacer latente dicho reconocimiento y velar por la protección de los derechos humanos de todo gobernado.

La inclusión del vocablo “derechos humanos” en el artículo 1o. constitucional abandonó la anterior idea positivista de concebir al vocablo “garantía” como sinónimo de “derecho”, lo cual implicaba una exclusión de aquellos derechos humanos no contenidos en la “parte dogmática” de la Constitución. Además, se incluyeron los principios de universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, a efecto de establecer el deber de tutelar de modo efectivo los derechos humanos contenidos en la carta magna, así como aquellos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos.

Por otra parte, el mencionado artículo constitucional en su párrafo segundo dispone que: “...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...”, es decir, reconoció expresamente el principio pro persona en nuestro sistema jurídico, colocando a la persona como elemento central de la Constitución, por lo que las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen el deber ineludible de aplicar la norma jurídica más amplia o el criterio interpretativo más extensivo que favorezca de mejor forma el ejercicio efectivo de los derechos humanos de las personas.

De igual manera, debemos dejar claro que toda norma jurídica que sea interpretada debe hacerse de acuerdo con lo estipulado por la Constitución y los tratados internacionales; sin embargo, este trabajo de in-

¹ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C N° 209, párr. 339.

interpretación será conforme:² las autoridades tienen que adecuar sus actuaciones al parámetro de constitucionalidad y convencionalidad, pues de lo contrario sus actos carecerán de eficacia y de validez.

2. Reforma de amparo del 6 de junio de 2011

Asimismo, el 6 de junio de 2011 se promulgó la reforma a “nuestro orgullo mexicano”, que es el juicio de amparo, la cual modificó los artículos 94, 103, 104 y 107 constitucionales y entró en vigor el 4 de octubre de ese mismo año.

Entre las grandes novedades de la reforma constitucional podemos encontrar las siguientes:

a) Interés legítimo. Los artículos 5o., fracción I, de la Ley de Amparo y 107 de la Constitución establecen quiénes tienen carácter de quejoso en el juicio de amparo:

...teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que [el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales, y con ello se afecte] su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

De esto que se preserve el interés jurídico como condición para la procedencia de amparo y se introduce el interés legítimo para los actos no jurisdiccionales.

b) La figura de suplencia de la queja contenida en el artículo 70 de la Ley de Amparo es más amplia; de igual forma, establece la obligación de suprimir tecnicismos y la aplicación de estricto derecho en gran medida.

c) El reconocimiento de la víctima y del ofendido como partes en el juicio de amparo.

d) Los efectos generales de la jurisprudencia a través de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Sin embargo, lo más trascendental de la reforma es que el objeto del juicio de amparo son los derechos humanos y los encargados de dirimir las controversias por su violación son los tribunales de la Federación.

² Tesis Varios 912/2010, en esta tesis se establecieron las pautas para la aplicación de la interpretación conforme que deben llevar a cabo las autoridades.

En efecto, los artículos 103 y 107 constitucionales así lo establecen, siendo que los tribunales de la Federación son los únicos competentes para resolver las controversias por violación a los derechos humanos, ratificando el control concentrado de la Constitución y los tratados de derechos humanos en que el Estado mexicano es parte; por lo tanto, lo difícil de entender es el control difuso en México.

3. Control difuso y concentrado de convencionalidad

Derivado de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, así como por el resolutivo de la consulta a trámite varios 912/2010, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se instauró en nuestro sistema jurídico el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, este último consiste en “el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana”.³

Por consiguiente, el control difuso de convencionalidad fue un concepto utilizado por primera vez por el entonces juez de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, quien concretizó esta figura mediante los criterios jurisprudenciales de dicha Corte, específicamente en los votos razonados en los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* y *Tibi vs. Ecuador*, emitidos en 2003 y 2004, respectivamente; sin embargo, no fue sino hasta el 2009 con los casos *Trabajadores del Congreso vs. Perú* y *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, en que se completaron los rasgos definitorios de este tipo de control constitucional, siendo que en este último caso la Suprema Corte estimó como válida la obligación de llevar a cabo el control de constitucionalidad y convencionalidad (en forma oficiosa) para todas las autoridades, generando un cambio en el sistema de control constitucional que se venía depositando en el Poder Judicial de la Federación a través del juicio de amparo.

Ahora bien, ante la necesidad de confirmar la supremacía de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos

³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano”, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, vol. 9, núm. 2, 2011, p. 531.

internacionales, la Suprema Corte al resolver la contradicción de tesis 293/2011 reconoció la primacía de los derechos humanos, colocándolos como parámetros del control de la regularidad constitucional para cualquier actuación estatal; en otro aspecto, mediante esta resolución se abandonó la idea de que las resoluciones de la Corte Interamericana en las que el Estado mexicano no era parte constituían únicamente criterios orientadores, sino que al hacer una nueva reflexión consideró que la jurisprudencia interamericana vinculaba a nuestro país, siempre y cuando fuera aplicada en el sentido más favorable hacia la persona.

4. Supremacía constitucional

El artículo 1o. constitucional, en su primer párrafo, dispone que todas las personas en los Estados Unidos Mexicanos gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia carta magna establece.

No obstante, el diverso precepto 133 constitucional expresa que la Constitución, las leyes emitidas por el Congreso de la Unión y los tratados que estén de acuerdo con la misma, serán ley suprema de toda la Unión.

Así, la interpretación de la Suprema Corte fue en el sentido que tanto la Constitución como los tratados de referencia tienen el mismo nivel jerárquico, pero si en la primera se establecen limitaciones o restricciones, habrá que atenderse a la Constitución federal.⁴

III. LOS DERECHOS HUMANOS DE NATURALEZA PENAL EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

En primer término, es preciso contar con una aproximación del concepto de derechos humanos. La palabra “derechos”, que tiene diversos

⁴ Véase tesis de jurisprudencia de rubro: “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE”, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 264.

significados, cuando es usada con un adjetivo como “humanos” suele hacer referencia a aquellos derechos inherentes a la persona por el solo hecho de nacer, los cuales en cada momento concretan las exigencias de libertad, igualdad, felicidad y dignidad.

1. Breve historia de los derechos humanos

Los derechos humanos han ido evolucionando a través del tiempo, debemos detenernos en la *Bill of Rights* que impuso el Parlamento Inglés en 1689, la cual influyó en la redacción de las declaraciones de derechos norteamericanas; este documento contaba con un catálogo limitado de los derechos humanos que hoy en día conocemos, tales como libertad de expresión, la prohibición de las penas crueles o desusadas y la tolerancia hacia la libertad de cultos, entre otros; carta de derechos que dio origen a una nueva etapa entre los documentos monárquicos y las modernas declaraciones de derechos del siglo XVIII, entre éstos sobresale la Declaración de Independencia⁵ de las colonias norteamericanas, del 4 de julio de 1776, siendo este texto considerado por algunos autores como la primera exposición de derechos del hombre, la cual establecía que todos los hombres son creados iguales y dotados de ciertos derechos inalienables, como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

Posteriormente, para 1789 con la Revolución francesa se dio fin al absolutismo y el feudalismo imperante en la época, por lo que con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano se definieron derechos naturales e imprescriptibles como la libertad, la fraternidad, la seguridad, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la justicia y, por primera vez, se habló del principio de separación de poderes, los cuales sirvieron como preámbulo de la primera Constitución francesa aprobada en 1791.

Asimismo, como resultado de los dos anteriores documentos y hechos históricos, en el continente americano surgieron una serie de ideas independentistas inspiradas en los ideales fundamentales de la Revo-

⁵ Cabe hacer alusión a la Declaración de los Derechos del Pueblo de Virginia de julio de 1776, en la cual la Asamblea Plenaria constituida por los representantes populares describieron en dieciséis secciones, diversas libertades individuales como derechos de igualdad, libertad, seguridad y propiedad, así como el reconocimiento de que el pueblo es el detentador de la soberanía.

lución francesa, entre ellos, la conciencia de que todo ser humano por el solo hecho de serlo tiene “dignidad”, cualidad en virtud por la que se merece ser tratado con respeto, por ser el hombre sensible a ofensas, desprecios, humillaciones y faltas de consideración, lo cual en México no fue la excepción y consideró estos derechos en sus primeras Constituciones de 1824, 1857 y, finalmente, en nuestra actual Constitución del 5 febrero de 1917, la cual acoge los derechos humanos fundamentales y sus garantías.

2. Clasificación de derechos humanos

A. Por su evolución

Para efectos del desarrollo del tema es conveniente hacer una mera clasificación doctrinal de los derechos humanos, los cuales, por su evolución, se dividen en primera, segunda, tercera y cuarta generación.

Los de la primera generación son aquellos que consagran las libertades individuales, como son aquellas que junto con los derechos sociales, hasta antes de la reforma de 2011, llamábamos “garantías individuales” y que correspondían al derecho a la vida, a la libertad corporal o personal, de libertad de tránsito, de reunión o asociación, de religión, de igualdad ante la ley, al derecho a la retroactividad de la ley en beneficio, al derecho a una adecuada defensa, a ser oído y vencido en juicio (audiencia), al mandamiento escrito, a la fundamentación y motivación, y demás que constituyen la garantía del debido proceso.

Son en su mayoría los derechos humanos de primera generación los inherentes a la persona, que nacen desde que ésta cobra vida, o bien posteriormente en razón de su circunstancia personal frente a la ley y que tienen como nueva característica la individualidad. Es decir, muchos derechos humanos primarios en materia penal ya se establecen y reconocen en nuestra Constitución de 1917.

Los derechos humanos de segunda generación son los derechos sociales que procuran mejores condiciones de vida y que por primera vez en el mundo se establecieron en la Constitución mexicana de 1917, cuando Rusia y Estados Unidos estaban ocupados con la Primera Guerra Mundial. Entre ellos, tenemos el derecho a la tenencia de la tierra, al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la salud pública, etcétera.

Los derechos humanos de tercera generación son los derechos de los pueblos, también llamados: derechos de la solidaridad. Se trata de prerrogativas que comprenden tres grandes bienes sociales: la paz, el desarrollo y el medio ambiente, elementos generadores de bienestar social.

Al respecto, Luis de la Barrera Solórzano señala:

Los derechos de la tercera generación surgieron muy recientemente en respuesta a la necesidad de que las naciones y los distintos grupos que las integran cooperen entre sí. El desarrollo económico de los grupos étnicos, la elección por parte de los ciudadanos de la forma de gobierno y el principio de no agresión de un país por otro son ejemplos de derechos de la tercera generación.⁶

Ahora bien, el concepto mismo de derechos humanos de tercera generación ha sido cuestionado por autores tan importantes como Norberto Bobbio, quien observa que los nuevos derechos son de dos tipos: unos toman al individuo no como humano sin más, sino como persona de determinado sexo (derechos de la mujer), edad (derechos del niño o del anciano), grupo étnico o cultural (derecho de los indígenas), estado físico (derecho de los minusválidos o discapacidades diferentes), etcétera; los otros ya no enfocan al individuo *ut singuli* como sujeto, sino que corresponden a grupos y entidades de creciente magnitud: la familia, el pueblo, la humanidad, nuestros descendientes y los animales o la propia naturaleza en su conjunto.

En relación con la paz, tenemos el derecho a la autodeterminación, a la independencia económica y política, a la identidad nacional y cultural, a la coexistencia pacífica, al entendimiento y a la confianza, a la cooperación internacional y regional, así como el derecho a la discriminación por razón de sexo, raza, edad, preferencia sexual, cultura y estado físico. Por lo que hace al desarrollo, contamos con los derechos a la justicia social internacional, al uso de los avances de la ciencia y tecnología, y a la solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos. En cuanto al medio ambiente se establecen los derechos al patrimonio común de la humanidad y a un medio ambiente de calidad que permita una vida digna.

⁶ De la Barrera Solórzano, Luis, *Los derechos humanos. La ley más ambiciosa*, México, Terracota, 2013, p. 60.

Los derechos humanos de la cuarta generación son aquellos que han surgido en las últimas décadas; éstos se integran por derechos que aún no tienen plena aceptación y cuyo origen se encuentra en el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, vinculadas a la revolución de las telecomunicaciones. Entre estos derechos encontramos:

- I. El de acceso a las tecnologías de información y comunicación;
- II. El de estar comunicado libremente a las redes telemáticas;
- III. A que se fomente el flujo e intercambio de información, y
- IV. El derecho a la libertad informática.

B. Por su importancia fundamental

El florentino Luigi Ferrajoli elabora una clasificación⁷ muy interesante de los derechos humanos: *a)* derechos humanos primarios o sustanciales, y *b)* derechos humanos secundarios o instrumentales (entre estos últimos están las garantías para su protección).

Ahora bien, tomando en cuenta esta clasificación en cuanto a los derechos humanos contenidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, podemos afirmar que por razón de su importancia fundamental, los derechos humanos positivizados y reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales relativos, suscritos por el Estado mexicano, se pueden clasificar en tres: derechos humanos fundamentales primarios, derechos humanos fundamentales secundarios y derechos fundamentales instrumentales.

Los derechos humanos fundamentales primarios son aquellos inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo; derechos inalienables de toda persona física adquiridos desde el nacimiento, que los conserva siempre hasta el día de su muerte; ejemplos de ellos son la vida, la integridad y la libertad personal; la libertad de conciencia y de pensamiento; derechos que tienen que ver con la integridad corporal del ser humano y, por lo tanto, son derechos inherentes a la persona física durante toda su existencia.

⁷ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 291 y 292.

Los derechos humanos fundamentales secundarios son aquellos que no entran en la clasificación anterior, porque contrariamente a lo que opinan algunos académicos de la materia, no necesariamente son inherentes y permanentes al ser humano, es decir, su obtención o reconocimiento depende de su situación personal, en función de determinada calidad en lo individual o en lo colectivo. De esa forma nacen en su momento, derechos en el transcurso de su existencia, por razón del patrimonio (propiedades y posesiones); por ser ciudadano (derechos políticos, residencia, circulación en el territorio nacional, reunión, etcétera), por razones civiles; por tener capacidad de obrar (como la libertad de contractuar; derecho al trabajo); derechos políticos, por razón de poder votar y ser votado; por razón de alguna enfermedad (derecho a la salud); por razón de haber violentado la ley penal, civil, administrativa, o de otra clase (como en materia penal: el derecho a la defensa adecuada, a la audiencia, a la prueba, a poder alegar en el juicio, a ser juzgado por tribunales previamente establecidos, imparciales e independientes); por su edad, derecho del niño o adultos mayores; por sexo, derecho de la mujer; por sus preferencias sexuales, derecho de los homosexuales.

Los derechos humanos instrumentales son las antiguas garantías individuales procedimentales que no dejan de ser derechos humanos; fundamentales pero instrumentales, es decir, de naturaleza procesal, establecidos para la protección de los otros.

Debemos reconocer que la Constitución federal en su reforma del 10 de junio de 2011, recoge la distinción que hace Norberto Bobbio entre derecho humano y garantías para su protección, al considerar que no es la presencia de los derechos fundamentales lo interesante en una Constitución, sino las garantías para su protección. Así, resulta otra distinción establecida en el artículo 1o. constitucional: “Derechos humanos y garantías constitucionales para su protección”.

La Constitución federal en su artículo 1o. habla de derechos reconocidos no sólo en ella, sino también en los tratados internacionales firmados por México, además de las garantías para su protección (conceptos muy diferentes). Como garantías para proteger los derechos humanos podemos encontrar en la carta magna, desde nuestra perspectiva, los postulados como los tribunales previamente establecidos; no habrá delito sin ley *nullum crimen sine lege*; leyes expedidas con anterioridad al hecho; “a nadie se le impondrá una pena por analogía o mayoría de razón”, y formalidades del procedimiento o “debido

proceso”, que protegen derechos fundamentales secundarios, como la adecuada defensa, audiencia, derecho a la prueba, etcétera; derechos que tienden a preservar los derechos fundamentales del primer nivel o primarios, como la vida, la libertad y la integridad física.

Esto es, las garantías para la protección de los derechos humanos individuales también son derechos humanos pero instrumentales.

C. Por su naturaleza

Para efectos de la competencia legal en el juicio de amparo, los derechos humanos se clasifican por su naturaleza: penal, civil, administrativos, laborales, fiscales, agrarios, electorales, etcétera.

3. Los derechos humanos de naturaleza penal

Entre los derechos humanos de tipo penal y que se consideran de la primera generación, ahora fundamentales primarios o secundarios, se encuentran los siguientes:

El derecho a la vida. Fundamental derecho humano primario, protegido de antaño y que ha tenido la virtud de derogar la pena de muerte en casi todos los países del mundo; no obstante, cualquier persona física podría ser privada de la vida por un acto ilegal y arbitrario de la autoridad, y por ello es que la Constitución mexicana y la nueva Ley de Amparo la siguen protegiendo como el primer bien jurídico tutelado del ser humano.

El derecho a la integridad física o integridad personal. Se trata de un derecho fundamental primario que nuestra carta magna en su artículo 22 prohíbe, además de la pena de muerte, la mutilación, la infamia, la marca, los palos, los azotes, los tormentos de cualquier especie, la desaparición forzada de personas, etcétera.

Derecho a la libertad personal. Se trata de otro derecho fundamental de primer orden o primario. El artículo 14 constitucional establece la prohibición de privar de la libertad personal, a menos que sea mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En el mismo sentido, el artículo 16 de la norma suprema dispone los casos

en que por la comisión de un delito un individuo puede ser privado de su libertad: flagrancia, orden de detención solicitada por el Ministerio Público, en caso urgente o por orden de aprehensión librada por un juez. Si no se ha cometido delito alguno no podrá detenerse a la persona, y su detención será ilegal y arbitraria. Salvo que se le detenga por faltas a los reglamentos de gobierno o de policía hasta por 36 horas, tal como lo permite el artículo 21, párrafo cuarto, que señala:

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

También podrán ser detenidos los gobernados mediante una orden de detención con fines de extradición, o cualquier otra orden de autoridad migratoria para sacar del país a los extranjeros que no reunieron los requisitos para su legal estancia en el país y se cumplan las formalidades del procedimiento (artículo 11), o bien en el caso de expulsión, considerado en el artículo 33 de la norma suprema.

Tratándose de la vida, de la libertad personal fuera de procedimiento, de la integridad personal, el amparo debe ser total, en caso de violación a estos derechos fundamentales.

Además, existen otros derechos humanos individuales de naturaleza penal reconocidos por nuestra carta magna, clasificados como fundamentales secundarios o instrumentales (incluyendo las garantías para su protección), que son los siguientes:

I. Derecho a poseer armas (artículo 10) (*derecho fundamental secundario*).

II. Derecho a no ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales (artículo 13) (*derecho fundamental instrumental; garantía individual*).

III. Derecho a no ser juzgado por tribunales militares cuando esté implicado un paisano o civil (artículo 13) (*derecho fundamental instrumental; garantía individual*).

IV. Derecho a que no se le aplique una ley en forma retroactiva en su perjuicio (artículo 14) (*derecho fundamental secundario*).

V. Derecho a que no le imponga, por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata (artículo 14, párrafo tercero) (*derecho fundamental secundario*).

VI. Derecho a no ser extraditado como reo político a países donde se tenga la condición de esclavo (artículo 15) (*derecho fundamental secundario*).

VII. Derecho a no ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito, de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento (*derecho fundamental primario*).

Hay tres garantías para proteger el derecho humano de no ser molestado: el mandamiento escrito, la autoridad competente, y la fundamentación y motivación. (Lo que se confronta con el procedimiento acusatorio oral de manera importante).

VIII. Derecho a la protección, acceso, ratificación y cancelación de datos personales o a manifestarse en oposición a toda violación al respecto (artículo 16, párrafo segundo) (*derecho fundamental secundario*).

IX. Derecho a que sea puesto a disposición sin dilación alguna al juez de la causa, después de haber sido detenido mediante orden de aprehensión (artículo 16, párrafo cuarto) (*derecho fundamental primario*).

X. Derecho a no ser arraigado, más que en los casos que lo permite el artículo 16, párrafo octavo (*derecho fundamental primario*).

XI. Derecho a no ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, sin que se consigne al juez o dejarlo en libertad (artículo 16, párrafo décimo) (*derecho fundamental primario*).

XII. Derecho a no ser cateado sin cumplirse los requisitos constitucionales (artículo 16, párrafo decimoprimer) (*derecho fundamental instrumental; garantía individual*).

XIII. Derecho a que no se viole la privacidad de sus comunicaciones (artículo 16, párrafo decimosegundo) salvo cuando lo permita la ley (*derecho fundamental secundario*).

XIV. Derecho a que no se le practiquen visitas domiciliarias (salvo cuando lo permita la ley) (artículo 16, párrafo decimosexto) (*derecho fundamental secundario*).

XV. Derecho a que el ejército no se aloje en su domicilio o casa particular contra su voluntad, en tiempos de paz (*derecho fundamental secundario*).

XVI. Derecho a que se le administre justicia por tribunales expeditos, en los plazos y términos legales, de manera pronta, completa e imparcial, en forma gratuita y sin costas judiciales (artículo 17, párrafo segundo) (*derecho fundamental instrumental; garantía individual*).

XVII. Derecho a que no se le aprisione por deuda de carácter puramente civil (artículo 17, último párrafo) (*derecho fundamental secundario*).

XVIII. Derecho a que no se le procese privado de su libertad (en prisión preventiva) si el delito por el que se le juzga no amerita pena privativa de libertad (artículo 18, párrafo primero) (*derecho fundamental primario*). Derecho a que la prisión preventiva se realice en lugar distinto al de ejecución de penas (artículo 18) (*derecho fundamental primario*).

XIX. Derecho a la reinserción social (artículo 18, párrafo segundo) (*derecho fundamental secundario*).

XX. Derecho a que la mujer compurgue sus penas en lugares separados de los hombres (artículo 18, párrafo segundo) (*derecho fundamental secundario*).

XXI. Derecho a que los adolescentes mayores de doce años y menores de dieciocho años tengan un régimen especial de justicia conforme a las leyes (artículo 18, párrafo cuarto) (*derecho fundamental instrumental; garantía individual*).

XXII. Derecho a que los reos mexicanos que compurguen penas en otros países sean trasladados al nuestro para que cumplan su condena, y que los reos extranjeros en México puedan cumplir su condena en su país de origen (artículo 18) (*derecho fundamental secundario*).

XXIII. Derecho a que la detención ante autoridad judicial no rebase las 72 horas sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso o el doble de tiempo cuando así lo solicite el inculcado, y con los requisitos legales (artículo 19) (*derecho fundamental primario*).

XXIV. Derecho a un debido proceso, que es una garantía, para la protección de los derechos humanos fundamentales secundarios (artículo 20), y que son los siguientes:

- Presunción de inocencia.
- A ser informado de la acusación y de sus derechos.
- Derecho de audiencia (ser oído y vencido en juicio).
- A que se le reciban pruebas que ofrezca.
- A ser juzgado en los términos y plazos constitucionales.

- A la defensa adecuada.
- A la igualdad procesal, tanto del imputado como de la víctima u ofendido.

XXV. Derecho a que no se le impongan penas que estén prohibidas (artículo 22) (*derecho fundamental primario*).

XXVI. Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito *non bis in idem* (artículo 23) (*derecho fundamental secundario*).

XXVII. Derecho a que se respeten las formalidades esenciales de todo el procedimiento penal, incluyendo la etapa de averiguación previa y la detención.

XXVIII. En el artículo 16 constitucional tenemos el derecho a no ser detenido o privado de la libertad personal, salvo por la comisión de un delito, en flagrancia o caso urgente, o reunidos los requisitos para la orden de aprehensión (artículo 16) (*derecho fundamental primario*).

XXIX. El derecho a no ser retenido por más de 48 horas por el Ministerio Público (artículo 16); o por más de 72 horas por el juez, sino se justifica con un auto de vinculación a proceso (auto de formal prisión) que cumpla con los requisitos legales (artículo 19); así como el derecho a los plazos legales, a los recursos, etcétera.

Muchas de las violaciones a los derechos humanos fundamentales de segundo nivel o secundarios, o garantías establecidas para su protección, podrán afectar a un derecho fundamental de primer nivel o primario y la consecuencia legal deberá trasladarse a la protección del derecho fundamental primario, como la vida y la libertad, etcétera. En estos casos, el juez de amparo tendrá que ponderar si concede el amparo total, liso y llano, atendiendo al interés social y nacional, sobre el particular.

Los derechos humanos de naturaleza penal ya estaban establecidos en su gran mayoría en la Constitución de 1917; sin embargo, la novedad o el cambio importante sucedió en la reforma de 2008, en las reglas del debido proceso —que son distintas a las del procedimiento escrito—, y, desde luego, en las reformas constitucionales de junio de 2011.

Los principales convenios internacionales suscritos por México y que contienen estos mismos derechos humanos de naturaleza penal, pero de manera más general o abstracta, y otros más de tercera y cuarta generación, que debemos atender son los siguientes:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador”.
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también denominada “Convención de Belém do Pará”.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- Convención Americana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos.
- Carta Democrática Interamericana.
- Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.
- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Habrá que escrudiñar todos estos tratados y destacar los derechos humanos de tipo penal que no están establecidos en nuestra Constitución, para así atenderlos y darles uso y la dimensión que les corresponde al resolver un juicio de amparo. De estar en ella, consideramos que basta con atender nuestra carta magna para resolver un conflicto por violación a los derechos humanos de tipo penal. Situación que no acontece con otras materias, donde muchos derechos humanos de tercera y cuarta generaciones sólo se encuentran en los tratados.

El Pleno de la Suprema Corte al resolver la contradicción de tesis 293/2011, en sesiones del 26, 28 y 29 de agosto de 2013, discutió los temas confusos de la aplicación de la jurisprudencia de tribunales

internacionales de derechos humanos; la posibilidad de invocar los tratados internacionales relativos a derechos humanos en los amparos, cuando éstos se hallan establecidos en la Constitución. Sesiones que fueron muy provechosas y de diversidad de criterios. Sin embargo, los ministros de carrera judicial —con vasta experiencia y estudios constitucionales—: Margarita Luna Ramos, Luis María Aguilar Morales, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alberto Pérez Dayán y otros, no con menos méritos se inclinaron por la supremacía constitucional, cuando ésta tiene algunas restricciones que puedan contradecir los tratados, y que son temas de reflexión, como el caso del arraigo y la prisión preventiva o los derechos políticos de los procesados.

El cambio del referido criterio 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, que nos parece el correcto. Sin embargo, hay más temas que son de reflexión y ocupación.

IV. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR PROCESO PENAL Y DEBIDO PROCESO?

El procedimiento penal es un conjunto de reglas precisamente establecidas en la ley por el cual se juzga la comisión de un delito por la autoridad competente.

El proceso penal (restricción de la libertad) es la etapa del procedimiento penal en prisión preventiva o sin ella, ante la autoridad jurisdiccional (juez), que comienza con la puesta a disposición del imputado ante el juez y termina con el dictado de la sentencia definitiva.

La prisión preventiva (limitación a la libertad) es la privación de la libertad personal durante el procedimiento penal. Una limitación al derecho humano de la libertad personal.

El debido proceso (restricción o limitación a la libertad) es el derecho de la persona imputada a que se le respeten las formalidades esenciales del procedimiento, a efecto de garantizar los derechos humanos del imputado y de la víctima.

La Corte Interamericana determinó que las garantías básicas del debido proceso, consagradas en el artículo 8o. de la Convención Ame-

ricana de Derechos Humanos, se aplican con relación a cualquier autoridad —administrativa, legislativa o judicial—, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas, como son: la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial en un plazo razonable, el derecho a una defensa pública eficaz, la igualdad de armas jurídicas, el derecho al recurso y el derecho a no ser coaccionado, entre otros.

En México, las reglas del debido proceso penal están establecidas en los artículos 14, 16, 18, 19, y básicamente en el 20 de la Constitución y en el 173 de la nueva Ley de Amparo. La Constitución y la Ley de Amparo abundan más en las reglas del debido proceso que la Convención Americana de Derechos Humanos, que es más abstracta.

Así, debemos concluir que, conforme a la clasificación que se hizo, el “debido proceso penal” no es un derecho humano propiamente dicho, fundamental primario, pues no es una prerrogativa, inalienable, inherente al hombre, sino un derecho fundamental instrumental que establece un conjunto de derechos humanos de segundo nivel o secundarios (como la adecuada defensa, el derecho de audiencia, de recurso, etcétera) que la autoridad debe otorgar como garantía individual para proteger diversos derechos humanos fundamentales primarios o de primer nivel (como la vida, la libertad, las propiedades y las posesiones) en un juicio o procedimiento formal.

De ahí que ante cualquier violación al debido proceso (es decir, violaciones procesales) en un juicio constitucional se debe reponer el procedimiento, a menos de que afecte directamente el derecho humano de que se trate (la vida, la libertad, etcétera). Son casos en que debe declararse nulo el acto, de inmediato, y restituir al gobernado en su derecho violado.

Desde luego, para tomar esta decisión hay que ponderar lógica, jurídica y prudentemente el interés nacional y social frente al particular del imputado, acusado o sentenciado.

La víctima u ofendido, la sociedad y la Nación están interesados en que se castiguen los delitos y se juzgue a los imputados mediante un procedimiento penal que tampoco viole derechos a las partes.

Todo lo anterior, atendiendo también al principio de supremacía constitucional; en cuanto a que si hay colisión de derechos humanos entre los tratados y la Constitución, porque ésta establece limitaciones o restricciones, debemos preferir la carta magna.

1. ¿Cuándo se afecta el debido proceso?

Cuando existen violaciones al procedimiento se afecta el debido proceso. En efecto, la Constitución en su artículo 107, fracciones III y V, establece la obligación para los tribunales de amparo de revisar de oficio todas las violaciones del procedimiento.

Para que proceda un amparo directo o indirecto por violaciones procesales, se establecen dos requisitos: que afecte la defensa del quejoso y que trascienda al resultado del fallo.

El artículo 173 de la Ley de Amparo establece las violaciones procesales que por derecho (*ipso iure*) afectan la defensa del quejoso, entre éstas figuran: el desarrollo de cualquier audiencia sin la presencia del juez actuante, así como el desahogo de pruebas ante una persona distinta al juez o que no se le reciban las pruebas que el imputado ofrezca o éstas no sean recibidas conforme a la ley, entre otras. En estos casos, sólo habrá que analizar si trasciende al resultado del fallo o no.

Las sentencias que resuelven el amparo sólo deben ser en tres sentidos: sobreseimiento, amparando o negando la protección constitucional. A su vez, las que amparan son en dos sentidos: amparo total (liso y llano) o para efectos.

Los amparos por violaciones procesales siempre serán para efectos; incluso para efecto de que se deje en libertad al quejoso, sin perjuicio de la continuación del procedimiento penal que es de orden público y no debe suspenderse.

En materia penal sólo será liso y llano, si se resuelve que no hubo delito o responsabilidad penal (plena o presunta, según sea el caso), o que exista una causa de extinción de la acción penal.

Si se cometió un delito y no se respetaron las reglas del procedimiento, incluyendo las formalidades del procedimiento, será un amparo para efectos, el cual puede ser para que se le deje en libertad por deficiencia en la detención, pero sin perjuicio de que el Ministerio Público pueda nuevamente ejercitar la acción penal, solicitando la orden de aprehensión e iniciar el procedimiento para que no exista impunidad. Tales violaciones procesales se pueden advertir hasta el amparo directo, al impugnar la sentencia definitiva.

El artículo 61, fracción XVII, de la nueva Ley de Amparo (fracción X, del artículo 73 de la anterior), sigue estableciendo los estadios procesales en el proceso penal y señala que las violaciones procesales que-

dan consumadas irremediablemente con motivo del cambio de situación jurídica. Sin embargo, con motivo de que en ese párrafo se suprimió el artículo 16 constitucional, la Primera Sala de la Suprema Corte ha interpretado que las violaciones procesales anteriores al auto de formal prisión (vinculación a proceso) pueden ser analizadas en amparo directo, siendo pertinente citar la tesis de rubro: VIOLACIONES COMETIDAS EN LA DETENCIÓN DEL INCUPLADO CON MOTIVO DE LA EXCEPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL (FLAGRANCIA O CASO URGENTE). PROCEDE ANALIZARLAS EN AMPARO DIRECTO.⁸

Si ya existe una previa sentencia de amparo indirecto, donde se analizaron las violaciones procesales, ya no se podrán analizar esas violaciones. El amparo directo concedido por incompetencia del juez debe ser para efectos de que se reponga el procedimiento, ante el juez competente.

Han salido criterios novedosos de la Primera Sala de la Suprema Corte en materia de detención, tortura, defensa adecuada, aviso consular, etcétera.

Ilustra lo anterior, el siguiente cuadro de referencia:

<i>Tema</i>	<i>Tesis/jurisprudencia</i>
Asistencia consular de extranjeros	“Extranjero sujeto a averiguación previa o en prisión preventiva. Se le debe dar a conocer el derecho que tiene a solicitar la asistencia de la representación diplomática del país del cual es originario, además de que se informe a dicha sede consular la situación jurídica de aquél”.
Invalidez de las declaraciones del imputado sin la presencia del defensor profesional en derecho	“Defensa adecuada en materia penal. La ilicitud de la declaración rendida por el imputado sin la asistencia técnico-jurídica de un defensor profesional en derecho, no admite convalidación”.
Reconocimiento del inculpado sin asistencia del defensor profesional en derecho	“Reconocimiento del inculpado a través de la cámara de Gesell. En dicha diligencia es necesaria la asistencia del defensor a efecto de garantizar el derecho a una defensa adecuada”.

⁸ Tesis 1a. CLV/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, agosto de 2012, p. 509.

<i>Tema</i>	<i>Tesis/jurisprudencia</i>
Caso urgente	“Detención por caso urgente. Requisitos para su validez”.
Tortura	“Tortura. Obligaciones de la autoridad cuando una persona manifiesta haberla sufrido o se tengan datos de la misma”.

2. Detención ilegal, caso flagrancia y caso urgente

Aun cuando la detención obedezca a la comisión de un delito, si no se cumple con las formalidades que exige la flagrancia o la detención en caso urgente, se debe conceder el amparo para el efecto de que se le deje en libertad, sin perjuicio de reponer el procedimiento y el Ministerio Público puede nuevamente ejercitar acción penal (no podría concederse un amparo liso y llano), para no dejar impune la conducta delictiva.

3. Flagrancia

Esta figura procesal se contempla en el artículo 16 constitucional, párrafo quinto, que establece que cualquier persona puede detener a otra por la comisión de un delito, en el que para su procedencia se deben colmar los siguientes requisitos: 1) que se le detenga al momento de la ejecución del delito, y 2) se le persiga materialmente y sea detenido enseguida; y suprimió esta hipótesis: que “en setenta y dos horas después, sea señalado por la víctima o se le encuentren los objetos del delito”, lo que estaba permitido antes de la reforma.

4. Urgencia

Esta figura también está prevista en el artículo 16, específicamente en los párrafos sexto y séptimo, respectivamente, de los cuales se desprenden los siguientes requisitos: 1) se haya iniciado la averiguación previa en contra del imputado; 2) se trate de un delito grave; 3) exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la jus-

ticia, y 4) que por razón de la hora, lugar o circunstancia, no puedan acudir a la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión.

De esto que el Ministerio Público primero detiene y luego libra la orden de detención en caso urgente —inaceptable— o lo detiene cinco o más días después y se dice que es flagrancia —también inaceptable—.

Es muy discutible si se le cita a declarar al inculpado o en calidad de testigo, pues aquí habría que ponderar la validez de la orden de detención por caso urgente, el abuso será castigado por la ley, pero no da lugar a dejar en libertad al imputado, por rebasar ese plazo.

Se le detiene por otro delito y se dicta detención en caso urgente por el nuevo delito (es correcto) o lo hará que se ejecute la orden de detención por caso urgente, ahí comienza el plazo para la detención de 48 horas o 96 si se trata de delincuencia organizada.

5. Tortura

Si una persona confiesa hechos delictuosos, sin embargo, es torturado física o psicológicamente, es nula la declaración.

Si el juez no ordena la investigación de la tortura, cuando el imputado le manifiesta esta situación y no confiesa, ¿se repone el procedimiento para la investigación?

6. Adecuada defensa

Si el reconocimiento en la cámara de Gesell se hace sin su defensor, existe una violación al procedimiento, por violar la adecuada defensa y el debido proceso. El amparo es para efectos de dejar inválida la actuación y las que se deriven de ello, criterio jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte.

Tanto la sola manifestación de tortura ante el juez de proceso como el reconocimiento sin la presencia del defensor, el aviso consular omitido, o cualquier otra que no tenga que ver con la detención, el amparo será para efecto de reponer el procedimiento e invalidar pruebas asociadas, más no liso y llano para dejarlo en libertad.

Lo anterior, porque conforme al artículo 107 constitucional, las controversias de amparo se sujetarán a los procedimientos que determine la Ley de Amparo.

No podemos variar un procedimiento de orden público, como lo es el juicio de amparo, so pretexto de la violación a un derecho humano, de alguien que cometió un delito, pues sobre su interés particular está el interés público de que se respeten los procedimientos precisamente establecidos, pero también está el derecho de la víctima en materia penal.

El ministro José Ramón Cossío emitió un criterio,⁹ en el sentido que el principio “pro persona”, no es fundamento para omitir el estudio de los aspectos técnicos legales en el juicio de amparo.

En suma, los jueces federales de amparo (ministros, magistrados y jueces) deben emitir sus sentencias con absoluta imparcialidad, autonomía, objetividad, de manera prudente, eficaz y justa, para una adecuada defensa de los derechos humanos.

⁹ Tesis CCLXXVI/2012 (10a.) de rubro: “PRINCIPIO PRO PERSONA. NO ES FUNDAMENTO PARA OMITIR EL ESTUDIO DE LOS ASPECTOS TÉCNICOS LEGALES EN EL JUICIO DE AMPARO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2012.