

**UNIVERSIDAD JUAREZ DEL ESTADO DE DURANGO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**“COLISIÓN DE PRINCIPIOS EN EL SISTEMA DE  
JUSTICIA PENAL”**

**Tesis que para obtener el grado de Doctor en Derecho**

**Presenta:**

Maestro: José Ricardo Castro Romero

Directores: Dra. María del Refugio Bobadilla Saucedo, Dr. Ernesto Galindo Sifuentes  
y Dr. Raúl Montoya Zamora

Victoria de Durango, Dgo., febrero de 2016

**DEDICATORIA.**

Dedico la presente tesis a mi esposa, quien ha estado a mi lado todo este tiempo en que he trabajado en ella, a mis hijos y familia, a mis amigos quienes me han apoyado y a todos aquellos que me prestaron ayuda, mis tutores de la investigación, a todos ellos les dedico esta tesis con cariño y un muy grande agradecimiento.

---

**ÍNDICE GENERAL**

DEDICATORIA.....	1
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPITULO I .....	9
I.-PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO .....	10
A. Definición .....	10
B. Los principios como método de interpretación.....	13
II.-LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES .....	15
A.-CARACTERÍSTICAS.....	16
1.- Supremacía.....	16
2.- Inviolabilidad .....	17
3.- Permanencia.....	18
4.- Legalidad .....	19
III.-PRINCIPIOS EN MATERIA PENAL.....	20
A.- Definición. ....	20
B.- Clasificación .....	21
1.- Principio de mínima intervención .....	21
2.- Principio <i>non bis in idem</i> .....	23
3.- Principio <i>in dubio pro reo</i> .....	24
5.- Principio de irretroactividad.....	26
A.- Clasificación .....	27
1.- Inmediación. ....	28
2.- Publicidad .....	30
3.- Oralidad.....	31
4.- Concentración .....	35

---

5.- Continuidad .....	36
6.- Contradicción.....	37
7.- Igualdad.....	40
IV.- OTROS PRINCIPIOS PROCESALES.....	42
A.- Economía procesal.....	43
B.- Legalidad .....	43
C.- Buena fe .....	44
V.- DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO.....	46
VI.- LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	51
CAPITULO II. ....	54
I.    DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS.....	55
A.    En cuanto a su estructura .....	57
B. En cuanto a su forma de aplicación .....	59
1.- La ponderación .....	60
2. La subsunción .....	65
C. Características de los principios.....	67
II.    PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS .....	68
A.    Colisión de principios .....	68
B.    Vaguedad.....	70
C.    Ambigüedad .....	71
III.    MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS.....	72
A. Método de garantía de contenido esencial en los principios .....	73
B. Método de solución de José Juan Moreso .....	74
C.-Crítica a la ponderación de Juan AnTonio Garcia Amado .....	78

---

D. El método de la ponderación de Robert Alexy (Principio de proporcionalidad).....	83
Capítulo III.....	82
I. PONDERACIÓN .....	82
A. Definición .....	82
B. La estructura de la ponderación.....	86
C. Pasos .....	86
1.La fórmula del peso.....	88
II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	90
A). El subprincipio de idoneidad .....	92
1.La idoneidad de la intervención legislativa con relación al fin inmediato.....	94
B). El subprincipio de necesidad.....	96
C). El sub principio de proporcionalidad en sentido estricto .....	98
III. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	103
A. Etapas.....	104
B. Estructura argumentativa .....	105
C. Dificultades de aplicación .....	106
IV. CRITICA AL MÉTODO DE PONDERACIÓN.....	106
V.APLICACIÓN DEL MÉTODO DE PONDERACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO .....	107
Capítulo IV.....	113
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN CASOS PRÁCTICOS .....	113
I.-Aplicación del principio de proporcionalidad en casos prácticos.....	113
CASOS PRÁCTICOS.....	114
CASO 1.Medida Cautelar .....	114

---

1).- Adscripción de la posición iusfundamental prima facie. ....	115
2).- Catalogación de la aplicación judicial como una intervención en el derecho fundamental .....	116
3).- Análisis de la proporcionalidad de la intervención legislativa en el derecho fundamental .....	116
a).-Examen de idoneidad: .....	116
b).- Examen de necesidad de intervención. ....	117
c).- Examen de proporcionalidad en sentido estricto. ....	118
CASO 2.Procedimiento Abreviado .....	119
1).- Adscripción de la posición iusfundamental prima facie. ....	119
2).- Catalogación de la aplicación judicial como una intervención en el derecho fundamental. ....	120
3).- Análisis de la proporcionalidad de la Intervención legislativa en el derecho fundamental. ....	120
a).- Examen de Idoneidad. ....	120
b).-Examen de necesidad de intervención. ....	121
c).- Examen de proporcionalidad en sentido estricto. ....	122
CASO 3. Autorización judicial .....	122
1).- Adscripción de la posición iusfundamental prima facie. ....	123
2).- Catalogación de la aplicación judicial como una intervención en el derecho fundamental. ....	124
3).- Análisis de la proporcionalidad de la intervención legislativa en el derecho fundamental. ....	125
a).-Examen de idoneidad: .....	125
b).- Examen de necesidad de intervención. ....	125
c).- Examen de proporcionalidad en sentido estricto. ....	126

---

CAUSA HIPOTÉTICA. ....	127
1).- Adscripción de la posición <i>iusfundamental prima facie</i> . ....	128
2).- Catalogación de la norma legislativa como una Intervención en el derecho fundamental. ....	128
3).- Análisis de proporcionalidad de la intervención Legislativa en el derecho fundamental. ....	129
a).-Examen de idoneidad: ....	129
b).- Examen de necesidad de intervención. ....	130
c).- Examen de proporcionalidad en sentido estricto. ....	130
CASO ACTUAL SOBRE EL USO LÚDICO DE LA MARIHUANA.....	139
CONCLUSIONES .....	145
FUENTES DE INVESTIGACIÓN.....	1418

---

## INTRODUCCIÓN

Los principios en el nuevo sistema de justicia penal toman mayor relevancia el 10 de junio de 2011 con la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que todas las autoridades en el ámbito de su competencia tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Teniendo la obligación los jueces de distinguir entre una regla y los principios. La regla básicamente indica el criterio de lo que debemos o no realizar en determinadas situaciones específicas, en cambio los principios proporcionan criterios para tomar una posición ante situaciones concretas, sin ser exclusivo para determinado hecho.

Es necesario que los jueces conozcan los principios rectores del sistema penal acusatorio, los constitucionales y así como los que aplican los tratados internacionales; ya que se pueden enfrentar la colisión entre principios. Tomando en cuenta que en las normas se subsume el ajustar ciertas conductas y que por el contrario los principios se ponderan ya que no se conocen con certeza sus límites. A consecuencia es necesario que se conozca un método para resolver la colisión de principios.

Considero que debemos de tomar en cuenta las preguntas básicas: ¿Que es una norma?, ¿Qué es un principio?, Que problemas encuentra el Juez al aplicar los principios?

Esta investigación se desarrolla de manera temporal, espacial y personal; con el objetivo de proponerle al Juez de control como es la aplicación de principios en colisión.

El derecho cuenta con los principios constitucionales como supremacía, inviolabilidad, permanencia y legalidad; destacándose de manera general la protección que brinda la constitución para sus ciudadanos; hasta los principios del sistema acusatorio y oral.



---

Destacó los diversos criterios sobre la ponderación propuestos por José Juan Moreso (Barcelona), Juan Antonio García Amado (León), Manuel Atienza (Alicante), Carlos Bernal Pulido (Colombia) y Robert Alexy (Kiel-Alemania).

Es importante que los operadores del sistema penal acusatorio conozcan el método de la ponderación que se desarrolla bajo el principio de proporcionalidad.

La investigación se desarrolla de manera descriptiva y explorativa, utilizando el método deductivo e inductivo, analítico-sintético y exegético, esto bajo la teoría del ius-naturalismo y neo-constitucionalismo.

Como postura particular considero que el método más adecuado para resolver la colisión de principios en el sistema penal acusatorio es el que propone Robert Alexy con su fórmula de pesos.

## **CAPITULO I**

### **EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO**

---

El objeto de la siguiente tesis es presentar al lector el Primero de los capítulos que integran la TESIS DOCTORAL, el cual se encuentra enfocado a realizar un análisis funcional respecto de los principios básicos del derecho, tildado en su carácter penal. En el entendido de que el Derecho en general, está constituido de normas y principios, los cuales los juzgadores deben tener muy en claro al momento de emitir una resolución, que los citados principios son parte del razonamiento que empleemos al momento de aplicar o de inaplicar el derecho en su forma positiva, en tal sentido los principios, sabemos, se encuentran presentes porque se deben aplicar aun y cuando no existe norma alguna que los determine, de igual forma son un elemento necesario a la hora de realizar un razonamiento lógico jurídico que nos permita emitir un argumento de impacto. Así mismo, el presente capítulo hace mención respecto de algunos de los principios que empleamos en el derecho, específicamente se hace un estudio respecto del nuevo sistema acusatorio penal, en el cual tenemos principios como la inmediación, publicidad, concentración, continuidad, contradicción, los cuales permiten el pleno desarrollo del proceso.

## **I.-PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO**

### **a. Definición**

La Suprema Corte de Justicia ha hecho una interpretación de los principios como verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, creadas mediante procedimientos jurídico-filosóficos de generalización<sup>1</sup>. Lo anterior se advierte en el último párrafo del artículo 14 constitucional, que dice: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

---

<sup>1</sup>Cordero Sánchez Olga Ministra SCJN, conferencia “*Problemas Ético-jurídicos contemporáneos*, 27 de marzo de 2001, p. 36

Observándose que desde el ordenamiento principal se contemplan los principios generales, a los cuales José Dávalos<sup>2</sup> los define como los principios generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, siendo descubiertos por la razón humana y fundados en la naturaleza racional y la libertad del hombre, son el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual. En el que toma en cuenta la naturaleza humana con el objetivo de su perfeccionamiento, tomando siempre en cuenta la esencia social que consiste en dar a cada quien lo que corresponde lo que con lleva luchas entre todos. En cuanto a estos principios él los define como obligatorios sin estar sancionados o reconocidos por la autoridad política ya que basta que la razón los haya reconocido como necesarios para el hombre. Además establece que el derecho como conjunto de criterios es obra de la inteligencia y los criterios jurídicos del comportamiento humano nacen de la voluntad.

“Los principios generales son una generalización de las normas jurídicas internas. Cada una de éstas despojada de sus elementos particulares. Se obtiene así un conjunto de principios fundamentales que aparecen como constantes en un número considerable de legislaciones”.<sup>3</sup>

Tenemos pues que los principios generales se pueden definir como las libertades del ser humano y las atribuciones del poder público, un referente para construir disposiciones de la función jurisdiccional, siendo un campo de aplicación por su propio género de vigencia, teniendo en cuenta que son pautas para los juzgadores. Lo anterior se robustece con la siguiente tesis:

#### **INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE**

---

<sup>2</sup>Dávalos Morales, José, “*Los principios generales del derecho en la interpretación del derecho del trabajo*”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado No. 38, p. 381-398.

<sup>3</sup>Barberis, Julio, “*Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional*”, Revista IIDH, Buenos Aires.vol. 14, p. 11-41

**PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE  
PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER  
REVISOR.**

El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al Código Político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la Constitución, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico.

Amparo en revisión 2639/96. Fernando Arreola Vega. 27 de enero de 1998. Unanimidad de nueve votos en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Humberto Román Palacios. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ariel Alberto Rojas Caballero.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintitrés de marzo en curso, aprobó, con el número XXVIII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

(Gaceta SJFTCC, 9ª Época (abril 1998) Tomo VII, libro XXVIII, p. 117)

En tal sentido los principios generales de derecho van implícitos al ser humano desde que nacemos y por lo tanto la Constitución contempla la recurrencia de los principios, ya que da la pauta a los juzgadores para resolver cuando la ley no dé la respuesta para resolver la causa que se plantea, dando así la oportunidad de ir más allá de lo que dicen las normas y poder resolver de una manera justa.

## **b. Características**

Los principios por lo general son de mayor jerarquía que las reglas y los encontramos primordialmente en los Tratados y la Constitución y no cuentan con una estructura como las reglas.

Para Álvaro Mejía<sup>4</sup> los principios generales tienen las siguientes características:  
-Son fundamentales en virtud de tener un nexo cohesionador e integrador del Derecho en general.

- Taxativos por ser perfectamente identificados.
- Universales por operar en diversas realidades espacio-temporales.
- *Tópicas* por ser lógicos o lugares comunes.
- *Axiológicos* por determinar el "Deber Ser" del Derecho.

Y en cuanto a la utilidad de los Principios Generales del Derecho, se tiene: que crean un ordenamiento e interpretación en los criterios para resolver, generando una cohesión en las resoluciones.

Álvaro Mejía, establece que los principios son respuestas reales y vigentes, que sirven para enlazar el uso de ley con el proceso que va a resolver el juez; siendo normas indeterminadas que se van precisando en el caso concreto, con un cumplimiento progresivo y suelen interpretarse mediante el principio de proporcionalidad.

### **c. Los principios como método de interpretación**

Los principios han servido para crear nuevas teorías de argumentación, lo que ha llevado a transformar la interpretación; siendo que la idea tradicional era la seguridad jurídica y ahora se sustituye por la seguridad jurídica argumentativa, lo anterior nos lleva a establecer las condiciones de las autoridades y jueces que conozcan este nuevo escenario.

Según Antonio Gómez Robledo, es de destacarse que los principios fijan circunstancias para solucionar dudas, sin explorar, cuando la Ley hablare en general

---

<sup>4</sup>Mejía Mejía Álvaro Hernán. *Instituciones Jurídicas Romanas*. México. 2009. (En línea: 03 de agosto de 2013) Disponible en: <http://institucionesjuridicasromandas.blogspot.mx/2009/08/00161-clasificación-del-derecho.html>

y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, en tal sentido se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría legislado<sup>5</sup>.

Por lo tanto al momento en que los sujetos procesales realizan un planteamiento en donde el texto legal ni la idea del legislador o consideraciones similares en otras leyes, se tiene la duda de resolver, se deben tomar en cuenta los principios generales del derecho, en el que se observaran las circunstancias del caso. Lo anterior se relaciona con la siguiente tesis:

**PRINCIPIOS DE FAVORECIMIENTO DE LA ACCIÓN (PRO ACTIONE), DE SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS PROCESALES Y DE CONSERVACIÓN DE LAS ACTUACIONES, INTEGRANTES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU APLICACIÓN EN EL PROCESO.**

En aplicación de estos principios, inspirados en el artículo 17 de la Constitución Federal y en el diverso numeral 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que forman parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, los órganos judiciales están obligados: a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, con el objeto de evitar la imposición de formulismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, así como el convertir cualquier irregularidad formal en obstáculo insalvable para la prosecución del proceso y la obtención de una resolución de fondo (favorecimiento de la acción); a apreciar, conforme al principio de proporcionalidad que impone un distinto tratamiento a los diversos grados de defectuosidad de los actos, los vicios en que pudieran incurrir las partes y a partir de las circunstancias concurrentes, la trascendencia práctica e incluso a la voluntad del autor, dar la oportunidad de corregirlos o inclusive, suplir de oficio los defectos advertidos, cuando ello sea necesario para preservar el derecho fundamental en cita, con la única limitante de no afectar las garantías procesales de la parte contraria (subsanción de los defectos procesales) y, a imponer la conservación de aquellos actos procesales que no se ven afectados por una decisión posterior, en aras de evitar repeticiones inútiles que nada añadirían y sí, en cambio, afectarían el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el principio de economía procesal (conservación de actuaciones). (Gaceta SJFTCC, 10ª Época (enero 2013) Tomo III, libro XVI, p. 1829)

---

<sup>5</sup> Aristóteles: *Ética Nicomaquea*; traducido por Gómez Robledo, Antonio 5ª. ed. Edit. Porrúa, S.A. Colección "Sepan Cuantos". México. 1973.

Se observa que los principios sirven como método de interpretación, ya que dan luz en su convicción al juzgador **al momento** en que la ley es oscura y no define con claridad a la situación que se expone en el proceso, otorgando la pauta justa a resolver al juez.

Lo anterior se robustece con la publicación en el Diario Oficial de la Federación, con la reforma constitucional del día 10 de junio de 2011 en relación con el control constitucional y convencionalidad a cargo de todas las autoridades y jueces del país, en el que el artículo 1 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos prevé la obligación de realizar una interpretación conforme a la Constitución y pro homine; estableciendo los métodos y criterios de interpretación de derechos fundamentales: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

## II.-LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Robert Alexy ha desarrollado la distinción entre reglas y principios, siendo los principios normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas.<sup>6</sup>

Para Enrique Uribe<sup>7</sup> la Constitución es la historia de un pueblo teniendo primacía sobre las demás normas, en el que ubica a la carta magna como un subsistema dentro del universo jurídico integrado por todas las normas jurídicas. El lugar que cada una de ellas ocupa en este escenario está determinado por su jerarquía que, tratándose de la Constitución, hemos determinado a partir de ciertos principios como norma jurídica o *corpus* de normas jurídicas le son exclusivos: supremacía, fundamentalidad, inviolabilidad, permanencia.

---

<sup>6</sup> Atienza, Manuel y Ruiz Manero Juan; *Las piezas del Derecho*, editorial Ariel Derecho, Barcelona. 1996. p. 9

<sup>7</sup> Uribe Arzate, Enrique; *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Principios Constitucionales y la reforma de la Constitución*. IJ-UNAM. México. 2011.

Estos principios se pueden considerar extremadamente básicos, ya que desarrolla características en cuanto a su importancia, necesidad, respeto y su uso, observándose que de aquí se desarrollan todos los demás principios que contempla la Constitución.

Con esta idea se tendría en cuenta la interpretación constitucional ex officio en el que los tribunales analicen, independientemente del argumento de las partes, si las normas secundarias que se desean aplicar tienen o no fundamento constitucional y convencional y en su caso puedan desaplicarlas.

## **a. CARACTERÍSTICAS**

### **1.- Supremacía**

El principio de supremacía lo contempla el Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dispone “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 Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

Del artículo anterior se pueden deducir los aspectos que caracterizan al principio de supremacía constitucional:

- a) La Constitución Federal es la Ley suprema y fundamental; y
- b) Los ordenamientos jurídicos derivados de ella, sean leyes federales, tratados internacionales, leyes locales, e inclusive los actos de



---

autoridad, deben estar acordes con lo presupuestado por la Constitución, para que resulten válidos.<sup>8</sup>

Es de destacarse que el Derecho debe fundamentarse en los valores jurídicos de la comunidad tal y como siempre ha sido.<sup>9</sup>

De este concepto encontramos la fundamentación para cualquier acto de autoridad, destacándose el uso de la Constitución en primer lugar y en segundo lugar leyes y tratados; además de dar la pauta al resolutor de realizar un control constitucional en caso que exista alguna norma de los Estados que vaya en contra de la Constitución, para en este caso dejar de aplicar la norma local y que prevalezca la disposición constitucional, ya que esta es mas garantista para los sujetos procesales.

## **2.- Inviolabilidad**

La Inviolabilidad se encuentra consagrada en el artículo 136 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el que dispone: “Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta”.

Enrique Acosta Quiroz identifica la imposibilidad de trastocar el régimen jurídico establecido y garantizar las libertades y la seguridad jurídica del régimen. Son los

---

<sup>8</sup>Estrada Lechuga, Ciro. *Medios de Control de la Constitucionalidad*. México. 2007 (En línea: 19 septiembre 2013). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1459/2.pdf>.

<sup>9</sup> Beladiez Rojas, Margarita; *Los principios Jurídicos*, editorial Aranzadi, España. 2010. p.39

---

principios y las medidas que adopta un régimen, por medio de un texto del orden jurídico supremo, para impedir que se elimine el propio régimen legal; que se violenten los principios que el mismo establece. Sin embargo, inviolabilidad constitucional no significa inmovilismo constitucional, una Constitución puede modificarse, enmendarse, reformarse o modificarse, mediante las reglas que prevé esta misma, o habrá quien sostenga, el "derecho" inalienable a la Revolución, el cual no es de carácter jurídico ya que sería una contradicción del propio régimen jurídico.<sup>10</sup>

Es una forma de que prevalezcan nuestros principios y que permanezca por lo que se ha luchado durante siglos y que aunque haya un acto de rebeldía, nuestra Constitución vaya más allá en el tiempo para permanecer en el momento que el pueblo mexicano logre salir de la opresión y de ese modo regresar a los momentos garantistas de esa época obtenidos.

### **3.- Permanencia**

La permanencia otorga la certeza en el tiempo de una ley, teniendo una adecuada protección durante una época y no solo por momentos, dando confianza al ciudadano de las formas de su aplicación.

La permanencia implica que la ley sea aplicada durante el periodo de su vigencia sin agotarse en la realización de alguno o algunos supuestos o en la atribución correspondiente de consecuencias a un sujeto en un caso determinado. La ley sigue vigente después de su aplicación a casos específicos y sigue cubriendo a todos los sujetos, hechos, actos y situaciones previstos en sus supuestos. La mayor parte de las leyes están concebidas a perpetuidad, pero hay algunas que limitan temporalmente su vigencia. Durante ésta debe conservar su generalidad y abstracción mientras no se abroge.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup>Quiroz Acosta Enrique; libro: *Teoría de la Constitución*, Porrúa, 3ª Edición, México 2005, p. 32-33

<sup>11</sup> Gamás Torruco José, *Derecho constitucional mexicano, Teoría de la Constitución. Origen y desarrollo de las Constituciones mexicanas. Normas e instituciones de la Constitución de 1917*, Porrúa, Edición: 1, Fecha de Publicación: 2001, México, p. 327 y 328

Son principios e ideas jurídicas de la comunidad que constituyen fuentes del Derecho sin necesidad de seguir ningún proceso de positivación.<sup>12</sup>

#### 4.- Legalidad

La legalidad otorga una tranquilidad y certeza para el ciudadano, al conocer que cualquier acto de autoridad debe tener un fundamento jurídico (estar en una ley) y que fue lo que motivo dicha aplicación de la ley.

Carlos Vidal Yee Romo<sup>13</sup> establece que la legalidad del principio que en su acepción jurídica más aceptada, es todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho vigente. El principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; más aún, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener su apoyo estricto en una norma legal, la cual, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de forma y fondo consignados en la Constitución.

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comprende varios principios jurídicos, de los cuales derivan, a través de su expresión normativa, otros tantos derechos subjetivos públicos de carácter sustantivo, garantizados en el juicio de amparo.

Como principios de la ciencia jurídica tenemos: 1. El que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley, 2. El que prohíbe imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley expresamente aplicable al delito de que se trate, y 3. El que ordena que la sentencia definitiva en los juicios civiles debe ser conforme a la letra o a la

---

<sup>12</sup> Beladiez Rojas Margarita; *Los principios Jurídicos*, Editorial Aranzadi, España. 2010. p. 50 y 60

<sup>13</sup> Yee Romo Carlos Vidal. *Principio de Legalidad*; hacia una cultura de respeto al orden jurídico vigente. Consultado agosto 2013. México. p 1.

interpretación jurídica de la ley. En cambio: 1. El que establece que nadie debe ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales de un proceso, y 2. El que manda que a falta de ley aplicable, la sentencia definitiva en materia civil se fundará en los principios generales de derecho, corresponden a la filosofía jurídica, por estar relacionados estrechamente con los principios del derecho natural.<sup>14</sup>

### III.-PRINCIPIOS EN MATERIA PENAL.

#### a. Definición.

Para Raúl Zaffaroni<sup>15</sup> el saber jurídico que establece los principios para la creación, interpretación y así ejecutar la aplicación de las leyes penales (aun a los casos privados); propone a los jueces un sistema orientador de sus decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho. Identifico otras definiciones que pueden orientar a respuestas de los operadores, tales como:

**Franz Von List:** Conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia.

**Ricardo Núñez:** La rama del derecho que regula la potestad pública de castigar, estableciendo lo que es punible y sus consecuencias, y aplicar una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles.

**Luis Jiménez de Asúa:** Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del

---

<sup>14</sup> Preciado Hernández Rafael, *Artículo 14 Constitucional y los Principios Generales del Derecho*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 1969. p 1.

<sup>15</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar. Buenos Aires. 2005, p 37.

---

sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.

**Fontán Balestra:** Rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción.

**Cándido Herrero:** Conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado, que definen las conductas delictivas y las penas o medidas de seguridad que hay que aplicar a sus infractores.

Las definiciones que dan estos autores, en la actualidad son propuestas jurídicas que buscan llegar al pacto para solucionar el hecho delictuoso que lo permitan y en caso de no tener una salida alterna se busca castigar al culpable y proteger a la víctima; de esa forma permitiendo solo las investigaciones que generen debate sean resueltas en juicio.

## **b. Clasificación**

Los principios limitadores del derecho penal son aquellas partes de la doctrina que le han impuesto barreras a la construcción del derecho penal, de tal forma que éste no se salga de control y acabe con el estado de derecho. El objetivo de los principios es la reducción del poder punitivo de los estados, identificando los siguientes:

### **1.- Principio de mínima intervención**

Según el principio de mínima intervención, el Derecho Penal debe tener carácter de *última ratio* por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos y sólo para los más importantes frente a los ataques más graves. Ya que los principios tienen

---

la necesidad de fortalecer su independencia frente a la fuente del Derecho por excelencia: la ley.<sup>16</sup>

El dogmático Silva Sánchez<sup>17</sup> afirma que el Derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos maneras: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios de garantías individuales.

En tal sentido, el proceso penal se debe utilizar cuando haya fracasado algún intento de llegar a cualquier salida alterna.

## **2.- Principio de proporcionalidad**

Para Bertrand Mathieu<sup>18</sup> el principio de proporcionalidad puede ser utilizado para asegurar la conciliación entre diferentes exigencias constitucionales, sea como condiciones de aplicación de un principio constitucional, sea como exigencia constitucional autónoma. El principio de proporcionalidad permite al juez operar una jerarquización implícita por un lado entre diferentes derechos y libertades fundamentales y por otro lado entre esos mismos derechos, libertades y las exigencias que emanan del interés general. El principio de proporcionalidad puede también ser planteado por el juez como una exigencia autónoma que el legislador debe respetar independientemente de cualquier conciliación entre los principios constitucionales.

Por lo que respecta a este principio, el juez realiza una ponderación o ese pesaje tomando en cuanto la idoneidad, la estricta necesidad y la proporcionalidad para resolver la controversia expuesta por los sujetos procesales.

---

<sup>16</sup> Beladiez Rojas, Margarita; *Los Principios Jurídicos*, editorial Aranzadi, España. 2010, p. 30

<sup>17</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Ediar Temis. Buenos Aires. 2000, p 229.

<sup>18</sup> Bertrand Mathieu, *Derecho Constitucional, Constituciones y Principios, Proporcionalidad como principio*. ( En línea:27 agosto 2013) Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/es/g9.htm>.

### 3.- Principio *non bis in idem*

En principio, no puede juzgarse a una persona dos veces por el mismo hecho. Por tanto, en derecho penal, a una persona no puede imponérsele dos penas con la misma finalidad; sin perjuicio de la concurrencia de responsabilidad civil o administrativa. Guillermo Cabanellas, define *non bis in idem* como un aforismo latino que significa no dos veces sobre lo mismo.<sup>19</sup>

Para Rafael Márquez Piñero,<sup>20</sup> con la citada expresión se quiere indicar que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior.

De León Villalba,<sup>21</sup> califica el “*non bis in idem*”, o también llamado “*ne bis in idem*”,<sup>22</sup> como un criterio de interpretación o solución a constante conflicto entre la idea de seguridad jurídica y la búsqueda de justicia material, que tiene su expresión en un criterio de la lógica, de que lo ya cumplido no debe volverse a cumplir. Esta finalidad, continúa diciendo el referido autor, se traduce en un impedimento procesal que negaba la posibilidad de interponer una nueva acción, y la apertura de un segundo proceso con un mismo objeto.

En otras palabras, *el non bis in idem*, garantiza a toda persona que no sea juzgado nuevamente por el mismo delito o infracción, a pesar de que en el juicio

---

<sup>19</sup>Cabanellas, Guillermo. *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*. 4ª. Edición ampliada por Ana María Cabanellas. Heliasta S.R.L. Buenos Aires. 1992, p. 175.

<sup>20</sup>Barrena Alcaraz, Adriana E. y otros. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 1994, p. 2988.

<sup>21</sup>De León Villalba, Francisco Javier. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: Sentido y alcance del principio “ne bis in ibidem”*. Bosch. Barcelona, 1998, p. 388 y 389.

<sup>22</sup>Maiyer, B. J. *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (Ne bis in ibidem)*. *Doctrina penal no.* 35, SCJN. México. 1986. p. 1

primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda ocasión<sup>23</sup>.

Al tomar en cuenta estos autores lo que se busca es que las autoridades encargadas de investigar el delito y así como de dirigir el proceso judicial, no cometan el error de iniciar de nueva cuenta una causa en la que ya existe una sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria; pero el punto principal es que ya existe un pronunciamiento por la autoridad judicial.

Se basa en el valor de seguridad e implica una aspiración de justicia. Entendiéndose como destinado a impedir la actividad y desarrollo procesal múltiple o por causa de una idéntica plataforma fáctica u objeto procesal.<sup>24</sup>

#### **4.- Principio *in dubio pro reo***

Este principio encuentra sustento en el artículo 20 apartado A fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dice: “El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado”. Por lo tanto de la información desahogada ante el Juez no debe haber duda razonable en lo que se va a resolver y si esta prevalece es necesario absolver al acusado, ya que el agente del ministerio público no desvaneció o destruyó el principio de presunción de inocencia del acusado.

Es una locución latina que expresa el principio jurídico que en caso de duda, por ejemplo, por insuficiencia probatoria, se favorecerá al imputado o acusado (reo). Es uno de los pilares del Derecho penal moderno donde el fiscal o agente estatal equivalente debe probar la culpa del acusado y no este último su inocencia. Podría traducirse como "ante la duda, a favor del reo". Su aplicación práctica está basada en el principio de que toda persona es inocente hasta que se

---

<sup>23</sup> Sin autor establecido, *El principio non bis in idem*, [En línea: 27 agosto de 2013]. Disponible en: [http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/10/Becarios\\_010.pdf](http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/10/Becarios_010.pdf)

<sup>24</sup> Vázquez Rossi Jorge E, *Defensa penal*, Buenos Aires, Argentina. 2006, p. 98



demuestre su culpabilidad. En caso de que el juez no esté seguro de ésta, y así lo argumente en la sentencia, deberá entonces dictar un fallo absolutorio. Además de ser un refuerzo del principio de inocencia, su aplicación está relacionada con el principio de legalidad. Sabemos que para juzgar a alguien en sede penal, su conducta debió estar penada por una ley anterior a los hechos del proceso. En caso de que la pena posteriormente se agrave, se suavice o se derogue no debe aplicarse la ley vigente al momento de los hechos del proceso sino aquella más favorable al imputado "en este supuesto, estamos en presencia de la retroactividad de la ley penal". Si este ya fue condenado, su pena debe adecuarse a la legislación más benigna, incluso si ello implica su liberación.<sup>25</sup>

De manera conjunta se utiliza este principio al momento en que el juzgador emita su sentencia, en el que tendrá que valorar las circunstancias particulares del sentenciado y la forma de la comisión del hecho delictuoso, justificando el motivo de imponer cierto grado de culpabilidad; lo anterior viene a aplicarse de manera cotidiana con la siguiente tesis:

#### **INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA).**

La determinación de la pena a imponer por parte del juzgador, de acuerdo con el título tercero, del Código Penal para el Estado de Tlaxcala, se rige por lo que la doctrina llama "sistema de marcos penales", en los que hay una extensión más o menos grande de pena dentro de un límite máximo y un mínimo fijados para cada tipo de delito. Ahora bien, diversas circunstancias del hecho, pueden dar lugar a que cambie el inicial marco penal típico, ello sucede por la concurrencia de cualificaciones o de subtipos privilegiados; por estar el hecho aún en grado de preparación; por el grado de participación; por existir excluyentes incompletas, o un error de prohibición vencible, o por las reglas del concurso o del delito continuado. Fijada esa cuantía concreta imponible, el Juez sin atender ya a ninguna de esas eventualidades del hecho (a fin de no recalificar la conducta del sentenciado) "teniendo en cuenta las circunstancias peculiares de cada delincuente y las exteriores de ejecución del delito" (artículo 41) moviéndose del límite mínimo hacia el máximo establecido, deberá obtener el grado de culpabilidad; y en forma acorde y congruente a ese cuántum, imponer la pena respectiva. En resumen, si el juzgador considera que el acusado evidencia un grado de culpabilidad superior al mínimo en cualquier escala, deberá razonar debidamente ese aumento; pues debe partir de que todo inculcado es mínimamente culpable, de acuerdo al principio **indubio pro reo**, y proceder a elevar el mismo, de acuerdo a las pruebas que existan en el proceso, relacionadas éstas sólo con las características peculiares del enjuiciado y aquellas que se

---

<sup>25</sup>Jimmy Wales, *In dubio pro reo*, (En línea: 07 agosto 2013) Disponible en:

[http://es.wikipedia.org/wiki/In\\_dubio\\_pro\\_reo](http://es.wikipedia.org/wiki/In_dubio_pro_reo)

desprenden de la comisión del hecho punible; pues si bien es cierto que el juzgador no está obligado a imponer la pena mínima, ya que de ser así desaparecería el arbitrio judicial, no menos verdadero es que esa facultad de elección y de determinación que concede la ley, no es absoluta ni arbitraria, por el contrario debe ser discrecional y razonable.

**PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.**

Amparo en revisión 103/2000. 16 de noviembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Jorge Patlán Origel.

Amparo directo 78/2000. 24 de noviembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Alfonso Gazca Cossío.

Amparo directo 276/2000. 25 de enero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretaria: Hilda Tame Flores.

Amparo directo 277/2000. 25 de enero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretaria: Hilda Tame Flores.

AMPARO DIRECTO 121/2001. 26 de abril de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Arturo Gómez Ochoa.

(Gaceta SJFTCC, 9ª Época (mayo 2001) Tomo XIII,p. 957)

## 5.- Principio de irretroactividad

Para Sergio García Ramírez<sup>26</sup> la prohibición de la retroactividad es el reverso de un principio general con formulación positiva para ser punible, una conducta debe hallarse previamente proscrita en forma tal que el individuo enterado de la ley preexistente determine su comportamiento, sea para ajustar la conducta a la norma, sea para contrariarla y exponerse a la sanción estipulada.

Son derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, las cuales surgieron con anterioridad a la promulgación de una nueva ley, donde pueden ser variadas, solamente para su beneficio y no en su perjuicio. Lo anterior se robustece con la siguiente tesis:

**ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE AQUÉLLA TUTELADO EN EL ARTÍCULO 217, PÁRRAFO ÚLTIMO, DE LA LEY DE AMPARO.**

De acuerdo al citado principio, la jurisprudencia se puede aplicar a los actos o hechos jurídicos ocurridos con anterioridad a que cobre vigencia, siempre y cuando ello no conlleve un efecto retroactivo en perjuicio de las personas, como acontece cuando: (I) al inicio de

---

<sup>26</sup>García Ramírez, Sergio, *Derecho Penal, Los Principios Penales Fundamentales*, IJ-UNAM. México. 1990, p. 23-81.

un juicio o procedimiento existe una jurisprudencia aplicable directamente a alguna de las cuestiones jurídicas relevantes para la interposición, tramitación, desarrollo y resolución del asunto jurisdiccional; (II) antes de emitir la resolución jurisdiccional respectiva, se emite una jurisprudencia que supera, modifica o abandona ese entendimiento del sistema jurídico; y (III) la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial impacta de manera directa la seguridad jurídica de los justiciables. De ahí que si el gobernado orientó su proceder jurídico o estrategia legal conforme a una jurisprudencia anterior, siguiendo los lineamientos expresamente establecidos en ésta -ya sea para acceder a una instancia jurisdiccional, para plantear y acreditar sus pretensiones, excepciones o defensas, o en general, para llevar a cabo alguna actuación jurídica-, no es dable que la sustitución o modificación de ese criterio jurisprudencial afecte situaciones legales ya definidas, pues ello conllevaría a corromper la seguridad jurídica del justiciable, así como la igualdad en el tratamiento jurisdiccional de las mismas situaciones y casos, con lo cual se transgrediría el principio de irretroactividad tutelado en el artículo 217, párrafo último, de la Ley de Amparo.

Amparo directo en revisión 5157/2014. Grupo PM, S.A. de C.V. 24 de junio de 2015. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; votó con salvedad Alberto Pérez Dayán. Mayoría de cuatro votos en relación con el criterio contenido en esta tesis. Disidente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero.

(Gaceta SJFTCC, 10ª Época (septiembre 2015) Tomo I, libro 22,p. 691)

#### **IV.- PRINCIPIOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

Los principios del sistema acusatorio son una guía procedimental del desarrollo del proceso penal, que permiten conocer de forma general el desarrollo de una causa, teniendo presente los derechos y obligaciones de cada uno de los sujetos procesales. Contemplado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo el siguiente:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

##### **a. Clasificación**

## 1.- Inmediación.

Tiene como finalidad mantener la más íntima relación posible, el más estrecho contacto entre el juzgador de una parte y los litigantes y la totalidad de los medios probatorios de la otra, desde el comienzo del proceso hasta la sentencia final. En frase de Carnelutti, el principio de inmediación se puede resumir en un lema: abreviar la distancia y por consiguiente acercar todo lo más posible el juzgador a las partes y a los hechos debatidos.<sup>27</sup>

Es uno los principios esenciales que permite al juzgador estar presente en las audiencias, además de ser una obligación de validez de la misma. Tomando en cuenta que le permite observar el desarrollo, conocimiento del hecho delictuoso, comportamiento de los sujetos procesales, el desahogo de los órganos de prueba. Y de esa forma tener la convicción para resolver. “Se trata de procurar de evitar que se interponga en la recepción y percepción de la prueba, otras personas que puedan turbar o alterar la original entidad de tales elementos”.<sup>28</sup>

No es otra cosa que la relación personal y directa entre jueces y partes, testigos y otros participantes en el proceso.<sup>29</sup>

Es la percepción de la prueba por parte del juez y su participación personal y directa en la producción del medio probatorio.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup>Carlos de Miguel y Alonso. *El principio de la inmediación en el sistema formal de oralidad*. (En línea: 31 de agosto de 2013).p.791-799. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art12.pdf>,

<sup>28</sup> Grappasonno Nicolás y otros, *La defensa en el Juicio Oral*, Gowa ediciones, Buenos Aires, Argentina. 2011, p.75

<sup>29</sup> Ore Guardia Arsenio. *Manual de derecho procesal penal*, Academia de la Magistratura, Perú.1999, p 540

<sup>30</sup> Baytelman Andrés y Duce Mauricio J, *Litigación penal, juicio oral y pruebas*, Editorial Fondo de cultura económico de España, España. 2007, p.36

Lo anterior se corrobora con la siguiente tesis:

**INMEDIACIÓN. LA CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA DE VINCULACIÓN A PROCESO POR UN JUEZ DE GARANTÍA DISTINTO AL QUE CELEBRÓ LA DE FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN, VIOLA DICHO PRINCIPIO (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ORAL EN EL ESTADO DE OAXACA).**

Conforme al artículo 20, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, uno de los principios rectores del nuevo sistema de justicia penal **oral**, es el de inmediatez, el cual también se encuentra previsto en los preceptos 3, 19, párrafo primero, 317 y 325 del Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca. Dicha máxima implica, en esencia, que el juzgador debe estar presente en todas las audiencias en su integridad, para apreciar personalmente la información aportada por las partes; esto es, para tener contacto directo con la fuente de prueba, para valorarla y ponderarla bajo el método de la libre apreciación, lo cual constituye una de las formalidades esenciales del procedimiento que establece el artículo 14, párrafo segundo, de la Carta Magna. Por tanto, si un Juez de garantía diverso al que inició la audiencia de formulación de la imputación emite el auto de vinculación a proceso y para tal fin se impone únicamente de las videograbaciones respectivas, viola dicho principio, pues el segundo juzgador no se percató -por sí mismo- de la forma en que se desahogaron las pruebas, la intervención de las partes al respecto, su actitud procesal y, en general, respecto a los hechos materia del proceso; lo que es fundamental para la correcta valoración de la información aportada por las partes, que se traducen en elementos de convicción para el juzgador.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 731/2013. 30 de julio de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Guzmán González. Secretario: Ricardo Javier Olivera Merlín.

(Gaceta SJFTCC, 10ª Época (septiembre 2014) Tomo III, libro X, p. 2433)

Por lo tanto significa que el juzgador presencie con todos sus sentidos el desahogo de la prueba y el comportamiento de los sujetos procesales, sin que pueda delegarse en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas.

Siendo pues el procedimiento acusatorio, adversarial y oral en el que se privilegia la preferencia de los argumentos orales y datos de investigación inmediatos, en lugar de argumentos escritos y pruebas mediatos, pues el hecho de que los intervinientes tengan el compromiso de presentar y examinar la evidencia, esto aumenta la inmediatez de la lucha de puntos de vista opuestos; siendo pues que este

---

nuevo proceso delega la carga de la acusación de la investigación o la defensa, en los sujetos procesales, robusteciendo la imparcialidad del juzgador.

En el que el juzgador al tener conocimiento directo del desarrollo de las audiencias y en consecuencia se forma la convicción, la razonabilidad de los argumentos expuestos por el ministerio público y la contra argumentación o refutación del imputado o de su defensa, en relación a los datos de investigación o los datos que reproduzca en la audiencia.

## **2.- Publicidad**

El principio de publicidad en el proceso penal en su acepción tradicional tiene dos ámbitos: entre las partes y en el acceso de terceros a las actuaciones procesales. En el primer ámbito se trata de salvaguardar los derechos fundamentales de defensa, equidad entre las partes y el principio de contradicción, entre otros. Saber quién acusa y de qué se acusa al imputado, conocer las pruebas ofrecidas e impugnarlas.<sup>31</sup>

De esta forma, como señala Luigi Ferrajoli, conforme al principio de publicidad “...los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo del imputado y su defensor. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio”<sup>32</sup>

Hay que tener en cuenta que la publicidad es una facultad activa de crítica que tienen los ciudadanos, ya que califican a la trilogía procesal; además de parte del Estado se envía un mensaje sobre las penalidades que se aplican en ciertos asuntos que impactan a la población, siendo pues un medio de alerta para la ciudadanía. Existen también excepciones en las que se protege la identidad de los menores y de

---

<sup>31</sup>Grappasonno Nicolás y otros, *La defensa en el Juicio Oral*, Editorial Gowa. Argentina 2011, p.73

<sup>32</sup>Zepeda Lecuona, Guillermo; *Principio de Publicidad y Derecho a la Información en la Averiguación Previa en México*. Ifai. Agosto 2006. p. 53.

victimias en delitos graves, en los que se puede restringir el acceso al público; se traduce pues en el derecho que tiene el procesado a ser juzgado en audiencia pública por un Juez o Tribunal, de acuerdo a lo que establece el artículo 20 fracción V del apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo implica que los medios de comunicación tengan la posibilidad de informar acerca de los procesos cuyo juicio oral se desarrolla y que los ciudadanos puedan generar críticas respecto de las actuaciones jurisdiccionales.<sup>33</sup>

Tiene que ver con la transparencia, reduce espacios de corrupción y legitima.<sup>34</sup>

Siendo un derecho que los ciudadanos son parte, ya que en la medida de lo posible se permite que cualquier persona conozca el proceso penal que se utiliza en su localidad.

### **3.- Oralidad**

Se ha cuestionado si es un principio o característica; considero que es una herramienta esencial o característica para dar fluidez al proceso, ya que se acorta el tiempo en el desarrollo del proceso, ya que las peticiones que generan controversia se resuelve en audiencia. Tomándose en cuenta que la oralidad sirve para que el juez escuche el debate en audiencia y tomar lo idóneo para resolver, dando consecución a los principios de contradicción, inmediación y publicidad.

La oralidad se constituye como un instrumento de relevancia primordial que obliga a todos los sujetos procesales a estar presentes en el desarrollo de las audiencias, pues el juzgador escucha en forma directa y continua, sin delegación

---

<sup>33</sup> Ore Guardia Arsenio. *Manual de derecho procesal penal*, Academia de la Magistratura, Perú. 1999, p 541

<sup>34</sup> Baytelman Andrés y Duce Mauricio J, *Litigación penal, juicio oral y pruebas*, Editorial Fondo de cultura económico de España , España. 2007, p.35

---

alguna, los argumentos que se expongan para sostener la imputación o la defensa, así como recibir los datos ofrecidos y cuyo desahogo sea autorizado; esto significa que el juez tiene conocimiento de manera simultánea y con la misma fuerza de teorías de un caso, en las que pueden ser contradictorias, permitiendo esto el acceso a los medios de prueba; es de precisar que la oralidad no limita únicamente la argumentación y contra-argumentación que se realiza en torno a los datos de prueba, también se celebran en audiencia pública diversas diligencias y actuaciones procesales, en las que las partes tienen la oportunidad de intervenir.

De esta forma la oralidad debe imperar en el proceso penal por el mandato constitucional para privilegiar los argumentos de manera verbal, no solo por su diferencia con el sistema tradicional basado en lo escrito, sino porque en esa característica está basada la estructura general del procedimiento, constituyendo una herramienta indispensable para el desarrollo de los principios de inmediación, contradicción y publicidad.

Quienes intervienen en la audiencia deben expresar a viva voz sus pensamientos. Todo lo que se pida, pregunte, argumente, ordene, permita, resuelva, será concretado oralmente, pero lo más importante de las intervenciones será documentado en el acta de audiencia aplicándose un criterio selectivo. La Oralidad es una característica inherente al Juicio Oral e impone que los actos jurídicos procesales constitutivos del inicio, desarrollo y finalización del juicio se realicen utilizando como medio de comunicación la palabra proferida oralmente; esto es, el medio de comunicación durante el juzgamiento viene a ser por excelencia, la expresión oral, el debate contradictorio durante las sesiones de la audiencia es protagonizado mediante la palabra hablada. La necesidad de la Oralidad de la audiencia es indiscutible, en tanto se requiere el debate entre los intervinientes, por ello está íntimamente ligado al llamado principio de inmediación. Schmidt ha señalado con acierto que la aplicación de estos principios, “es la única forma por medio de la cual se puede obtener una sentencia justa, que el debate oral como procedimiento principal, permita que la totalidad de los miembros del tribunal



cognitivo puedan obtener una comprensión inmediata de todas las declaraciones y demás medios de prueba.<sup>35</sup>

Por su parte Binder expresa que la oralidad es un instrumento o un mecanismo y no un principio político como la inmediación o la publicidad.<sup>36</sup>

Los juicios se desarrollan utilizando como medio de comunicación la palabra hablada, es decir la expresión oral, la cual permite a los juzgadores la apreciación de la forma como se expresa y conduce el acusado durante el juicio, así como sus reacciones y grado de veracidad.<sup>37</sup>

Los órganos de prueba deberán declarar espontáneamente, en base a su memoria y a través de la palabra, de modo que puedan ser oídas directamente por los jueces. La lectura daña severamente la inmediación de los jueces y el contradictorio.<sup>38</sup>

De esto se desprende la siguiente tesis:

**ORALIDAD EN ÉSTA NO VULNERA DIRECTA E INMEDIATAMENTE DERECHOS FUNDAMENTALES SUSTANTIVOS, NO OBSTANTE, DICHA VIOLACIÓN PROCESAL DEBE REPARARSE POR EL JUEZ A FIN DE CUMPLIR CON LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE MORELOS).**

Los artículos 20, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como eje toral del nuevo proceso penal mexicano, y 3 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, establecen que el sistema penal de corte acusatorio y oral, se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, de los cuales se advierte que su observancia se desarrolla bajo una **oralidad**, esto es, un instrumento de expresión verbal en el que se basan dichos principios. Así, en el nuevo sistema penal acusatorio, la **oralidad** constituye un instrumento de relevancia primordial, pues marca una estructura general del procedimiento, que estrictamente se refiere a una norma de comunicación -referencia verbal-, lo que debe

---

<sup>35</sup>Cubas Villanueva. Víctor. *Principios del proceso penal en el nuevo Código Procesal penal*. Artículo publicado por Derecho Sociedad. (En línea: 134 de agosto de 2013)disponible: <http://blog.pucp.edu.pe/item/23860/principiosdelprocesopenalenel nuevocódigoopenal>

<sup>36</sup> Grappasonno Nicolás y otros, *La defensa en el Juicio Oral*, Editorial Gowa, Argentina. 2011, p.72

<sup>37</sup> Ore Guardia Arsenio. *Manual de derecho procesal penal*, editorial Academia de la magistratura, Perú .1999,p 541

<sup>38</sup> Baytelman Andrés y Duce Mauricio J, *Litigación penal, juicio oral y pruebas*, Editorial Fondo de cultura económico de España , España. 2007, p.35

entenderse como la obligación de que las partes estén presentes en las audiencias, para que se comuniquen de forma hablada (no escrita), de manera tal que el juzgador escuche directamente todos los argumentos que en ese momento se le expongan para sostener la imputación o la defensa, así como recibir los datos que se ofrezcan. Ahora bien, la eventual infracción del Ministerio Público al principio de **oralidad** en la audiencia de vinculación a proceso, como norma de comunicación del sistema penal acusatorio, no vulnera directa e inmediatamente derechos fundamentales sustantivos, pero sí adjetivos o procesales, los que junto con el cumplimiento de los principios rectores de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, constituyen la forma en que debe regirse dicho sistema, cuyo incumplimiento debe repararse por el Juez para otorgar al imputado un debido proceso y la oportunidad de defensa previamente al acto privativo, ya que el respeto a éste impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga, se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. Lo anterior, porque aun cuando la **oralidad** tiene una previsión constitucional, ello no cambia su naturaleza procesal, cuya nota distintiva consiste en regular una determinada fase jurisdiccional, cuya infracción es reparable por la autoridad de instancia.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO OCTAVO CIRCUITO.

Amparo en revisión 43/2013. 5 de abril de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hernández García. Secretaria: Lorena Domínguez Ávalos.

(Gaceta SJFTCC, 10ª Época (noviembre 2013) Tomo II, libro XXVI, p. 1289)

De la característica de oralidad se desprenden ciertas circunstancias en la actualidad, ya que el artículo 67 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que las resoluciones del juez son de manera oral pero constara de manera escrita, con esto volvemos a utilizar de manera reiterada el uso de escritos por los actos de molestia que genera la autoridad, se entendería que con la implementación del sistema acusatorio y oral se dejaría a un lado el uso del papel, pero debemos analizar si todos los imputados tendría la posibilidad de poder ver las videograbaciones en alguna computadora o reproductor, siendo que este criterio los robustece la siguiente tesis:

**AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. DEBE CONSTAR POR ESCRITO Y NO SÓLO EN FORMA ORAL (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE MÉXICO).**

El dictado de un acto de molestia de esta naturaleza, afecta de manera provisional o preventiva el derecho fundamental de la libertad personal de los gobernados al constreñirlos a continuar un proceso, ya sea en libertad o bien reclusos en un centro penitenciario, por lo cual, además de cumplirse con los requisitos del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben satisfacerse las exigencias y condiciones contenidas en las garantías de seguridad jurídica consagradas en la Carta Magna, esto es que: conste por escrito, proceda de una autoridad judicial,

se encuentre fundado y motivado, y se dicte respecto de un delito castigado con pena corporal; sin que el artículo 2, inciso c), del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, releve de esa obligación a la autoridad responsable, aun cuando aluda expresamente a que sólo la acusación y la sentencia -como resoluciones- tengan que asentarse por escrito, pues de una interpretación armónica y sistemática de sus artículos 65, 69 y 296, se concluye que el auto de vinculación a proceso debe constar por escrito y no únicamente en forma **oral**.  
SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 162/2012. 11 de octubre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretario: Gustavo Aquiles Villaseñor.

(Gaceta SJFTCC, 10ª Época (diciembre 2012) Tomo II, libro XV, p. 1286)

#### 4.- Concentración

En lo que se refiere a este principio es realizar el mayor número de actos en una audiencia en etapa de investigación; y en juicio es tener toda la información desahogada por los testigos en el menor tiempo, para poder resolver en base a lo observado.

Se entiende por concentración en el ámbito procesal como aquella posibilidad de ejecutar la máxima actividad del procedimiento en la fase oral, así se debe entender que la concentración, celeridad y oralidad son una triada donde se apoya el sistema acusatorio, el principio de concentración no es otra cosa que la unificación o reunión en un mismo acto de cuestiones determinadas con la finalidad de que la audiencia se desarrolle en una sola sesión o en el menor número de éstas. Tal es la importancia que dicho principio reviste que inclusive se puede anular un juicio y ordenarse su reposición. Por otra parte, cabe resaltar que además este principio debe traer aparejado la continuidad del acto, interrumpiéndose el acto procesal sólo por causa de fuerza mayor, sin que ello signifique que la audiencia dure una semana sin descanso, pues resulta lógico que se debe de interrumpir la audiencia cuando a juicio del juzgador resulte indispensable para el descanso de las partes, obligando su continuación sin mayor dilación. Es tan así que en una audiencia se puede obtener un fallo condenatorio, desde que se lleva a cabo el control de detención del imputado. Por lo tanto los

actos que conducen a la sentencia se debe de llevar en una audiencia única, esto por no existir constancia escrita y la información se -puede dispersar.<sup>39</sup>

Siendo pues lograr el debate procesal en pocas audiencias con el fin de llevar a cabo el mayor número de cuestiones en un menor de actuaciones.

## 5.- Continuidad

El proceso será continuo cuando la presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate, se desarrollen ante el juez y las partes en una audiencia, la cual será continua, sucesiva y secuencial, salvo los casos excepcionales previstos en la ley. La continuidad puede ser identificada de mejor forma si se considera su opuesto, en virtud del cual el acto procesal -la audiencia- se suspende o interrumpe.<sup>40</sup>

Lo anterior tiene enlace con la siguiente tesis:

### **AMPARO INDIRECTO. PROCEDE CONTRA EL DESECHAMIENTO DE PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).**

Es cierto que por regla general el acuerdo de desechamiento de pruebas constituye una violación en el juicio que produce efectos intraprocesales, puesto que su consecuencia lesiva se manifiesta, en todo caso, hasta el dictado de la sentencia definitiva, razón por la que se ha sostenido en reiteradas ocasiones que esa clase de violaciones procesales debe ser impugnada en el amparo directo. Sin embargo, tales irregularidades cometidas en el juicio oral de reciente creación legislativa en el Estado de Nuevo León produce en las partes una afectación de grado predominante o superior y, por ende, son reclamables en la vía de amparo indirecto, conforme al artículo 114, fracción IV, de la Ley de Amparo, pues de acuerdo con el numeral 553 del Código de Procedimientos Penales de Nuevo León, el procedimiento oral debe desarrollarse sobre la base de la acusación y se rige por los principios de concentración y **continuidad**, entre otros, lo que implica que en la audiencia del juicio oral deben desahogarse todas las pruebas ofrecidas que hubieren sido admitidas por las partes, de forma que de concederse el amparo, a fin de que se admita y desahogue el medio de prueba que hubiere sido desechado indebidamente, deberá reponerse íntegramente la audiencia y reiterarse el desahogo del resto de las probanzas, con el consecuente riesgo de que algunos medios de convicción ya no pudieran recibirse, que los interrogatorios pudieran perder espontaneidad o que los testigos recibieran aleccionamiento, de

---

<sup>39</sup> Grappasonno Nicolás y otros, *La defensa en el Juicio Oral*, Editorial Gowa, Argentina. 2011, p.77 y 78

<sup>40</sup>Nataren. Carlos y Caballero. *Principios del Proceso Penal y Acusatorio*. (En línea: 18 de agosto de 2013) p. 1-76. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3227/3.pdf>.

---

ahí la necesidad de atender desde luego esa violación procesal por vía de amparo +indirecto. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo en revisión (improcedencia) 55/2009. 28 de mayo de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: José Heriberto Pérez García. Secretario: Ricardo Garduño Pasten. (Gaceta SJFTCC, 9ª Época (septiembre 2009) Tomo XXX, p. 3094)

Esto es para que el Juez tenga de manera fresca la información vertida en audiencia y en el momento que tenga que resolver pueda recordar las pruebas desahogadas.

Una vez iniciada la audiencia ésta debe continuar con las sesiones que sean necesarias para decidir, sin suspenderse su trámite.<sup>41</sup>Siendo que se refiere a limitar las interrupciones del proceso.

## 6.- Contradicción

Es un derecho del imputado a que se le informe desde su comparecencia ante el ministerio público o el Juez, de los hechos que se le imputan y que se le faciliten todos los datos de investigación que solicite la defensa; que se le reciban los testigos y datos pertinentes que ofrezca en su favor y a impugnar u objetar los datos existentes en la carpeta de investigación, este principio permite el equilibrio entre las partes y nos lleva a pleno análisis de la contienda judicial, esto significa que los actos de cada sujeto procesal, estarán sujetos al control del otro, teniendo de esta forma igualdad procesal para sostener la imputación o la defensa, según sea el caso. Lo que se robustece con la siguiente tesis:

### **SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. SE SUSTENTA EN EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.**

Del primer párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se advierte que el sistema procesal penal acusatorio y **oral** se sustenta

---

<sup>41</sup> Ore Guardia Arsenio. *Manual de derecho procesal penal*, Editorial Gowa, Perú. 1999, p 542.

en el principio de contradicción que contiene, en favor de las partes, el derecho a tener acceso directo a todos los datos que obran en el legajo o carpeta de la investigación llevada por el Ministerio Público (exceptuando los expresamente establecidos en la ley) y a los ofrecidos por el imputado y su defensor para controvertirlos; participar en la audiencia pública en que se incorporen y desahoguen, presentando, en su caso, versiones opuestas e interpretaciones de los resultados de dichas diligencias; y, controvertirlos, o bien, hacer las aclaraciones que estimen pertinentes, de manera que tanto el Ministerio Público como el imputado y su defensor, puedan participar activamente inclusive en el examen directo de las demás partes intervinientes en el proceso tales como peritos o testigos. Por ello, la presentación de los argumentos y contraargumentos de las partes procesales y de los datos en que sustenten sus respectivas teorías del caso (vinculación o no del imputado a proceso), debe ser inmediata, es decir, en la propia audiencia, a fin de someterlos al análisis directo de su contraparte, con el objeto de realzar y sostener el choque adversarial de las pruebas y tener la misma oportunidad de persuadir al juzgador; de tal suerte que ninguno de ellos tendrá mayores prerrogativas en su desahogo.

Contradicción de tesis 412/2010. Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Tercer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito. 6 de julio de 2011. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos

(Gaceta SJFTCC, 10ª Época (marzo 2012) Tomo I, libro VI, p. 292)

Este principio da la posibilidad a los sujetos procesales de debatir todos los pronunciamientos o expresar estrategias que surge en audiencia. Además el Juez tiene el control de la audiencia en el que decidirá el número de veces que les otorga la voz, siempre en igualdad de oportunidades para poder tener la convicción de resolver.

Nicolás Grappasonno<sup>42</sup> establece que el principio de contradicción esta inherente al derecho de defensa, ya que permite a la defensa contradecir la prueba de cargo. Este principio viene a cumplir con el postulado “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio”. Este principio viene ser una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, adquiriendo singular relevancia el deber de los órganos jurisdiccionales de posibilitarlo, en el procedimiento probatorio se debe tener necesariamente un debate contradictorio, que en forma oral, se desarrolla ante el mismo Tribunal que ha de dictar sentencia, de tal manera que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se debe alcanzar en contacto directo

<sup>42</sup> Grappasonno, Nicolás y otros, *La defensa en el Juicio Oral*, Editorial Gowa, Argentina. 2011, p.76.

con los medios aportados por las partes. Es directamente un control recíproco de la actividad de los sujetos del proceso al existir debate de argumentos y razones.

Este principio implica que las partes tanto acusador como el acusado puedan hacer valer sus pretensiones ante el Juez, haciendo ambas sus respectivas alegaciones, justificando sus pretensiones, oponiendo sus resistencias y formulando sus conclusiones.<sup>43</sup>

Al Juez penal como director del juicio, le corresponde garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes.<sup>44</sup> La siguiente tesis explica en qué consiste este principio:

#### **SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN CON LA INSTITUCIÓN DE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE.**

El principio de contradicción que rige el sistema penal acusatorio tiene por objeto garantizar que las partes procesales tengan **igualdad** de oportunidades ante el juez, acorde con la etapa procesal en que se desarrollen; para presentar y argumentar sus casos en los que se sustente la imputación o la defensa, apoyados en los datos que consideren pertinentes y conducentes, lo cual permitirá al juzgador imponerse directamente de los puntos de vista opuestos, en relación con las teorías del caso formuladas tanto por el Ministerio Público como por el imputado y su defensor; sin embargo, la oportunidad de las partes de intervenir directamente en el proceso, no puede traer como consecuencia que en el caso de una defensa inadecuada, por una deficiente argumentación en el debate de los elementos presentados en su contra, se deje al imputado en estado de indefensión, al no haberse controvertido correctamente su valor convictivo, menos aún en el caso de reservarse su derecho a realizar alguna manifestación, y que su silencio sea utilizado en su perjuicio, pues acorde con la fracción II, del apartado B, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no puede utilizarse en su perjuicio. En ese sentido, de la interpretación armónica del principio de contradicción con la institución de la suplencia de la queja deficiente en beneficio del imputado, contenida en el artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo, se concluye que ambos procuran proteger ampliamente y apartándose de formalismos,

<sup>43</sup> Ore Guardia, Arsenio. *Manual de derecho procesal penal*, editorial Academia de la magistratura, Perú. 1999, p 543.

<sup>44</sup> Andrés Baytelman y Mauricio Duce J, *Litigación penal, juicio oral y pruebas*, Editorial Fondo de cultura económico de España, España. 2007, p.3.

los valores e intereses humanos de la más alta jerarquía, por cuyo motivo, tratándose de la materia penal, la suplencia se da aun en el caso de no haberse expresado conceptos de violación o agravios por el imputado, pues el órgano de control constitucional puede suplir no sólo su deficiente formulación, sino su total ausencia, pudiendo, por ello, el imputado y su defensor, a través del juicio de amparo, impugnar el alcance probatorio que asignó el juez de control o juez de garantía a los datos de investigación que motivaron la formalización del procedimiento y a los datos aportados en su defensa y, en consecuencia, el dictado del auto de vinculación a proceso, expresando las razones por las que a su juicio fue indebida dicha valoración; de estimar lo contrario, se vulneraría su derecho a una defensa adecuada contenido en la fracción VIII del apartado B, del citado artículo 20 constitucional. (Gaceta SJFTCC, 10ª Época (marzo 2012) Tomo I, libro VI, p. 290)

Con el sistema procesal penal acusatorio y oral, permite que desde la etapa preliminar o de investigación no formalizada la defensa puede tener acceso a los datos de investigación en el que el ministerio público ha establecido que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participo en su comisión, para de esa forma el imputado pueda preparar y presentar al momento de la formulación de imputación, aquellos datos que puedan confrontarlos en la audiencia que se celebra ante el Juez, a fin de que pueda sostener su teoría del caso y este pueda contar con la mayor información para lograr el esclarecimiento de los hechos, la protección del inocente y evitar que el culpable quede impune.

## **7.- Igualdad**

El artículo 20 apartado A fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice: “..... Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa respectivamente”. Es fundamental para la efectividad del principio de contradicción y consiste en reconocer a las partes los mismos medios de ataque y de defensa, es decir idénticas posibilidades de investigación y cargas de alegación, prueba e impugnación. Lo anterior se enlaza con la siguiente tesis:

**ETAPA DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO. EL PLAZO PARA SU CIERRE ES COMÚN TANTO PARA EL MINISTERIO PÚBLICO, COMO PARA EL IMPUTADO Y SU DEFENSOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).**



De la interpretación sistemática de los artículos 285, 286 y 287 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, se advierte que el plazo para el cierre de la etapa de investigación en el proceso penal acusatorio, dilucidado desde el principio de **igualdad**, es común tanto para el Ministerio Público como para el imputado y su defensor, quienes tienen las mismas posibilidades de allegarse de los datos (documentales, periciales, testigos, etcétera) para que en el momento procesal oportuno ofrezcan la fuente de prueba, pues no debe considerarse que por el hecho de que en diversas disposiciones del mencionado código se aluda al plazo judicial para el cierre de la investigación y se mencione al Ministerio Público, no comprenda al inculcado y a su defensa, porque si bien la celeridad de la investigación, en principio, debe ser un coto de veda para dicha representación social, en atención a los principios de **igualdad** y de contradicción por la horizontalidad de la posición de las teorías del caso y de las contrapartes en el juicio, no encuentra soporte legal que el término de la investigación sólo se cierre para el Ministerio Público y no para la defensa y el imputado; máxime que así puede entenderse la parte final del último párrafo del mencionado artículo 285, el cual regula el plazo para el cierre de la investigación al exponer expresamente: "Sin perjuicio del plazo fijado, de conformidad con el párrafo anterior, cuando el Ministerio Público cuente con los elementos suficientes que le permitan sustentar su acusación, de acuerdo con los lineamientos que al efecto expida la Fiscalía General del Estado, cerrará la investigación y presentará su acusación ante el Juez de Garantía. Para ello, el Ministerio Público dará vista al imputado o a su defensor, por si desean hacer uso de su derecho de solicitar un mayor plazo para la defensa.". Concebir que el término para la etapa de investigación no tiene límite para el imputado o su defensor, sería trastocar los principios fundamentales del procedimiento penal acusatorio y quedaría a voluntad de una de las partes determinar cuándo concluirla. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 550/2014. 23 de marzo de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretaria: Margarita de Jesús García Ugalde. (Gaceta SJFTCC, 10ª Época (mayo 2015) Tomo III, libro XVIII, p. 2178)

En ese sentido el principio de igualdad se aplica de manera similar para la defensa como para el agente del ministerio público, siendo un ejemplo claro el plazo para el cierre de investigación en el que el Código Nacional Procedimientos Penales establece que dicho plazo corre de la misma forma para los sujetos procesales, ya que al llevarse a cabo el cierre de la investigación, continua una etapa de descubrimiento probatorio, en el que los participantes del proceso penal tienen que mostrar los medios de prueba recabados y que se pretenden desahogar en la etapa de Juicio.

También en una de las soluciones alternas el agente investigador debe agotar sus argumentos de manera fundada en el caso que no se reúna algún requisito para su procedencia. Tal y como lo señala la siguiente tesis:

**SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA. SI EL MINISTERIO PÚBLICO SE OPONE A DICHO MEDIO ALTERNATIVO DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO, ESTÁ OBLIGADO A FUNDAR SU ACTUACIÓN, YA QUE DE NO HACERLO VIOLA LOS PRINCIPIOS DE CONTRADICCIÓN Y DE IGUALDAD DE LAS PARTES (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 201 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA CONFORME A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 18 DE JUNIO DE 2008).**

El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, prevé que los juicios que se desarrollen de acuerdo al sistema de justicia penal acusatorio, deberán atender a los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, de los cuales se advierten derechos en favor de las partes del juicio, pues respecto al de contradicción, el órgano acusador tiene derecho de aportar las pruebas conducentes a fin de justificar su teoría del caso, y su contraria, el de controvertirlas, teniendo como base la plena **igualdad** de las partes en orden a sus atribuciones procesales. Por su parte, el artículo 201 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua establece la suspensión del proceso a prueba cuando no exista oposición del Ministerio Público -con acuerdo de la víctima-, pero no prevé expresamente si la oposición de la representación social a este medio alternativo de terminación del procedimiento debe ser fundada, por tanto, dicho precepto debe interpretarse conforme a la norma constitucional en cita, en el sentido de que el Ministerio Público sí tiene la obligación de fundar su oposición, ya que de no hacerlo, viola los principios de contradicción y de **igualdad** de las partes, porque ante la simple objeción del órgano persecutor, el imputado no podría hacer uso de su derecho de contradicción para refutarla al no expresarse los fundamentos, mientras que a la representación social se le liberaría de razonar sus peticiones. En consecuencia, la falta de previsión expresa de la obligación del Ministerio Público de fundar su oposición, no es motivo suficiente para considerar que el citado artículo 201 viola los principios de contradicción y de **igualdad** de las partes contenidos en la norma constitucional, pues de acuerdo a lo razonado, sí se observan aquéllos, dado que con la interpretación de mérito se preserva la constitucionalidad del referido precepto y se garantiza la supremacía de la Constitución. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 57/2012. 4 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Martínez Calderón. Secretario: Jorge Luis Olivares López.

(Gaceta SJFTCC, 10ª Época (agosto 2012) Tomo II, libro XI, p. 2001)

## **V.- OTROS PRINCIPIOS PROCESALES**

### a. Economía procesal

Es esencial en este sistema de justicia penal, ya que permite una mayor fluidez de la causa en investigación, ya que al ir enlazando con el principio de inmediación, los sujetos procesales se percatan de lo que sucede y se expone en audiencia, por lo tanto es innecesario repetir cuestiones que ya fueron comprendidas; dando oportunidad de resolver lo esencial y que el público pueda comprender.

Comprende las previsiones que tienden a la abreviación y simplificación del proceso evitando que su irrazonable prolongación haga inoperante la tutela de los derechos e intereses comprendidos en él. Establece que se debe tratar de lograr en el proceso los mayores resultados posibles, con el menor empleo de actividades, recursos y tiempo. Exige, entre otras cosas, que se simplifiquen los procedimientos; se delimite con precisión el litigio; sólo se admitan y practiquen pruebas que sean pertinentes y relevantes para la decisión de la causa; que se declaren aquellos recursos e incidentes que sean notoriamente improcedentes, etcétera.<sup>45</sup>

### b. Legalidad

El principio de legalidad y reserva también es conocido en su formulación latina de *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La idea de esta norma es la de que nadie puede ser procesalmente perseguido ni penado sino sobre la base de una ley dictada y promulgada con anterioridad a la comisión del hecho.<sup>46</sup> Lo anterior se aplica de manera práctica con la siguiente tesis:

**AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INculpADO,**

---

<sup>45</sup>Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Principios rectores del sistema acusatorio* ( En línea:10de septiembre de 2013) Disponible en : <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Principios%20rectores%20del%20sistema%20acusatorio.pdf>,

<sup>46</sup> Vázquez Rossi Jorge E, *Defensa penal*, Editores Rubinzal-Colzoni, Buenos Aires Argentina. 2006, p. 96-97

**SINO QUE SÓLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO Y A LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA).**

De los artículos 16, tercer párrafo, 19, primer párrafo y 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformados el dieciocho de junio de dos mil ocho, se advierte que el Constituyente, en el dictado del auto de vinculación a proceso, no exige la comprobación del cuerpo del delito ni la justificación de la probable responsabilidad, pues indica que debe justificarse, únicamente la existencia de "un hecho que la ley señale como delito" y la "probabilidad en la comisión o participación del activo", esto es, la probabilidad del hecho, no la probable responsabilidad, dado que el proveído de mérito, en realidad, sólo debe fijar la materia de la investigación y el eventual juicio. Consecuentemente, en el tratamiento metódico del llamado auto de vinculación a proceso, con el objeto de verificar si cumple con los lineamientos de la nueva redacción del referido artículo 19, no es necesario acreditar los elementos objetivos, normativos y subjetivos, en el caso de que así los describa el tipo penal, es decir, el denominado cuerpo del delito, sino que, para no ir más allá de la directriz constitucional, sólo deben atenderse el hecho o los hechos ilícitos y la probabilidad de que el indiciado los cometió o participó en su comisión; para ello, el Juez de Garantía debe examinar el grado de razonabilidad (teniendo como factor principal, la duda razonable), para concluir si se justifican o no los apuntados extremos, tomando en cuenta como normas rectoras, entre otras, la **legalidad** (si se citaron hechos que pueden tipificar delitos e información que se puede constituir como datos y no pruebas), la ponderación (en esta etapa, entre la versión de la imputación, la información que la puede confirmar y la de la defensa), la proporcionalidad, lo adecuado y lo necesario (de los datos aportados por ambas partes) para el dictado de dicha vinculación. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

AMPARO EN REVISIÓN 22/2010. 16 de abril de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 110/2010. 2 de julio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 147/2010. 19 de agosto de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 267/2010. 13 de enero de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Guillermo Alberto Flores Hernández.

Amparo en revisión 282/2010. 27 de enero de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: José Martín Hernández Simental. Secretario: Juan Fernando Luévano Ovalle.

(Gaceta SJFTCC, 10<sup>a</sup> Época (febrero 2012) Tomo III, libro V, p.

1942)

Es un principio fundamental en el que el ejercicio del poder público deberá estar sometido a la voluntad de la ley y de su jurisdicción. Por esta razón se dice que el principio de legalidad establece la seguridad jurídica al momento de fundamentar la decisión de la autoridad.

**c. Buena fe**

Consistente en el estado mental de honradez, convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión, título de propiedad, o la rectitud de una conducta. Para efectos del Derecho procesal, Eduardo Couture<sup>47</sup> lo definía como la "calidad jurídica de la conducta legalmente exigida de actuar en el proceso con probidad, con el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón". En este sentido, este principio busca impedir las actuaciones abusivas de las partes, que tengan por finalidad dilatar un juicio.

Además los sujetos procesales van creando su reputación con los juzgadores, ya que si en alguna ocasión la defensa o el agente del ministerio público engaña sobre alguna información, es claro que el Juez subirá el estándar probatorio de la información que se proporcione en audiencia. La siguiente tesis explica la responsabilidad del juzgador:

**AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. LOS DATOS DE PRUEBA ANUNCIADOS POR EL IMPUTADO O SU DEFENSOR DURANTE EL TÉRMINO CONCEDIDO PARA RESOLVERLO, DEBEN ADMITIRSE Y DESAHOGARSE POR EL JUEZ DE CONTROL ANTE QUIEN FUE PUESTO A DISPOSICIÓN AQUÉL Y NO POR EL MINISTERIO PÚBLICO, DE LO CONTRARIO, SE ACTUALIZA UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO QUE AMERITA SU REPOSICIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE MÉXICO).**

De la interpretación de los artículos 19 y 20, apartado B, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con los diversos 27, fracción I y 296 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, se concluye que el facultado para admitir y desahogar los datos de prueba anunciados por el imputado o su defensor durante el término concedido para resolver respecto de la vinculación o no a proceso, es el Juez de control ante quien se puso a disposición dicho indiciado y no el Ministerio Público. La circunstancia de que esos datos se desahoguen ante esa autoridad judicial y no ante la representación social no modifican la forma de razonar sobre su idoneidad, pertinencia y suficiencia al pronunciarse sobre la vinculación o no a proceso del inculpado, o bien, que dichos datos se encuentren en un estándar probatorio mayor a los anunciados por la representación social. Lo anterior sólo es una excepción a la regla, cuyo objetivo, por un lado, es que el Juez mencionado vele directamente, como parte de las funciones para las que fue creado, que ese derecho u oportunidad que le concedió el legislador al imputado sea cumplido, es decir, que se efectivice y, por otro, asegura la regularidad y **buena fe** del procedimiento en esa etapa, como lo disponen los numerales

---

<sup>47</sup>Ocampo Sua. Jesús Antonio. *Principio de buena fe*. Teoría General. Facultad de Derecho. ( En línea: el 25 de noviembre de 2014.) Disponible en: <https://sites.google.com/site/jesusantonioocamosua/principios-eticos>.

178 y 179 del código citado, pues evita que la representación social entorpezca u obstaculice el desahogo de los datos de prueba ofertados por el imputado; de lo contrario, se actualiza una violación a las leyes del procedimiento que amerita su reposición. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 52/2014. 8 de mayo de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Mauricio Torres Martínez. Secretaria: Ana Marcela Zataráin Barrett.

Amparo en revisión 137/2014. 4 de septiembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Arturo Sánchez Valencia. Secretaria: María de Lourdes Medrano Hernández.

Amparo en revisión 135/2014. 25 de septiembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Arturo Sánchez Valencia. Secretaria: María de Lourdes Medrano Hernández.

Amparo en revisión 140/2014. 16 de octubre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Legorreta Segundo. Secretaria: Coraluz Saldaña Sixto.

AMPARO EN REVISIÓN 1/2015. 9 de abril de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Legorreta Segundo. Secretario: Adrián González García.

(Gaceta SJFTCC, 10ª Época (agosto 2015) Tomo II, libro XXI, p. 1901)

La anterior tesis establece de manera clara la responsabilidad del juez de vigilar esa buena fe de los sujetos procesales, siendo que va más allá en la regularización del proceso y proteger el desarrollo de la etapa de investigación, para que no haya obstáculos en el desahogo de los medios probatorios del imputado, ya que es una salvedad para poder resolver con el mismo estándar.

## **VII.- DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO**

Los Estados americanos aprobaron su declaración americana de los derechos y deberes del hombre en 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia; que el fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que permitan desarrollarse espiritual y materialmente para alcanzar la felicidad.

Que la consagración de los derechos americanos del hombre debe de estar unidos al régimen interno de los Estados, siendo un campo inicial para la protección para los Estados, considerando las circunstancias sociales y jurídicas. Los principales derechos de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre que tienen relación con el sistema de justicia penal son los siguientes:

**Derechos a la Justicia.**

Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

**Derecho de Petición**

Artículo XXIV. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.

**Derecho contra detención arbitraria.**

Artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

**Derecho a Proceso Regular.**

Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

**Alcance de los derechos del Hombre.**

Artículo XXVIII. Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

Una vez que se destacan los derechos principales que tiene con nuestro sistema de justicia penal y que cada uno de ellos se encuentran plasmados en nuestro ordenamiento jurídico, dando pues repuesta la legislación mexicana a las exigencias internacionales, siendo pues un derecho americano en evolución; el cual también consagra deberes, siendo algunos de ellos los siguientes:

#### **Deberes ante la sociedad**

Artículo XXIX. Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una pueda formar y desenvolver integralmente su personalidad.

#### **Deber de obediencia de la ley.**

Artículo XXXIII. Toda persona tiene el deber de obedecer a la Ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquél en que se encuentre.

#### **Deber de trabajar.**

Artículo XXXVII. Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad.

Siendo pues interesante que los derechos que se reconocen para los hombres, implica también deberes con la sociedad, esto nos lleva que haya un armonía en la vida social; siendo como esto una maquinaria en la que todos participamos.

Los Estados Americanos miembros al continuar con su propósito de consolidar en este Continente, dentro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; se une San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos para firmar la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**; siendo que los derechos del hombre no se los otorga el Estado que se los reconoce, sino que nacen con uno. Siendo el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan tener derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos. Los principales que se refieren al sistema penal acusatorio y oral, son los siguientes:

#### **Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal**



1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

#### **Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida

sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

### **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 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 inculpaado 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.

En este sentido los derechos que consagra la Convención Americana implican derechos generales que se deben de respetar para obtener la felicidad del ser humano protegiendo sus derechos económicos, sociales y jurídicos. Los anteriores sirven de base al tratar de resolver la colisión de principios, ya que con la reforma del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, implica que cualquier autoridad tiene que respetar estos derechos.

### **VIII.- LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Tomando en cuenta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, elaborada el 2 de octubre de 2000 en Bruselas, Bélgica; establece en su preámbulo que los principios son indivisibles y universales de dignidad de hombres y mujeres, libertad, igualdad y solidaridad, los cuales reposan en el principio de democracia y el Estado de Derecho. Siempre respetando los valores comunes mediante el respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos europeos, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de su organización de los poderes públicos en el plano nacional, regional y local.

Además en la carta de Derechos Fundamentales al respetar las misiones de la comunidad y de la Unión se toma en cuenta el principio de subsidiariedad, los derechos resultantes especialmente de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, del Tratado de la Unión Europea y de los Tratados comunitarios, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los principios sobre los que se edifica el sistema Europeo es en primer lugar entre ordenamientos independientes, nacionales y supranacionales, siendo los siguientes: primacía del derecho comunitario, principio de buena fe, interpelación conforme al derecho comunitario y armonización.<sup>48</sup>

Y en cuanto a su organización de la relación entre autoridades, tenemos: reconocimiento mutuo y disponibilidad de información. A partir del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en 1950 en Roma, dieron origen a la Corte Europea de Derechos Humanos. Esto derivado de que Europa padeció los estragos de la guerra.

El convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 consiste en:

- a) La protección de la integridad física;
- b) El debido proceso legal o justa administración de justicia;
- c) La vida privada y familiar, y
- d) Las libertades políticas.

La Corte Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo, abarca toda la Europa Continental, la cual se compone de un número de jueces igual al de los Estados miembros del Consejo Europa, Comités de tres jueces, en salas de 7 jueces, una Gran sala de 17 Jueces y el Pleno de la Corte.

El Tribunal dicta sentencias sobre los recursos que se le plantean. Los cinco tipos de procedimientos más comunes son:

---

<sup>48</sup> Nieto Martín Adán, *Fundamentos Constitucionales del Sistema Europeo de Derecho Penal*, Editorial Departamento público de derecho y negocios. Universidad de Castilla la Mancha. España. p. 2 y 3

Cuestiones prejudiciales, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales piden al Tribunal de Justicia que interprete un punto del Derecho de la UE.

Recursos por incumplimiento, interpuestos contra los gobiernos de los países miembros por no aplicar el Derecho de la UE.

Recursos de anulación, mediante los cuales se solicita la anulación de normas de la UE que se considera que vulneran los Tratados o los derechos fundamentales de la UE.

Recursos por omisión, contra las instituciones de la UE por no haber tomado las decisiones que debían tomar.

Recursos directos, interpuestos por particulares, empresas u organizaciones contra decisiones o acciones de la UE<sup>49</sup>.

“El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha puesto en marcha desde 1969 un eficaz sistema de protección de los derechos humanos de base pretoriana que se ha mantenido hasta nuestros días. El Tribunal no protege los derechos humanos de forma aislada, sino cuando se produce una conexión comunitaria, es decir, cuando en el proceso de interpretación o aplicación de una norma comunitaria se suscita una cuestión que afecta al disfrute de derechos humanos fundamentales. A través de esta fórmula, y **aplicando principios** generales del Derecho, el Tribunal de Justicia viene ejerciendo una función protectora respecto de derechos que no están expresamente reconocidos en el ordenamiento comunitario, pero que son identificados a través de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros Convenios internacionales de derechos humanos ratificados por aquéllos”.<sup>50</sup>

El Convenio Europeo incluye exclusivamente derechos civiles y políticos. Junto al derecho a la vida y la integridad personal, se reconocen los derechos a la libertad y la seguridad; el derecho a un juicio justo; el derecho a la vida privada y familiar; el

---

<sup>49</sup> Palais de la cour de justice boulevard Konran Adenauer Kirchberg L295. Luxemburgo ( En línea: 10 diciembre de 2013) Disponible en: [http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_es.htm), <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-04/rp.es.pdf> [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_1.2.1.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.1.pdf)

<sup>50</sup> Consulta de internet, <http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-internacional-publico/parte-5-la-cooperacion-internacional/23-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-ii>; realizada ( En línea: 18 de enero de 2016)

---

derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio; libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad de expresión, manifestación y asociación y el derecho a contraer matrimonio y constituir una familia.<sup>51</sup>

Debemos destacar que los Estados Miembros de la Unión Europea son en la actualidad 28 países, los cuales difieren entre sí en su historia, cultura, población, geografía, modelo político y territorial; e incluso conformando repúblicas y monarquías. Uno de los factores que los une a los países es el comunitario, el cual prevalece ante cualquier circunstancias, en el que los estados miembros vigilarán de manera primordial dicho principio; tomando en cuenta el bienestar de sus países miembros en el sentido de estar unidos en un bloque sólido que debe crecer de manera política y económica de manera similar sus Estados miembros.

## **CAPITULO II.**

### **PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS**

---

Una vez que se analizó cuáles son los principios que se encuentran denotados en el derecho, en el capítulo anterior, específicamente en materia penal; en el presente capítulo, y para evitar confusiones en el lector, se aborda la diferencia o la distinción entre reglas y principios, que es como se ha llamado a alguno de los apartados del presente, en aras de comprender que son completamente distintos, y a su vez se encuentran interconectados, esto es que ambos tienden a regular la misma conducta del hombre, lo que tiene aparejado que en ocasiones entren en conflicto, que en ocasiones la regla se contraponga a lo que dictamina el principio, viceversa, por lo que al abordar la citada problemática, se estudian además los métodos que el juzgador, vaya aplicar en la norma o el principio, de tal suerte que se analizan las propuestas que tenemos para evitar este tipo de situaciones, en las cuales se aborda

---

<sup>51</sup> Consulta de internet, <http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-internacional-publico/parte-5-la-cooperacion-internacional/23-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-ii;> (En línea: 18 de enero de 2016)

---

la opinión de diferentes autores, como Juan José Moreso, Juan Antonio García Amado y Robert Alexy, o en su caso las técnicas de subsunción o de ponderación.

### **I.-Distinción entre reglas y principios**

Tenemos que en la teoría contemporánea del derecho, la que establece la teoría de Alexy describe a los derechos fundamentales como principios.

La distinción entre las normas consideradas reglas y los considerados principios es un tema que ha sido ampliamente abordado por diversos autores en teoría del derecho; sin embargo, se considera relevante señalar la posición sobre la distinción entre ambas normas que el profesor Zagrebelsky ha presentado de forma relativamente sencilla, lo que no le resta seriedad a sus reflexiones.

Para dicho filósofo, las leyes de las que se compone el derecho vendrían a ser las reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos básicamente serían los principios jurídicos. Así, distinguir los principios de las reglas implica distinguir las Constituciones políticas de las leyes, por aquello del contenido sustantivo de las primeras, ausente en las segundas. He aquí una simple, pero esclarecedora distinción.<sup>52</sup>

A lo anterior, se puede establecer que previo a realizar una argumentación jurídica de calidad, como operadores es importante lograr establecer la distinción entre reglas y principios; esto es, las reglas se aplican a través de la operación de subsunción, a diferencia de los principios, en donde opera la ponderación.

---

<sup>52</sup>Zagrebelsky, Gustavo, García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neo constitucionalista al derecho a través de los derechos*, Editorial Trotta, Madrid. 2009, p 109,110 y 122.

Continuando con la opinión que nos da el autor Zagrebelsky,<sup>53</sup> la distinción entre reglas y principios se entiende de la siguiente forma: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos y no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios directamente no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Puesto que carecen de supuestos de hecho los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto.

De esta forma Zagrebelsky<sup>54</sup> hace la distinción que se pueden desprender tres elementos relevantes sobre los principios: el primero se refiere a la ausencia de supuestos y consecuencias jurídicas en éstos, lo cual genera su amplia indeterminación; el segundo se relaciona con la comprensión de los principios como criterios rectores generales de actuación y no como operadores deónticos, como sería el establecimiento de una obligación, prohibición o permisión, y el tercero se refiere a la posibilidad de coexistencia en el orden jurídico de principios opuestos, sin que puedan catalogarse como excluyentes o como una excepción a alguno de ellos.

Es importante realizar una distinción entre las percepciones que se tienen de las reglas y los principios con la finalidad de comprender a mayor cabalidad la manera en que han de emplearse, a esto Aulis Arnio<sup>55</sup>, hace su respectivo análisis, en virtud de lo que Ronald Dworkin publicó en la primera versión de su teoría sobre los principios, por medio del cual realiza una división para su mejor comprensión, siendo en dos tesis principales:

Tenemos pues que la tesis de demarcación fuerte consiste en una diferencia cualitativa de las reglas y principios, ya que las reglas son seguidas o no, el autor hace la comparación con las vías del ferrocarril ya que las puedes seguir o no; además a

---

<sup>53</sup> Ibidem 110 y 111

<sup>54</sup> Idem

<sup>55</sup> Aulis Aarnio, *Reglas y Principios en el razonamiento jurídico*. La tesis de la demarcación fuerte vs. La tesis de la demarcación débil. Revista Dura lex. 2012. p. 593



---

las reglas se les puede formular diversas excepciones, a diferencia de los principios por característica cualitativa.

Se cuenta también con la tesis de la demarcación débil, la cual está conectada con el pensamiento Wittgensteniano<sup>56</sup>, estableciendo que las reglas y lo principios tiene una relación de parentesco, existiendo una diferencia de grado pero no cualitativa, ya que desempeñan un papel similar; solamente los principios tienen más generalidad que las reglas.

En estos casos tenemos que los principios y reglas se asemejan entre sí, sin ser completamente idénticos, teniendo pues las dos teorías de Kronstruktion<sup>57</sup>, la primera es una teoría estrecha y rigurosa; y la segunda teoría amplia y comprensiva. La primera teoría también se denomina la teoría de las reglas y la segunda teoría de los principios. Se tiene en cuenta que estas teorías casi no se aplican. La primera teoría establece que las normas del derecho constitucional tiene un lugar muy alto en el sistema jurídico, expresando que no hay diferencia fundamental, aplicándose pues de la misma manera que las demás, solamente teniendo alguna peculiaridad en la protección del ciudadano.

#### **a. En cuanto a su estructura**

Para Robert Alexy<sup>58</sup> explica que la distinción estructural de las normas en principios y reglas es una de las claves de la hermenéutica jurídica, sobre todo en el ámbito del derecho constitucional. Explicando que la fundamentación iusfundamental es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Por lo que sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites,

---

<sup>56</sup>Grego Díaz, Antonio, K. Marx y L. Wittgenstein. *Elementos para una teoría sociopsicologica del conocimiento*. Madrid. 2003. (En línea: 08 de agosto de 2014. Disponible en: <http://biblioteca.ucm.es/tesis/psi/ucm-t26728.pdf>.

<sup>57</sup>Alexy. Robert. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Revista española de derecho constitucional, issn 211-5743, año # 31. Numero 91. 2011. P. 11-29. ( En línea : 08 de agosto de 2014) Disponible en :<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

<sup>58</sup> Alexy, R., Teoría de los derechos..., *cit.*, p. 81.

---

ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Hace la distinción de normas iusfundamentales, como son las normas que son principios y normas que son reglas; siendo que unas no excluyen a las otras.

Los criterios que se han sugerido para ello son muy variados y hasta cierto punto complementarios. Quizá el mejor modo de entender el asunto consiste en partir de un ejemplo. Se transcriben a continuación dos normas: el ejemplo consiste en la siguiente forma: Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.<sup>59</sup>

Y la otra norma es que: Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.<sup>60</sup>

Robert Alexy<sup>61</sup> considera que ambas normas forman parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. La norma I es un principio y la II, una regla. Las diferencias estructurales entre una y otra se advierten, según la mayoría de los autores, básicamente desde dos niveles de análisis distintos. Cabe examinarlos a continuación, para pasar luego al análisis de una muy interesante crítica que han recibido recientemente: En lo que se refiere a el principio que se respete su integridad física, psíquica y moral, admite diferentes niveles de cumplimiento; pero la norma de ser asistido gratuitamente por traductor o interprete, no admite distintos niveles de cumplimiento, ya que se cumple o no. Se aprecia las diferencias de reglas y principios al momento de que colisionan.<sup>62</sup>

En los casos de conflictos entre reglas hay que decidir la procedencia de una u otra, y esa decisión conllevará la anulación de la regla preferida. Un conflicto de reglas, en efecto, "sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las

---

<sup>59</sup> Art. 5.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>60</sup> Art. 8. 2. a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (transcrito parcialmente).

<sup>61</sup> Cfr. Alexy, R., Teoría de los derechos..., cit., p. 86.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 87.

---

reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas".<sup>63</sup>

En tal caso estableciendo un caso hipotético tenemos que la norma II se opone a otra regla: norma III: durante el proceso los inculpados de nacionalidad argentina no tienen derecho a ser asistidos gratuitamente por un traductor o intérprete, puesto que se presupone su conocimiento del idioma nacional. En este ejemplo se puede aplicar una regla de excepción o declarar una de las reglas inválidas, ya sea por competencia o jerarquía. A diferencia de los principios ya que los jueces tendrán que ponderar la procedencia de uno u otro; pero sin anular al que se ha preferido, ya que en otra caso pueden ser diferentes las circunstancias.<sup>64</sup>

#### **b. En cuanto a su forma de aplicación**

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán<sup>65</sup> plasma el estudio de aplicación de las reglas y principios, ya no solo a su estructura, pues también en la forma en que se utilizan, por lo que conforme a la teoría comprensiva u holística, las normas iusfundamentales no se agotan en proteger frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto; esta perpetua función de los derechos fundamentales se inserta en un marco más vasto. En Alemania, al resolver en el año 1958 el caso *Lüth*, el Tribunal Constitucional Federal por primera vez desarrolló completamente este más amplio marco.

Tenemos el ejemplo de Erich Lüth en el que pide a, los propietarios de cines y los distribuidores fílmicos, a boicotear las películas que Veit Harlan produjo después de 1945, (realizador de filmes nazis). El Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo condenó a Lüth a no hacer llamado alguno a boicotear la nueva película de Harlan, "Amada inmortal"; fundó su resolución en que tal

---

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> BVerfGE 7, 198 (211). Sentencia. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad

llamado al boicot violaba el artículo 826 del Código Civil, que prohíbe “causar daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres y Lüth promovió la queja constitucional contra esta sentencia. El Tribunal Constitucional Federal consideró el llamado al boicot de Lüth como protegido por la libertad de expresión (art. 5.1 de la Ley Fundamental). El Tribunal Constitucional Federal fue de la opinión de que no era bastante efectuar estas dos subsunciones aisladas;<sup>66</sup> sino más bien que cuando la aplicación de normas del derecho civil condujera a la restricción de un derecho fundamental, siempre se exige que tenga lugar una ponderación de los principios constitucionales en colisión. El resultado de la ponderación del Tribunal Constitucional Federal fue que el principio de libertad de expresión debía prevalecer frente a los que iban contra él. De aquí tenemos que los valores o principios fundamentales no son únicamente entre el Estado y el ciudadano, sino más allá, siendo para todo el ámbito del derecho.<sup>67</sup>

En este caso de Luth se establece que ante la colisión de principios es necesaria una ponderación<sup>68</sup>

## 1.- La ponderación

De la definición de Alexy sobre los principios surge la idea de posibilidades jurídicas, las cuales implican la ley de ponderación (que no es otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto), que se entiende de la siguiente manera: “cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de la afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”<sup>69</sup>.

Los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho en que

---

<sup>66</sup> *Ibidem* (207).

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> BVerfGE 7, 198 (210).

<sup>69</sup> Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. De Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2009, p. 103

---

pueden ser cumplidos en diferentes grados.<sup>70</sup> Esta referencia es la posibilidad fáctica nos llevara a los principios de idoneidad y necesidad, y la cita a las posibilidades jurídicas implicaría la ley de ponderación.

Para Jürgen Habermas<sup>71</sup> el ponderar en el derecho constitucional que conduce a tantos problemas a lo cual existen dos objeciones; la primera objeción se refiere a que el modelo ponderativo quita fuerza normativa a los derechos fundamentales. Para Habermas opina que por la ponderación de los derechos se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores; con ello perderían la “*primacía* estricta” que debería ser característica de los “puntos de vista normativos”. Pero junto con lo anterior se derrumbaría un muro de fuego. “Si en caso de colisión todas las razones pudieran aceptar el carácter de argumentos de fijación de objetivos, entonces caería todo muro de fuego que con una concepción deontológica de las normas y principios del derecho, se hubiera instalado en el discurso jurídico”.<sup>72</sup>

El peligro de ablandamiento de los derechos fundamentales tiene al lado el de los “juicios irracionales”.<sup>73</sup> Según Habermas no hay “parámetros racionales” para ponderar:

Porque hacen falta parámetros racionales para ello, la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios.<sup>74</sup>

Para Habermas<sup>75</sup> la primera objeción concierne a supuestas consecuencias sustanciales del modelo ponderativo: ablandamiento e irracionalidad. Y la segunda objeción explica el autor que se trata de un problema conceptual. En el que afirma que con la teoría de la ponderación, el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo

---

<sup>70</sup> Ibidem , p. 95

<sup>71</sup> Habermas, Jürgen, Faktizität und Geltung, 4a. ed.(1994), *Fráncfort del Meno*, Suhrkamp, traducción española por David García Pazos y Alberto Oehling de los Reyes, Editorial Fernández Segado Francisco. Madrid. 2003, p. 312

<sup>72</sup> Ibidem, p. 315 (cursivas en la versión original del artículo traducido).

<sup>73</sup> Ibidem, p. 316.

<sup>74</sup> Ibidem, pp. 315-316.

<sup>75</sup> Habermas, Jürgen, Die Einbeziehung des Anderen, *Fráncfort del Meno*, Suhrkamp (1994), traducción española por David García Pazos y Alberto Oehling de los Reyes, Editorial Fernández Segado Francisco. Madrid. 2003, p. 369

---

inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales como las de una mayor o menor adecuación y conceptos como el de discrecionalidad. Es cierto que de una ponderación de bienes o de valores los juicios deben poder “resultar pero jamás un correcto juicio. Establece que la sentencia es un juicio de valor es orden axiológico concreto, sin determinar que sea correcto o no.

Asimismo, esta segunda objeción debe al menos tomarse tan en serio como la primera. Ella desemboca en la tesis de que el precio de la ponderación es la pérdida de la categoría de la corrección; si esto fuera cierto, se habría asestado un decisivo golpe a la teoría ponderativa. El derecho está necesariamente vinculado a una pretensión de corrección, si la ponderación resultara incompatible con la corrección y la justificación, no habría lugar para ella en el derecho; y el desarrollo del derecho constitucional alemán de los últimos cincuenta años sería en esencia el despliegue de un error<sup>76</sup>.

Robert Alexy<sup>77</sup> establece que en el derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de un principio más amplio; este principio es el de proporcionalidad. Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas. Los subprincipios de adecuación y necesidad se tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales.

Para Wilfredo Pareto<sup>78</sup> el principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio

---

<sup>76</sup> Ibidem, p. 315-316

<sup>77</sup> Cfr. Alexy, op. cit, p. 75

<sup>78</sup> Solución de eficiencia económica realizada cuando en cierta situación “Ya no puede ser que una persona esté mejor sin empeorar la condición de otra”, denominada así en honor del economista italiano Wilfredo Pareto, el primero en desarrollar esta idea. Cfr. Wonnacott, Paul y Wonnacott, Ronald, Economía, 4a. ed., trad. del equipo de profesores del Departamento de Organización de Empresas de la Universidad de Cataluña, Madrid, McGraw-Hill, España. 2001, p. 548. (N. del T.)

---

o meta a cuya realización sirven. Si un medio M que fue establecido para promover la realización de un principio Pa, no fuera idóneo para esto mas sí perjudicara la realización de Pb; entonces de omitirse M no se originarían costos para Pa ni para Pb, aunque sí los habría para Pb de emplearse M. Pueden Pa y Pb ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse M; tomados *conjuntamente*, Pa y Pb prohíben el uso de M. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra. Lo mismo vale para el principio de necesidad. Éste requiere elegir, de entre dos medios que promueven Pa de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en Pb. Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio Pc afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en Pb. En esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo paretiano; cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación.

Para Robert Alexy<sup>79</sup> la ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el de proporcionalidad en sentido estricto; este subprincipio dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación”, la cual dice: en esta ley establece Robert Alexy que tan alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, de esa importación tiene que ser el que se va aplicar; la ley expresa que la ponderación es para un principio colisionante. La ley se compone de tres pasos: el primero debe constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. El segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. Y el tercer paso debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro. Habermas hace una crítica en el sentido de que no es posible hacer juicios racionales en la intensidad de la intervención, ni sobre su grado de importancia y menos sobre su relación recíproca. Estableciendo que los

---

<sup>79</sup> Cfr. Alexy, op. Cit., p. 146.

---

principios y los derechos humanos todos admitiría una solución, expresando que se rompería el “muro de fuego” de estos.

Debe considerarse como primer ejemplo una decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre advertencias de peligros a la salud.<sup>80</sup> En esta resolución el Tribunal Constitucional Federal clasificó el deber de las tabacaleras de colocar sobre sus productos advertencias sobre los peligros de fumar, como una intervención relativamente ligera en la libertad de ocupación; frente a ésta, una onerosa sería proscribir totalmente los productos del tabaco. Entre tales casos leves y graves se encuentran aquellos de mediana intensidad de intervención. De este modo la escala se compone de tres niveles: “leve”, “medio” y “grave”<sup>81</sup>; el ejemplo muestra que es posible clasificar válidamente en estos niveles.

Lo mismo vale por el lado de las razones contrarias. Los peligros a la salud vinculados con fumar son altos, por eso las razones de una intervención son graves. De esta manera es tan seguro que es leve la intensidad de la intervención y alto el grado de importancia de la razón para ella, que el resultado del examen de proporcionalidad en sentido estricto es absolutamente señalado como “evidente”<sup>82</sup> por el Tribunal Constitucional Federal. Con el siguiente ejemplo:

“Tenemos el caso de un conflicto entre libertad de opinión y el derecho a la personalidad. Esto surge de la revista satírica el Titanic en la que llamó a un oficial de reserva asesino nato e inválido. El Tribunal superior de Dusseldorf condenó a la revista a pagar una indemnización”.<sup>83</sup>

Se tomó en cuenta el concepto de desproporción siendo una relación entre concurrentes intervenciones reales e hipotéticas. Tomando en cuenta que una

---

<sup>80</sup> BVerfGE 95, 173.

<sup>81</sup> Bernal Pulido, Carlos al traducir el Epílogo a la “*Teoría de los derechos fundamentales*” Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, p. 51

<sup>82</sup> Ibidem (187).

<sup>83</sup> BVerfGE 86,1



intervención en un derecho fundamental es desproporcionada si no está justificada por una igualmente intensa intervención hipotética en otro principio. La estructura de argumentación que utiliza Tribunal Constitucional Federal<sup>84</sup> es una regla ya vista: Una intervención en un derecho fundamental es desproporcionada, si no se justificase por qué su omisión fuera una intervención al menos tan intensa en la realización de otro principio. Esta regla, que puede denominarse “regla de desproporcionalidad”, establece una relación para los juicios sobre grados de intensidad y el juicio sobre la proporcionalidad. Los primeros son las razones para el juicio sobre la proporción y la desproporción. Los juicios de proporcionalidad tiene una pretensión de corrección y ésta tiene como razones los juicios de grados de intensidad sobre los que se apoya; siendo que esto basta para no desterrar la ponderación del reino de lo justificado.

Jürgen Habermas afirma que “la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios”;<sup>85</sup> pero las suposiciones que subyacen a los juicios sobre grados de intensidad no son arbitrarias.

El tribunal fundó finalmente su punto de vista en que señalar a un parapléjico como “inválido” es un perjuicio grave a su personalidad, y de esta manera que ello es humillante y despreciable; en primer lugar esto es un argumento, y en segundo uno bueno. Por eso no puede decirse que la ponderación tuviera lugar “arbitrariamente”.<sup>86</sup> Se observa que el Tribunal resolvió sobre una línea jurisprudencial y en estándares consuetudinarios, ya que existen argumentos sobre la reflexión.

## 2. La subsunción

Respecto de este concepto podemos decir que es una operación lógica del aplicador, para determinar si el hecho específico concreto coincide con el hecho

---

<sup>84</sup> BVerfGE 86, 1

<sup>85</sup> Ibidem

<sup>86</sup> Alexy, op. cit., p. 147

---

específico legal, así como si la consecuencia jurídica establecida por la norma coincide o difiere con lo pretendido.<sup>87</sup>

Así mismo recordando el legado de Herman Petzold Pernía<sup>88</sup>, al respecto de la subsunción, se puede llegar a afirmar que, cuando se trata de analizar el problema de la subsunción, es decir, de cómo subsumir ciertos hechos dentro de una norma jurídica general, hay que empezar por abandonar el enfoque que generalmente los jueces y la mayoría de los abogados tienen, cuando expresan que el proceso judicial culmina en un simple silogismo en la norma legal.

Esto se refiere a que la premisa mayor serían los hechos, la descripción de esos hechos, sería la premisa menor y por último, la decisión judicial sería la conclusión. Tenemos pues que el Juez debe encuadrar el hecho específico concreto en el hecho específico legal; siendo lo anterior la subsunción que hace el juez<sup>89</sup>. Para este autor menciona que no solamente es un proceso lógico-formal, sino que comienza un juego de ideología, punto de vista y simpatía que pueda sentir por alguna de las partes, siendo factores al momento de motivar su resolución.

Necesariamente lo antes expuesto, recae en el criterio que Manuel Atienza<sup>90</sup> se refiere específicamente al silogismo subsuntivo; la subsunción misma que describe como el esquema de argumentación en la justificación judicial, que dicho en otro sentido, constituye la justificación interna del razonamiento judicial. Siendo esto cierto cuando la premisa normativa (final) del razonamiento judicial es, en general, una regla de acción que tiene la forma: “si se dan las circunstancias o condiciones de aplicación X (caso genérico), entonces alguien puede, debe o tiene prohibido realizar una

---

<sup>87</sup> Aragonés, Pedro, *Proceso y derecho procesal*, Madrid, Aguilar, 1960, p. 810., Cit., por Marroquín Zaleta, Jaime Manuel, *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*, México. Porrúa. 1998, p. 96

<sup>88</sup> Herman Petzold, Perniam, *El problema de la subsunción y la argumentación jurídica*, Revista Facultad de ciencias jurídicas y políticas, Universidad central de Venezuela. Caracas. 1997, p. 31-38

<sup>89</sup> Herman Petzold, Perniam, *El problema de la subsunción y la argumentación jurídica*, Revista Facultad de ciencias jurídicas y políticas, Universidad central de Venezuela. Caracas. 1997, p. 31-38

<sup>90</sup> Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, editorial Trotta, España. 2013, p. 183

determinada acción Y". A partir de allí, solo se necesita es clasificar o subsumir cierta realidad fáctica en el supuesto de hecho de esa norma.

Robert Alexy<sup>91</sup> explica que para Kriele la aplicación del derecho se orienta hacia consideraciones ético-sociales, y en otro lugar para Larenz la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que requiere en gran medida de valoraciones del aplicador. Siendo que Alexy no desconoce dichas situaciones; sin embargo, aclara que éstas no se dan con carácter absoluto, pues la tesis de que la jurisprudencia no puede prescindir de las valoraciones no significa que no haya casos en los cuales no exista ninguna duda sobre cómo decidir, sea por razón de las mismas normas vigentes en el sistema.

### **c. Características de los principios**

Teniendo en cuenta a Aulis Arvi Aarnio<sup>92</sup> emplea la aportación que realiza Francisco Laporta, respecto de las características de los principios al momento de su aplicación, podemos describirlas de la siguiente manera:

1. Los principios no proporcionan razones concluyentes o definitivas para una solución, como las reglas, sino sólo razones prima facie;
2. Los principios tienen una dimensión de peso o importancia que las reglas no tienen;
3. Los principios son mandatos de optimización, es decir, ordenan que algo se realice en la mayor medida posible; y

---

<sup>91</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007. p.34, 36 y 44

<sup>92</sup> Aulis Aarnio, *Reglas y Principios en el razonamiento jurídico*. La tesis de la demarcación fuerte vs. La tesis de la demarcación débil, *Revista Dura lex*. 2012, p 593.

4. Los principios guardan una profunda afinidad con los valores, y también con objetivos políticos y morales.

En este sentido Aulis Arvi Aarnio<sup>93</sup> establece que los principios muestran la dirección de la solución que debe buscarse, ya que la dimensión de peso significa que el principio con el mayor peso desplaza al menos importante. Por tanto, en caso de conflicto no existe un orden jerárquico vinculante dado de antemano que muestre la forma de resolverlo. Y según la tesis de la demarcación los principios se siguen “más o menos” y son mandatos de optimización que requieren ponderación.

## II.-PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS

### a. Colisión de principios

Los principios colisionan, y las reglas entran en conflicto. Ya se sabe que un conflicto entre dos reglas sólo puede ser solucionado si introducimos una cláusula de excepción a una de las normas. Aquí los jueces deben resolver el problema mediante el establecimiento de una relación de precedencia entre los principios relevantes, condicionada a las características del caso concreto. Robert Alexy<sup>94</sup> señala la ley de colisión señala el hecho de que entre los principios de un sistema jurídico no existen relaciones absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia condicionada al caso concreto; por lo que la tarea de la optimización consiste en encontrar y fijar dichas reglas de la mejor manera.

---

<sup>93</sup> ídem

<sup>94</sup> Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. De Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2009, p. 100

Si bien Robert Alexy<sup>95</sup> tiene tres subprincipios que funcionan como los pasos de un examen para analizar una colisión de principios o una colisión entre un principio y un interés estatal legítimo, los cuales son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (o ponderación). Nos proporciona un ejemplo Robert Alexy del funcionamiento de cada uno de los subprincipios tomando como punto de partida una norma legal que afecte a un derecho fundamental. Dicha medida legislativa será idónea cuando sirva para promover el principio u objetivo que se busca satisfacer. Así, el legislador sólo puede afectar un determinado principio cuando la medida promueva a su vez otro principio. De acuerdo con Alexy, este subprincipio: "...no es otra cosa sino la expresión de la eficiencia de Pareto: una posición puede ser mejorada sin perjudicar otra".<sup>96</sup>

El principio de "necesidad" es parecido a lo que la Corte Suprema estadounidense llama *least restrictive means*,<sup>97</sup> y consiste en que, si existen diversas opciones para satisfacer un principio, se debe elegir la que afecte en la menor medida al otro principio

Alexy<sup>98</sup> llama la "ley de la ponderación" o proporcionalidad en sentido estricto y establece que funciona de manera similar a una balanza en el sentido de que a mayor peso de un lado, mayor afectación del otro: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro".<sup>99</sup> Dada la caracterización de los principios de Alexy como es recurriendo al PP. Siguiendo lo dicho por Alexy, es posible afirmar quedado que los principios no se aplican en un esquema de todo o nada, es

---

<sup>95</sup> Alexy, Robert, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Juris*, p. 16

<sup>96</sup> El original es *...is nothing else than an expression of the idea of Pareto optimality: One position can be improved without detriment to another*. 2003. P. 135

<sup>97</sup> El estándar de *least restrictive means* es un examen que utiliza la Corte norteamericana para analizar legislación que afecta derechos constitucionales. De acuerdo con este estándar, bajo ciertas condiciones es posible expedir una ley que afecte un derecho fundamental, siempre y cuando dicha ley utilice los medios menos restrictivos del derecho para cumplir con su finalidad

<sup>98</sup> Alexy, Robert, "The Nature of Legal Philosophy", *Ratio Juris*, 17, 2004, p. 156-167 (En línea: 10 de febrero de 2011), disponible en: [http://idv.sinica.edu.tw/philaw/Jurisprudence\\_Reading/The%20Nature%20of%20Legal%20Philosophy.pdf](http://idv.sinica.edu.tw/philaw/Jurisprudence_Reading/The%20Nature%20of%20Legal%20Philosophy.pdf)

<sup>99</sup> Alexy, Robert, op. cit. pag 73

indispensable una herramienta lo suficientemente flexible para captar su “verdadera naturaleza”.

Miguel Carbonell<sup>100</sup> refiere que la ley de ponderación se divide en 3 pasos: En el primer paso es definir el grado de la no satisfacción o de afectación de unos de los principios; el segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario y el tercer paso, debe observarse la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario

Establece Robert Alexy que la ponderación es un método rudimentario de análisis que utilizan los jueces hace mucho tiempo, iniciando con el Tribunal Constitucional Alemán.

## **b. Vaguedad**

Los positivistas creen que los principios han desestabilizado el derecho, derivado de la amplia vaguedad que presentan dichas normas, lo que propicia su imprevisibilidad.<sup>101</sup> Siendo pues la vaguedad de manera sencilla una falta de precisión; siendo que nuestro lenguaje natural es un ideal que sea preciso.

Para Juan Moreso, Rendón y Navarro<sup>102</sup> un concepto es vago cuando sus límites son imprecisos (situados en la penumbra del concepto). Los tribunales suelen

---

<sup>100</sup> Carbonel, Miguel. *Argumentación Jurídica. Proporcionalidad y Ponderación*. Editorial Centro de estudios Carbonell. México.2014. p. 4

<sup>101</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica Principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Cromo editores, S. A. de C. V, México, D.F. p 48.

<sup>102</sup>Moreso/Redondo/Navarro, pp. W.B.Gallie, (1955-1956),”*Essentially Contested Concepts*”, Proceedings fo the Aristotelian Society, vol. LVI, pp. 167-198; I. Lifante, (1999), *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea sobre conceptos jurídicos indeterminados.*, Madrid. CEC, p. 324-325

aceptar la distinción entre un núcleo fijo del concepto o zona de certeza y una zona de penumbra. Esta noción general permite dar cuenta de los llamados conceptos jurídicos indeterminados de experiencia.

Dichos autores establecen como ejemplo la dificultad de decidir si una mancha es amarilla o naranja, o si una persona es calva o no; se tiene pues que la dimensión valorativa se establece cuando un concepto es controvertido esencialmente si y sólo si es valorativo, en el sentido de que atribuye a los casos de aplicación del concepto de la posesión de tipo de resultado valioso, también describen si su estructura es compleja internamente de manera que permite criterios diferentes que reconstruyen el significado y que compiten entre sí; la consecución del objetivo admite modificaciones considerables a la luz de las circunstancias cambiantes y tal modificación no puede ser prescrita o predicha de antemano; además se trata de conceptos sobre los que hay discusión y desacuerdos de fondo, teniendo en cuenta que puede no haber acuerdo sobre el núcleo del concepto.

Dworkin considera, a este respecto, que aplicar el Derecho significa precisamente, ofrecer la mejor reconstrucción posible de estos conceptos: la mejor de las concepciones cuya cualificación es intrínsecamente incierta y respecto a los cuales no estamos en disposición de decidir si se corresponden o no al supuesto de hecho previsto por un enunciado jurídico.<sup>103</sup>

### **c. Ambigüedad**

Para Pablo Raúl Bonorino<sup>104</sup> puede ocurrir que más de una teoría ofrezca diversas justificaciones que encajen adecuadamente con los materiales jurídicos, pero entonces la dimensión de valor, la moralidad política, ha de estar en condiciones de

---

<sup>103</sup> *Ibidem* pág 219-221

<sup>104</sup> P. Bonorino, "Respuestas correctas. La débil tesis del sentido común", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2001, p.237-254. (En línea: 8 de marzo de 2011) Disponible en: [www.uv.es/mariaj/razon/razonamientoold/temas.pdf](http://www.uv.es/mariaj/razon/razonamientoold/temas.pdf)

---

ofrecer la mejor justificación como teoría político-moral más próxima para comprender los derechos que de hecho tiene la gente. La dimensión de justificación implica que la interpretación propuesta debe proporcionar una serie de principios de moralidad política que se puedan considerar como una razón aceptable para adoptar el tipo de decisiones objeto de una interpretación. Para Bonorino en alguna ocasión, Dworkin planteó el tema de la indeterminación del derecho, aunque él habla de lagunas, hemos de entender esta expresión en un sentido muy lato, claramente como un supuesto de indeterminación epistémica y ha rechazado radicalmente la posibilidad de indeterminación semántica.

### **III. Métodos de solución de conflictos entre principios**

Para Ricardo Guastini<sup>105</sup> establece que antes del estudio de los métodos de la solución a los conflictos entre los principios debemos tomar en cuenta que todo conflicto entre principios constitucionales presenta los siguientes caracteres:

a) En primer lugar, se trata de un conflicto entre normas que de ordinario, emanan en el mismo momento. b) En segundo lugar, se trata de un principio entre normas que tienen el mismo estatuto formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del Derecho. c) En tercer lugar, se trata de un conflicto “en concreto”. d) En cuarto lugar, se trata de un conflicto parcial bilateral. Lo cual al momento de llevarse a la práctica genera determinadas consecuencias lógicas al respecto, por lo que en ese caso tenemos que los conflictos entre principios constitucionales, no pueden ser resueltos por medio de los criterios estándar de solución de conflictos. No se puede utilizar el criterio “lex posterior”, porque los dos principios son coetáneos. No se puede emplear el criterio “lex superior”, porque los dos principios tienen la misma posición en la jerarquía de las fuentes. No se puede utilizar el criterio “lex specialis”, porque, las dos clases de hechos regulados por los dos principios se entrecruzan.

---

<sup>105</sup>Guastini Ricardo, *Estudios de Doctrina Constitucional*, Iij-Unam, distribuidores Fontorama, México 2001, p. 636



---

### a. Método de garantía de contenido esencial en los principios

En aras de hacer alusión al criterio tomado por Rubén Sánchez Gil<sup>106</sup>, la idea del "contenido esencial" pretende evitar la excesiva restricción del empleo de los principios como tal, así como también, que las limitaciones que estos conlleven vacíen su contenido normativo en perjuicio. Y para tal situación se puede hacer referencia a dos teorías sobre el contenido esencial de los principios, específicamente: la absoluta y la relativa.

Sánchez Gil<sup>107</sup> establece que se puede analizar de forma funcional la teoría absoluta, en el cual se podría realizar una analogía respecto del ámbito normativo como dos círculos concéntricos, en los cuales uno contiene al otro, pero estableciendo que en el círculo que ocupa el centro, que es el interior, le correspondería ser un núcleo fijo e inmutable de principios y al exterior tendríamos al lado accesorio o contingente de los mismos, por lo que en el centro es la se tiene la parte intocable de los principios, así que cualquier afectación de ellos sería totalmente ilícita. Pero por otro lado en la parte contingente podríamos establecer todas aquellas restricciones y limitaciones que lleguemos a pensar que son necesarias y justificados. Sin embargo en lo que hace a la teoría relativa, se podría establecer que ese núcleo del que se habla no es ni fijo ni preestablecido sino que se puede establecer de forma casuística determinada por las particularidades del caso, y luego de hacer un ejercicio de ponderación entre los beneficios y los perjuicios que se produzcan en cada caso.

A lo ya explicado, se puede adicionar que el principio de proporcionalidad se anexa, a la teoría relativa sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, ello al constituir el "límite de los límites" de esos derechos en cada caso en específico y acorde a las modalidades particulares en que se correlacionen los bienes jurídicos

---

<sup>106</sup> Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, IIL-Unam, México 2007. p. 113-114

<sup>107</sup> *idem*

---

colindantes entre ellos, generando oposición con la teoría absoluta que diferencia entre ellos un núcleo imperceptible e inalterable en toda situación. Es complicado mantener una teoría absoluta y rígida del contenido esencial de los principios en relación con su aplicación jurisdiccional, la complicación nace en establecer el llamado núcleo básico de los principios, generalmente aplicable y adecuado en todas las modalidades, contando aquellas que derivan del cambio social o tecnológico, así como también aquellas que se originan frente a la riqueza, situación a la cual los tribunales se pueden enfrentar, incluso difícilmente imaginables, hasta en tanto ocurren. La afiliación a esa postura es más bien de utilidad didáctica y funcional solamente *a priori* e *in abstracto*, considerando además a cada derecho individualmente y no en su posible correspondencia con otros intereses jurídicamente protegidos. La salida que ofrece el principio de proporcionalidad no envuelve renunciar la decisión jurídica a un “escepticismo desesperado o a un relativismo indiferente”. Puramente es un precedente de la complicada analogía entre los bienes, las normas jurídicas que los tutelan, los escenarios en que se relacionan y el establecimiento de su preferencia, que no logra verse a través de “recetas simplistas” sino demanda una *valoración* —especialmente de los tribunales— que nunca resulta sencilla. El reconocimiento de proporcionalidad puede sin vacilación llevar a cierto casuismo, pero éste no debe mancillar dogmáticamente, atribuyéndolo de disolver la certeza jurídica en la interpretación y aplicación del derecho constitucional.

### **b. Método de solución de José Juan Moreso**

En Conflictos entre principios constitucionales José Juan Moreso<sup>108</sup> ha propuesto un método que permite pasar de situaciones aparentemente intratables con modelos de razonamiento (justificación) subsuntiva (MRS) a situaciones manejables con dicho modelo. Dado que las situaciones de ponderación aparecen *prima facie* como ajenas al MRS, y dado que éste es el modelo de justificación paradigmático del

---

<sup>108</sup>Moreso, José Juan, “*Conflictos entre principios constitucionales*”, en *Neoconstitucionalismo*, Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Madrid. 2003, p. 99-121.

derecho, o bien se transforma la ponderación en algo manejable subsuntivamente o bien se pierde toda posibilidad de justificación de las resoluciones judiciales basadas en principios.

Según el esquema que presenta Moreso, las operaciones de razonamiento práctico asociadas a la ponderación y al modelo narrativo deben ser reducidas a (o transformadas en) operaciones de razonamiento subsuntivo. En la creencia que éste modelo provee una cierta cuota de racionalidad y control intersubjetivo de la cual carece el modelo de la ponderación<sup>109</sup>.

Moreso establece la aplicación objetividad y justificación en el derecho, mostrando que la ponderación debe reducirse a la subsunción.

Así pues, se tiene que en un sentido importante el modelo de razonamiento subsuntivo puede ser reducido o equiparado al del razonamiento narrativo y que es aquí donde la justificación práctica se torna estable o controlable intersubjetivamente. Por lo que, Moreso pretende sostener que para dar estabilidad, objetividad y justificación a un razonamiento práctico es necesario mostrar que él es una instancia de un razonamiento subsuntivo, este autor asimila la doctrina del llamado *Particularismo* a una concepción escéptica en el plano del razonamiento práctico según la cual la respuesta que se da a un caso no tiene porqué mantenerse en casos similares. Es decir que el particularismo no pretende sostener que no existen reglas o que nuestros razonamientos no tienen justificación, sino más bien cambiar nuestra concepción de la justificación. Moreso asimila el particularismo a un tipo especial de escepticismo interpretativo que puede encontrarse en obras como las de Ricardo Guastini<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Moreso, Jose Juan. *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derecho fundamental*. Revista *direitogv4*, v-2. n-2, jul-dic 2006.p 13-30

<sup>110</sup> Como muestra del enfoque de este autor puede verse: Guastini, Riccardo, Distinguiendo. *Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. castellana de J. Ferrer. Editorial Gedisa. Barcelona. 1999.

Moreso<sup>111</sup> establece que el escepticismo y el particularismo se asemejan al postulado de la solución de un caso mediante una regla no necesariamente se traslada a casos similares. El autor analiza dos postulados de la tesis del escepticismo interpretativo siendo estas: el sintáctico-semántico según el cual es necesario distinguir entre disposición (formulación) y norma, así como también el semántico y no cognoscitivista según el cual los significados no se descubren sino que se eligen entre opciones. La atribución de significado no sería una actividad sujeta a las reglas del conocimiento sino a las de la voluntad.

Moreso<sup>112</sup> señala, que al momento de que se presente un conflicto como tal, y si se aplica el método que propone el autor en mención, cuando dos principios imponen soluciones incompatibles y no es posible establecer ninguna prioridad entre ellos resulta necesario *crear* esta jerarquía. Mediante la cual el intérprete elegirá una de las varias opciones porque en un sentido u otro, es lo que su preferencia en este momento le indica. Dado que la elección de esta jerarquización descansa en un factor volitivo del intérprete, nada garantiza que en el caso próximo la misma respuesta jurídica persista. O, mejor dicho, dado que no existe una regla o criterio del cual el juez se está apartando (o está siguiendo) no tiene sentido decir que la solución se mantuvo de acuerdo a un criterio.

Bayón establece que existe inestabilidad en jerarquización de principios, ya que es un acto subjetivo y particular. Ya que dice que es una particularización del proceso sin reglas y de manera irracional.

---

<sup>111</sup> Moreso, Jose Juan. *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derecho fundamental*. Revista *direitogv4*, v-2. n-2, jul-dic 2006.p 13-30

<sup>112</sup> Idem

El conocimiento objetivo del derecho su existencia depende de hechos sociales intersubjetivamente contrastables. Por otro lado, considera que las normas son el resultado de decisiones institucionales que siempre dejan un margen para una nueva discusión sobre la cualificación normativa de ciertas acciones.<sup>113</sup>

Moreso, Redondo y Navarro, los criterios de aplicación del concepto compiten entre sí en la búsqueda de construir adecuadamente la dimensión valorativa del concepto. Por ejemplo, atribuir a una persona los calificativos de honesta o de cruel, nos plantea dificultades, pues los criterios de aplicación de honesto o cruel son controvertidos. Un concepto es controvertido esencialmente si y sólo si<sup>114</sup>

### **c.- Crítica a la ponderación de Juan Antonio García Amado.**

Para Juan Antonio Gracia Amado<sup>115</sup> está en contra del fenómeno de la ponderación, ya que establece que ponderar se parece a sopesar o pesar. El utiliza un ejemplo de un lápiz en el que se determinará su peso, si tener una báscula que pueda auxiliar, solamente lo sopesa y a falta de un conocimiento exacto se emite un juicio la más aproximado. Siendo que refiere que su interés es saber si su lápiz pesa más que su bolígrafo, si se cuenta con algo para pesarlos se realiza, pero si no, se sopesa uno y otro y se emite un juicio, fundado en sensaciones propias del autor. Manifestando que si se topa uno con un interlocutor no convencido, pues es fácil explicarle en el primer caso que se hizo con una báscula que determinó que el peso mayor es el del lápiz, en cambio si la afirmación es sobre el peso mayor del lápiz se apoya en que la mano lo sopesó y sopesó el bolígrafo, siendo esto resultado de lo que le parece al

---

<sup>113</sup> J.J. Moreso, C. Redondo y P. Navarro, *Liçons de Filosofia del Dret*, Publicaciones de la UOC, Barcelona 1998.

<sup>114</sup> Moreso/Redondo/Navarro, pp. W.B.Gallie, (1955-1956), "Essentially Contested Concepts", *Proceedings fo the Aristotelian Society*, vol. LVI, pp. 167-198; I. Lifante, (1999), La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea sobre conceptos jurídicos indeterminados, Madrid, CEC, p. 324-325 y pp. 219-221.

<sup>115</sup> García Amado, Juan Antonio, Atienza Rodríguez, Manuel. *Un debate sobre la ponderación*, Palestra editores, Editorial Temis, Lima- Bogota 2012, p39-42

autor, sin ningún razón por otorgar. El interlocutor podrá hacer la misma operación, pero si resuelve que es más pesado el bolígrafo, pues será por sus razones más honestas. La manera más fácil de resolver el peso sería con una báscula, hay que entender que una razón der ser es cuando tenga pesos similares, existiendo un desacuerdo en el peso.

García Amado establece que el razonamiento de fondo se desarrolla de la siguiente forma: 1) hay una regla que sus términos resuelve el caso, 2) el juez no la considera aceptable, 3) no se ve posibilidad de interpretar la norma, 4) se dictamina que hay una laguna axiológica, no existiendo ninguna regla que de la solución, 5) se busca un principio del que se pueda extraer la solución aceptable, 6) se pondera ese principio contra la regla ( y su principio de fondo), 7) se construye la regla del caso y con ella se resuelve en sentido contrario a la regla preexistente.<sup>116</sup>

La crítica que realiza este autor es que el juez resuelve con las razones que mejor le parecieron, según su criterio discrecional; señalando que esa discrecionalidad no hace falta tanto método ponderativo. Estableciendo que los criterios de razonabilidad ponderativa, no son otros más que la razonabilidad jurídica de manera general.

#### **d. El método de la ponderación de Robert Alexy (Principio de proporcionalidad)**

Para poder hablar de ponderación en el razonamiento jurídico se debe partir de la idea de que una parte del derecho está constituido por principios<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> *Ibíd*em p. 75

<sup>117</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica Principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, editor Instituto de Investigaciones Jurídicas - Unam, Editorial Cromo editores, S. A. de C. V, México, D.F. p104

En definitiva, cito a Manuel Atienza,<sup>118</sup> quien al respecto de los problemas que se tienen por parte de los jueces en la aplicación de los principios, indica que los mismos no disponen de una regla (ni de acción ni de fin) que puedan aplicar para resolver un caso en concreto, lo cual en estas situaciones los ha llevado a recurrir a los principios y el método argumentativo que han utilizado, siendo tal, la ponderación.

Atienza establece dos tipos de principios: unos que son de norma de acción (principios en sentido estricto) y otros que consisten en normas de fin (directrices), y en ese caso habrá dos tipos de ponderación. Concretamente su criterio se basa en decir, que la ponderación entre directrices es un proceso de concreción de objetivos que llevan a cabo, los legisladores y los órganos administrativos; y es entonces cuando el papel de los jueces se convierte meramente en el de controlar que ese proceso ha tenido lugar de manera adecuada.

Cabe señalar, que dentro de su explicación más compleja al respecto, Atienza, continua exponiendo una definición para tal concepto más simple, de la cual resulta más comprensible lo que explica respecto de la ponderación, siendo esto que la ponderación es, en realidad, un tipo de argumentación en dos pasos: el primero consiste en pasar de los principios a las reglas; y el segundo es precisamente una subsunción.

Carlos Bernal Pulido<sup>119</sup> establece la ponderación, como método de resolución de controversias en sede constitucional, presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales.

Robert Alexy establece una frase ejemplar “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la

---

<sup>118</sup> Atienza, Manuel, “*Curso de Argumentación Jurídica*”, editorial Trotta, España. 2013, p.184

<sup>119</sup> Bernal Pulido, Carlos. “*La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*”. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel. Colombia. 2010. p. 87.

importancia de satisfacción del otro”. Establece también una escala tríadica: leve, medio e intenso; pero sin existir un criterio o valor para cada peso en su calidad de abstracto.

En el desarrollo jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional, el caso Magali Medina resulta interesante: en un proceso penal de habeas corpus se desarrolla, con ciertas variantes, el esquema que proponen Bernal Pulido y Robert Alexy, en cuanto suponen un juicio de adecuación o idoneidad, de necesidad y proporcionalidad. El Tribunal aplica ponderación al confrontarse dos derechos fundamentales: el derecho a la intimidad frente al derecho a la información, prevaleciendo el primero<sup>120</sup>. Es decir:

*“4. a.i. El juicio de adecuación: A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo (...). 4. a.ii. El juicio de necesidad: El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista. Asumiendo este argumento, se ha señalado que la vida privada (...) es un derecho fundamental, razón por la cual las leyes que pretendan limitarlo han de contar con una muy sólida justificación. Deben ser necesarias para satisfacer un imperioso interés estatal.<sup>121</sup> 4. a.iii. El juicio de proporcionalidad: A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada.(...).*

El sistema de ponderación puede ser considerado como una técnica para resolver conflictos de derechos fundamentales. Los jueces tendrán la facultad para poder determinar en un caso concreto, cuál es el derecho fundamental que debería prevalecer en una hipótesis de conflicto.

---

<sup>120</sup> STC N.º 6712-2005-HC/TC. Lima. Caso Magali Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana

<sup>121</sup> Schneider (*State interest analysis in Fourteenth amendment 'privacy' law*), cit. por Pablo Lucas Murillo de la Cueva. *El derecho a la intimidad*. En: “Revista Jurídica del Perú”. Trujillo, año XLVIII, N.º 14 (ene. – mar. 1998). p. 92.



La ponderación señala Alexy<sup>122</sup>, es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad -en sentido estricto-, que trata de la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. El objeto de los dos primeros subprincipios (idoneidad y necesidad) -del principio de proporcionalidad-, es la optimización relativa de las posibilidades fácticas. Lo que se trata de evitar frente a una situación fáctica de conflicto, son los costos que pueden recaer sobre los derechos fundamentales y los fines del legislador. La ponderación se realiza por intermedio de la llamada "optimilidad de Pareto". La ley de ponderación -señala Alexy (2009: 30), puede sintetizarse en la siguiente regla: cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. La ley de ponderación se divide en tres etapas: 1) determinar el grado de no satisfacción o restricción de un principio, 2) determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y 3) determinar si la importancia del principio contrario, justifica la no satisfacción o restricción del otro principio. Los tres etapas implicarían "juicios racionales": primero la intensidad, luego la importancia de las razones que justifican la interferencia y tercero la relación entre ambas. Sin la realización de estos juicios -señala Alexy (2009)-, las críticas de Habermas y Schlink (autores que consideran irracional el método de la ponderación) serían correctas. Lo que trata de demostrar Alexy, es la posibilidad de efectuar juicios racionales donde el juez pueda determinar el grado de importancia del derecho fundamental que debe optimizarse.

Miguel Carbonell<sup>123</sup> establece que existen dos operaciones básicas de la aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación; y siendo esta última la presenta tres problemas básicos: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad.

---

<sup>122</sup> Carbonell, Miguel y Grandez Castro. *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Ediciones palestra. Lima . 2010. p 13.

<sup>123</sup> Carbonell, Miguel, "Argumentación Jurídica", editorial centro de estudios Carbonell, México. 2014, p 1

---

## Capítulo III

### EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA SOLUCION DE CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS

---

En el presente capítulo se aborda la forma correcta en la que deben interactuar la ponderación y la proporcionalidad, específicamente las técnicas y lo que como operadores debemos contemplar, estableciendo el obligatorio ejercicio de necesidad, idoneidad y de proporcionalidad al efecto de lograr realizar el ejercicio de ponderación en comento, se analiza a detalle la fórmula de peso a que nos hace alusión en sus teorías Robert Alexy, siendo lo anterior aquello sobre lo que versa el citado capítulo, haciendo mención básica de las teorías, de ejemplos y en su momento de una crítica al método de ponderación, ya que como todo en el derecho es sujeto de análisis.

#### I. Ponderación

##### A. Definición

Para Robert Alexy<sup>124</sup> la ponderación es determinar cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto. Como ya se ha mencionando en el desarrollo del presente trabajo respecto de los principios fundamentales y del propio derecho penal, se trata básicamente de aquellos criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación; cada uno de estos principios del derecho, es un criterio que expresa el comportamiento que han de tener los hombres en sus relaciones de intercambio siendo este criterio real. Así pues el criterio anterior establece que el juzgador realiza

---

<sup>124</sup> Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Garzón Valdés, Ernesto, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid. 2001, p. 90.

---

al momento de encuadrar el hecho específico concreto en el hecho específico legal, al considerar que debe realizar una compensación o equilibrio entre los principios que colisionen, o que incurran en un conflicto, se habla básicamente de una ponderación.

Derivado de lo anterior tenemos que la ponderación, como método de resolución de controversias, presupone un conflicto o una colisión entre principios de derecho. Al respecto señala Carlos Bernal Pulido<sup>125</sup> que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, como señalaba Kelsen, para quien la única manera de aplicar el derecho era la subsunción; ya que a partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. Siendo la ponderación la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario.

Carlos Bernal Pulido manifestó que Dworkin señala que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso, ya que al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto. La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

Robert Alexy<sup>126</sup> establece que la ley de la ponderación asume que: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”. A su vez el autor con la fórmula

---

<sup>125</sup>Bernal Pulido, Carlos. “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel. Colombia. 2010.p. 87

<sup>126</sup> Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 1997, p. 86 y 87

del peso, refiere que a los principios se les puede atribuir un valor en la escala tríadica: leve, medio, intenso. En el que ejemplifica con un caso de transfusión urgente de sangre, siendo el peso del derecho a la vida es mayor que la convicción religiosa de no recibir una transfusión. Destacando que las cargas de argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso. En consecuencia la relación a los límites de la ponderación, debe señalarse que no existe un criterio objetivo para determinar los valores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación y que conforman la fórmula del peso. El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una postura por parte del intérprete. Siendo pues la ponderación la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “*que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”.<sup>127</sup> Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.

El concepto de “mayor medida posible” se refiere a que un principio debe confrontarse con los principios opuestos en colisión, y que en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas. En este sentido se ha mencionado el ejemplo de los padres de una niña, que profesan el culto evangélico, y en razón del respeto a los mandamientos de esta doctrina religiosa, se niegan a llevarla al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte<sup>128</sup>.

Si referimos este caso al derecho constitucional colombiano, observaremos que las disposiciones de los artículos 16 y 19 de la Constitución, que establecen, respectivamente, la libertad de cultos y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, fundamentan un principio que en la mayor medida posible permite decidir a los padres, si de acuerdo con sus creencias deben llevar o no a sus hijos al hospital.

---

<sup>127</sup> Ibidem.

<sup>128</sup> El ejemplo es de la sentencia T-411 de 1994 de la Corte Constitucional Colombiana.

Art. 16 Constitución Colombiana: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

Art. 19 Constitución Colombiana: “Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”.

Este principio entra en colisión con los principios del derecho a la vida y a la salud de la niña, establecidos por los artículos 11, 44 y 49 de la Constitución, que ordenan proteger la vida y la salud de los niños en la mayor medida posible<sup>129</sup>. La incompatibilidad normativa se presenta en este caso, porque, de los artículos 19 y 16 se deriva que está permitido a los padres de la niña, decidir si la llevan o no al hospital, mientras que de los artículos 11, 44 y 49 se sigue que llevar a la niña al hospital, es una conducta ordenada por los derechos fundamentales.

La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*. Para tal fin, la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos. Por el contrario, al igual que el silogismo, la ponderación es sólo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión<sup>130</sup>, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto.

---

<sup>129</sup> Art. 11 Constitución Colombiana: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

Art. 44 Constitución Colombiana: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada... Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Art. 48 Constitución Colombiana: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud...”

<sup>130</sup> Alexy. Robert. *Teoría de los derechos fundamentales (ley de colisión)*, op. cit., p. 90 ss.

Concretamente, el conflicto de la colisión de principios se resuelve mediante la operación de ponderación, lo que no significa que uno de los principios tenga que ser expulsado del sistema jurídico, sino que sólo es inaplicado para el caso concreto.<sup>131</sup>

## **B. La estructura de la ponderación**

Robert Alexy con mayor claridad y precisión ha expuesto la estructura de la ponderación, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

## **C. Pasos**

Según la ley de la ponderación, “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro<sup>132</sup>.”

Si se sigue esta ley, la ponderación se puede dividir en tres pasos que el propio Alexy identifica claramente: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica Principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, editor Instituto de Investigaciones Jurídicas - Unam, Editorial Cromo editores, S. A. de C. V, México. D.F. p 50.

<sup>132</sup> *Ibíd*em, p. 161.

<sup>133</sup> Alexy Robert, “*Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*”, traducción de Carlos Bernal Pulido, *Redc*, núm. 66, 2002, p. 32.

Es pertinente observar que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción (del primer principio) y de importancia en la satisfacción (del segundo principio). En adelante nos referiremos a ambos fenómenos como la determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto<sup>134</sup>.

Carlos Bernal<sup>135</sup> sostiene que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala trídica o de tres intensidades. En esta escala, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser “leve”, “medio” o “intenso”. Ya que el autor expone el ejemplo de la afectación de la vida y la salud de la niña, que se originaría al permitir a los padres evangélicos no llevarla al hospital, podría catalogarse como intensa, dado el peligro de muerte y de forma correlativa, la satisfacción de la libertad de cultos de los padres, que se derivaría de dicha permisión, podría graduarse sólo como media o leve. Conviene reconocer que el grado de afectación de los principios en el caso concreto no es la única variable relevante para determinar, en el tercer paso, si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero. Continuando con Robert Alexy establece que la segunda variable es el llamado “peso abstracto” de los principios relevantes; esta se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tienen la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen –por ejemplo, dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad.

Para Joseph Raz lo explica con un ejemplo, en el que eventualmente puede reconocerse que el principio de protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que

---

<sup>134</sup> En esta terminología puede decirse que mientras el primer principio se afecta de manera negativa, el segundo se afecta de forma positiva. Siguiendo la notación de Alexy, simbolizaremos el grado de afectación o no satisfacción del primer principio en el caso concreto como *IPiC* y la importancia en la satisfacción del segundo principio, también en el caso concreto, como *WPjC*. Cfr. *Ibíd.*, p. 40.

<sup>135</sup> Bernal Pulido Carlos. *Estructura y límites de la ponderación*. Universidad de Alicante. Publicaciones Doxa. Editorial electrónica Espagrafix. España. 1989.

la libertad, para poder ejercer la libertad es necesario tener vida, ya que la vida es un presupuesto para que podamos acceder a todas las cosas que tienen valor y ejercer todos nuestros derechos<sup>136</sup>. De la misma manera, la jurisprudencia constitucional de diversos países en ocasiones ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidad y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana<sup>137</sup>.

A lo anterior se agrega una tercera variable, que denotaremos como la variable S (satisfacción). Ella se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas, que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto –por ejemplo, permitir que los padres evangélicos decidan si llevan o no a la hija al hospital– proyecta sobre los principios relevantes<sup>138</sup>. La existencia de esta variable surge del reconocimiento, de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio. Tenemos pues que Robert Alexy propone resolver con la fórmula de peso, en el que afectación del derecho a la salud y a la vida de la hija de los evangélicos deberá considerarse como intensa, si existe certeza de que morirá de no ser ingresada en el hospital. O será de menor intensidad la afectación, si los médicos no pueden identificar el problema que tiene, o no pueden establecer cuáles serían las consecuencias en caso de que no recibiera un tratamiento médico.

## 1. La fórmula del peso

---

<sup>136</sup> Joseph Raz, *Value, Respect and Attachment*, Cambridge University Press, Capítulo IV. Traducción al castellano de Marta Bergas Ferriol, en prensa en la universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001.

<sup>137</sup> Con un análisis de la jurisprudencia constitucional española es estos aspectos: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit. p. 770 y 772.

<sup>138</sup> Alexy Robert, “*Epílogo*”, op. cit., p. 56. Siguiendo la notación de Alexy, denotaremos aquí la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación del primer principio como *SPiC* y del segundo como *SPjC*.



---

Para Carlos Bernal <sup>139</sup> siguiendo a Alexy<sup>140</sup> señala que el momento de aplicar la ley de la ponderación o principio de proporcionalidad en sentido estricto se divide en los siguientes pasos:

- 1) En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios.
- 2) En un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
- 3) En el tercer paso debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Para Alexy una vez llegado a analizar el principio proporcionalidad en sentido estricto a efecto de determinar la prioridad de los principios antinómicos, la ponderación se descompone en tres etapas que son las siguientes:

En la primera etapa se establece los grados de insatisfacción o detrimento de un principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se determina si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio.<sup>141</sup>

Cuando se afecta a un principio constitucional o derecho fundamental por una disposición legislativa la interferencia puede tener diversa intensidad, por lo que Alexy desarrolla la escala triádica de pesos que pueden ser leve, moderado y grave,<sup>142</sup> la cual depende de la mayor intensidad con que se afecte a un principio, pero si no fuera

---

<sup>139</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Estructura y límites de la ponderación en Doxa*, no. 26, Universidad Alicante, 2003, p 227

<sup>140</sup> Alexy, Robert, *Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Bernal Pulido, Carlos, Colegio de registradores de la propiedad, mercantiles y bienes muebles de España, Madrid, 2004, p 49

<sup>141</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, Trad. González de la Vega, René, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 5

<sup>142</sup> Alexy, Robert, *Ponderación, control de constitucionalidad y representación en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, Jueces y ponderación argumentativa*, Trad. González de la Vega, René, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 6

---

suficiente esta escala todavía se puede graduar cada una de las afectaciones y así pudiera establecerse las siguientes invasiones a los principios:

- Grave
  - \_ Bastante grave;
  - \_ Realmente grave;
  - \_ extremadamente grave.
- Moderado
  - \_ Bastante moderado.
- Leve
  - \_ Muy leve.

Alexy ha construido la “fórmula del peso” con la cual ha recibido críticas debido a que para su aplicación es necesario establecer un grado de afectación a cada uno de los principios en colisión de acuerdo a escalas numéricas, la cual se establece una escala de pesos y grado de afectación; algo que es una valoración subjetiva.

## II. El principio de proporcionalidad

Para Jaime Cárdenas Gracia<sup>143</sup> el principio de proporcionalidad es uno de los métodos de interpretación más trascendentes; teniendo en cuenta que las constituciones son dúctiles y flexibles las cuales representan los proyectos de las sociedades pluralistas, abiertas y heterogéneas, obligando así a contar con métodos jurídicos de interpretación y argumentación que permita conciliar y armonizar los principios y valores opuestos. Siendo pues que el principio de proporcionalidad está diseñado para alcanzar una racionalidad y certeza plausible en la colisión entre

---

<sup>143</sup> Cárdenas Gracia Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, editorial Porrúa, 2014, p 190

principios; y no para dar una certeza plena. El principio de proporcionalidad sirve para tomar decisiones racionales y correctas que no aspiran a ser la única respuesta correcta, pero sí una que esté justificada y que se sostenga en una deliberación jurídica. Comprende tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

El principio de proporcionalidad es reconocido por la Suprema Corte de Justicia, tal y como se establece con la siguiente tesis:

**INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL  
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS  
DERECHOS HUMANOS.<sup>144</sup>**

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que existen dos niveles de análisis de la constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de nivel intenso. El primero debe realizarlo el juez constitucional en los asuntos que no incidan directamente sobre los derechos humanos y exista un amplio margen de acción y apreciación para la autoridad desde el punto de vista normativo, como ocurre en la materia económica o financiera. En cambio, el escrutinio **estricto** se actualiza cuando el caso que se tenga que resolver involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se afecten derechos humanos reconocidos por el propio texto constitucional y/o por los tratados internacionales, o se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno. En este sentido, si bien las diferencias en la intensidad del control constitucional y el uso del **principio de proporcionalidad** han derivado de precedentes relacionados sólo con el **principio** de igualdad, ello no es impedimento para utilizar esta clasificación jurisprudencial y el respectivo test de **proporcionalidad** (fin legítimo, idoneidad, necesidad y **proporcionalidad en estricto** sentido) para casos que no estén estricta y únicamente vinculados con el aludido **principio** constitucional. Lo anterior, porque el juzgador

---

<sup>144</sup> Tesis Aislada (constitucional), Decima Época. 1ª. Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo 2, octubre 2013, pág 1052. Registro 2004712. Amparo en revisión 202/2013. 26 de junio de 2013. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valadez.

realiza indirecta y cotidianamente diversos grados de análisis constitucional dependiendo si se trata, por ejemplo, de la afectación de un derecho humano o del incumplimiento de una norma competencial de contenido delimitado o de libre configuración, aun cuando la materia del caso no sea la violación estricta del derecho de igualdad. Así, el **principio de proporcionalidad** irradia y aplica sobre la totalidad de los derechos humanos con fundamento en el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### a). El subprincipio de idoneidad

Este subprincipio según Jaime Cárdenas Gracia<sup>145</sup> se divide en dos elementos: que la ley tenga un fin constitucionalmente legítimo y que la intervención o afectación a los derechos fundamentales sea adecuada para perseguir el fin constitucionalmente legítimo. Tenemos pues que la intervención o afectación debe tener en un fundamento en la constitución, tratados internacionales, la jurisprudencia constitucional o en leyes secundarias que amplíen los derechos fundamentales de la constitución y que el fin legítimo requiere estar vinculado con fines de interés público o interés general, ya que por el contrario sería una actitud autoritaria.

El primer aspecto de análisis de idoneidad según Jorge Antonio Alegría Patow<sup>146</sup> consiste en verificar si el fin puede ser considerado legítimo desde el punto de vista constitucional. Este primer elemento es un presupuesto del segundo. Únicamente si se ha establecido de antemano qué finalidad persigue la intervención legislativa, y si se ha constatado que esta finalidad no resulta ilegítima desde las perspectivas de la Constitución, podrá enjuiciarse si la medida adoptada por el Legislador resulta idónea para contribuir a su realización. Para emprender este análisis de idoneidad, resulta indispensable establecer de antemano cuál es el fin que la ley pretende favorecer y corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo.

---

<sup>145</sup> Cárdenas Gracia Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, editorial Porrúa, México 2014, p 196.

<sup>146</sup> Alegría Patow Jorge Antonio y otros, *El principio de proporcionalidad en materia penal*. Universidad San Martín de Porres. Lima Perú. 2011. p 20.

---

Este análisis acerca de la legitimidad del fin legislativo ha sido designado en algunas sentencias del Tribunal Constitucional como “juicio de razonabilidad” de la intervención legislativa en los derechos fundamentales. El objeto de este juicio de razonabilidad consiste en constatar, que la norma legal no constituye una decisión arbitraria, porque está fundamentada en alguna razón legítima. En cuanto a la definición de la legitimidad del fin legislativo, básicamente consiste en que no esté prohibido explícita o implícitamente por la Constitución. La legitimidad de los fines legislativos en los derechos fundamentales no debe ser de manera positiva, con respecto a la Constitución, sino de una manera negativa, ya que el fin legislativo es legítimo, a menos que esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución.

En lo que concierne al subprincipio de idoneidad establece Jorge Antonio Alegría Patow,<sup>147</sup> que se mueve en la perspectiva deóntica, debe precisarse que los fines favorecidos mediante las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales tienen la categoría de principios. Se tiene la intervención legislativa en los derechos fundamentales distinguiendo entre el fin inmediato y el fin mediato de la norma legal.

Toda intervención en un derecho fundamental puede perseguir legítimamente, de forma mediata, la realización de un derecho individual, de un bien colectivo o de un bien jurídico, garantizado por un principio. Entre los principios que pueden constituirse como fines mediatos de las intervenciones legislativas, se encuentran: los derechos fundamentales, los demás principios constitucionales y los llamados principios constitucionales de segundo grado, bien sea que éstos se deriven de una reserva de ley específica o de la reserva de ley general de intervención en los derechos fundamentales<sup>148</sup>. Realizando por parte de los Juzgadores la determinación sobre la aplicación mediata o inmediata del derecho fundamental.

---

<sup>147</sup> *Ibídem.*

<sup>148</sup> *Ibídem.*

Respecto al fin legislativo L. Clérico<sup>149</sup> nos establece criterios de la racionalidad consistentes en la claridad argumentativa y la saturación imponen al Tribunal Constitucional el deber diferenciar claramente entre la medida adoptada por el Legislador (el medio), su finalidad concreta (el fin inmediato) y el principio constitucional del primer o segundo grado al que esta finalidad pueda adscribirse (el fin mediato).

Tenemos pues que el subprincipio de idoneidad refiere a toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Este subprincipio impone dos exigencias: la legitimidad constitucional del fin y la adecuación de la medida examinada. De acuerdo con la primera, para que una medida sea legítima, debe perseguir la protección de un derecho fundamental o de otro bien jurídico. Y con la segunda, para que dicha medida sea idónea, debe tener algún tipo de relación fáctica con el fin que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho fundamental o de otro bien jurídico.

### **1. La idoneidad de la intervención legislativa con relación al fin inmediato**

Una vez que el Tribunal haya determinado el fin inmediato de la intervención legislativa en el derecho fundamental, lo haya adscrito a un principio constitucional de primero o segundo grado (fin mediato) y haya analizado la legitimidad de este último, debe enjuiciar si la medida adoptada por el Legislador es idónea para contribuir a alcanzar dicho fin inmediato. Una medida adoptada por una intervención legislativa en un derecho fundamental, no es idónea, cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato.

---

<sup>149</sup> *Ibidem*.

Conforme L. Clérico y Z. Yi,<sup>150</sup> pueden proponerse dos versiones del subprincipio de idoneidad: una versión fuerte o de la idoneidad en sentido amplio y una versión débil o de la idoneidad en sentido estricto. La diferencia entre estado dos versiones se base en la circunstancias de que en medio puede ser idóneo en diversos grados para alcanzar un fin, grados que se proyectan en diferentes perspectivas. La idoneidad presupone que entre el medio y el fin debe existir una relación positiva: el medio debe facilitar la obtención del fin. Sin embargo, esta relación positiva puede tener una mayor o menor intensidad, cuando se observa a partir de distintos puntos de vista. De este modo, desde el punto de vista de la eficacia, un medio puede ser más o menos eficaz para la obtención de su fin; desde la perspectiva temporal, un medio puede contribuir con mayor o menor rapidez a la obtención de su objetivo; desde la perspectiva de la realización del fin, un medio puede contribuir para que se realicen mas o menor aspectos relativos al fin y, desde el punto de vista de la probabilidad, un medio puede contribuir con mayor o menor seguridad para alcanzar la finalidad que se propone.

Lo anterior se robustece con la siguiente tesis:

**PRUEBAS CONFESIONAL Y PERICIAL. PARA ACREDITAR LA AUTENTICIDAD DE LA FIRMA QUE CALZA UN DOCUMENTO, DEBE ATENDERSE AL PRINCIPIO DE IDONEIDAD DE LA PRUEBA PARA FIJAR SU EFICACIA SOBRE LOS HECHOS CONTROVERTIDOS.**

Por regla general, la confesión judicial sólo hace prueba plena cuando es hecha por persona capaz de obligarse, con pleno conocimiento y sin coacción, ni violencia, que sea de hecho propio y concerniente al negocio y que reúna las formalidades del desahogo de la prueba **pericial**; en ese sentido, puede generar convicción judicial para tener por acreditado un hecho en controversia, como puede ser la existencia de una relación jurídica o del adeudo nacido a su amparo. Idéntico resultado evaluativo arroja el documento privado aportado al proceso que no es cuestionado por las partes, reconociéndose su contenido. Ahora bien, cuando se cuestiona la aptitud probatoria o verosimilitud de la constancia documental por la firma que calza, y se pretende corroborar su contenido con el resultado de la prueba **confesional**, debe ponderarse que la prueba **pericial** es la idónea para arribar a la verdad de ese hecho y si las primeras acreditan un hecho que la última contradiga, debe prevalecer el resultado de la **pericial**, atendiendo al principio de idoneidad de la prueba. En efecto, debe ponderarse que el Juez tiene facultad para determinar la

---

<sup>150</sup>Ibidem.

credibilidad de los juicios periciales y que esta prueba resulta ser la idónea para establecer la certeza de la autenticidad o falsedad de una firma, porque deriva del juicio de personas expertas en el tema y porque se apoya en ciertas formalidades establecidas por la ley, como son la de protesta del cargo, la rendición del dictamen conforme a su leal saber y entender, y por conocer todas las constancias que están relacionadas con la controversia, quienes se sujetan a una metodología específica para apoyar sus conclusiones. En estos casos, el Juez debe ponderar si la confesión del demandado es eficaz y suficiente para dejar de tomar en cuenta el resultado del dictamen **pericial** que se rinda con idéntico propósito bajo las reglas de la lógica y la experiencia, pues no sólo se trata de que un dictamen sea lógico y consecuente entre sus antecedentes y conclusiones sino que también es importante que sea verosímil con la realidad.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 814/2010. Ixe Automotriz, S.A. de C.V., S.F. de O.M., Entidad Regulada, Ixe Grupo Financiero. 10 de marzo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

Amparo directo 135/2011. Guadalupe Pérez Hernández. 17 de marzo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Salvador Andrés González Bárcena.

Amparo directo 24/2011. Margarita Márquez Torres Sáenz. 17 de marzo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Benito Alva Zenteno. Secretaria: Rosa María Martínez Martínez.

(Gaceta SJFTCC, 9ª Época (mayo 2011) Tomo XXXIII, p. 1269)

### **b). El subprincipio de necesidad**

El subprincipio de necesidad de una acción con respecto a la cual existe una alternativa que, por lo menos promueve la realización de uno de los principios e inhibe menos el otro principio.<sup>151</sup> Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista. Así tenemos que Jaime Cárdenas Gracia<sup>152</sup> cita a Robert Alexy, ya que establece que los tres subprincipios expresan la idea de optimización, lo anterior significa interpretar conforme el principio de proporcionalidad los derechos fundamentales; siendo como principios y no como reglas.

---

<sup>151</sup> Alexy Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Trad. Malen Seña Jorge, 2ª ed., Editorial Gedisa, Barcelona.2004, p.205

<sup>152</sup> Cárdenas Gracia Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, editorial Porrúa, México. 2014, p 192



Conforme señala Bernal Pulido<sup>153</sup> la aplicación del subprincipio de necesidad en el aspecto legislativo, presupone la existencia por lo menos de un medio alternativo a la medida adoptada por el legislador. Pues de no existir estos medios alternativos no sería posible efectuar comparación alguna entre estos y la medida legislativa para determinar si cumple con las exigencias de la necesidad. El análisis de necesidad es una comparación de medios, distinto al examen de idoneidad en donde se observa la relación entre el medio legislativo y su finalidad. Proponiendo como regla para la selección del medio alternativo ideal; que éstos deben revestir algún grado de idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo. El test de necesidad implica que no sólo se haya comprobado la idoneidad de la medida cuya proporcionalidad se controla, sino también se haya determinado su fin inmediato. La idoneidad para alcanzar el fin inmediato constituye el criterio de selección de los medios alternativos. Por esta razón se considera al fin inmediato como una constante en el análisis de necesidad, es decir, como un dato que no se cuestiona.

Teniendo a la vista los diversos medios alternativos se debe analizar si estos cumplen con dos exigencias del subprincipio de necesidad, tal y como lo señala Carlos Bernal Pulido:

a. Análisis de la idoneidad equivalente o mayor de los medios alternativos: las palabras claves en este punto son idoneidad equivalente y fin inmediato. El primer punto se refiere a llevarse a cabo un análisis de los medios alternativos. En cuanto a la finalidad inmediata que debe ser obtenida al escoger la medida alternativa; esto es si el medio elegido contribuye en mayor medida a la obtención de la finalidad inmediata.

b. Búsqueda de un medio más benigno con el derecho fundamental afectado: se señala que una medida adoptada por el legislador resulta innecesaria, si alguno de los medios alternativos reviste por lo menos una idoneidad equivalente para contribuir

---

<sup>153</sup>Bernal Pulido, Carlos. *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel. Colombia. 2010. p. 87.

---

a alcanzar el objetivo propuesto, además que interviene en un menor grado en el derecho fundamental afectado. De tal forma que el medio alternativo elegido no afecte negativamente el derecho fundamental.

Estas dos exigencias previamente a su adopción se plantean de manera hipotética, pues los medios no se han adoptado aún en la práctica; es un examen en el que no solo debe averiguarse si los medios alternativos habrían presentado y representarían una intervención en el derecho fundamental, sino también la intensidad de la misma.

El subprincipio de necesidad establece que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho que es el objeto de la intervención, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el fin perseguido. Esto implica una comparación entre la medida adoptada y otras medidas alternativas disponibles. En esta comparación se debe tomar en cuenta si existe una medida alternativa que sea idónea en un grado equivalente o mayor al grado en que lo es la medida adoptada; y, si este fuese el caso, si dicha medida alternativa interviene en el derecho fundamental en un menor grado que la medida adoptada.

### **c). El sub principio de proporcionalidad en sentido estricto**

Robert Alexy señala que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, referido a las posibilidades jurídicas se encuentra expresado en la ley de la ponderación que expresa: cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene ser la importancia del cumplimiento del otro.<sup>154</sup>

---

<sup>154</sup> Alexy Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Trad. Malen Seña Jorge. 2ª ed., Editorial Gedisa, Barcelona. 2004, p. 206

Antes de comenzar a describir la teoría de la ponderación, debemos de delimitar el marco teórico previo a ella, el cual viene dado por la teoría de las normas en general y los derechos fundamentales en particular. Para ello, hemos de optar por abordar la teoría de los derechos fundamentales planteada por Robert Alexy, pues consideramos que su capacidad de rendimiento es la que en la actualidad nos ofrece una mejor solución para los distintos casos de conflictos de derechos fundamentales<sup>155</sup>

A entender de Alexy, existen dos tipos de normas, las reglas y los principios, siendo la diferencia entre ambos la estructura que poseen, y el método de resolución de los conflictos entre los mismos. Por un lado, una norma tendrá la estructura de regla cuando tenga un supuesto de hecho determinado y su consecuencia sea también determinada, con lo que su estructura silogística se resolverá con la subsunción.<sup>156</sup> La cual resuelve todos los conflictos en el plano de la validez, de tal forma que si A y B colisionan, sólo una de las dos reglas habrá de resolverse (regla especial sobre regla general, regla posterior sobre regla anterior, etc.). De otro lado, están los principios, los cuales a diferencia de las reglas son mandatos de optimización, cuya realización es deseada, más no obligatoria, y está vinculada a lo fáctica y jurídicamente posible<sup>157</sup>. Por dicha razón, cuando existe un conflicto entre principios la solución no se decanta por la validez absoluta o no de uno de los principios en conflicto, sino que ha de depender de las consideraciones particulares del caso el orden de prelación de los mismos. Por ello, cuando se da un conflicto entre principios, el método para solucionarlos es la teoría de la ponderación.

Ahora bien, cuando se trata de derechos fundamentales, los mismos por lo general no tienen la estructura de una regla, es decir, no tienen un supuesto de hecho y una consecuencias cerradas. Asimismo, no pueden ser tomados en cuenta como

---

<sup>155</sup>Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Madrid. 1993.

<sup>156</sup> Bernal Pulido, Carlos, "Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy", en *La ponderación en el Derecho*, Eduardo Montealegre (coord.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2008. p. 115.

<sup>157</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86; Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2005, p. 96.

---

reglas, porque a diferencia de ellas no se sigue la llamada estructura del “todo o nada” cuando hay un conflicto entre ellos, es decir, las reglas deben ser cumplidas o no cumplidas, mas no pueden ser susceptibles de limitación, pues su supuesto de hecho es cerrado<sup>158</sup>.

Por ello Carlos Bernal Pulido,<sup>159</sup> se les ha considerado como principios, sobretodo porque cuando dos o más derechos fundamentales colisionan, puede limitarse uno y preferirse el otro, porque son mandatos de optimización, cuya realización solo puede ser dada cuando se den todas las condiciones jurídicas y fácticas. El método a utilizar a efectos de determinar cuál de los dos derechos es el que ha de preferirse en el caso concreto, es la ponderación. La teoría de la ponderación parte de la idea de que todos los derechos fundamentales, al ser derivaciones de la dignidad humana, tienen el mismo valor para el ordenamiento jurídico, por dicha razón, los mismos pueden ser sopesados. Tanto la ponderación como el principio de proporcionalidad comparten los mismos sub-principios que han de analizarse cuando dos derechos se encuentran en conflicto (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Sin embargo, la utilización de los mismos no es idéntica, pues en el caso de la ponderación la misma es equiparable sólo al principio de proporcionalidad en sentido estricto, siendo los otros dos sub-principios utilizados sólo para ver si es legítima la regla de precedencia condicionante que surge de la ponderación.

En lo referente a la ponderación en sentido estricto Carlos Bernal Pulido<sup>160</sup> menciona tres fases: la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. Sólo una vez realizada la valoración de las tres fases que se podrá crear lo que vendrá a ser la regla de precedencia condicionante. Para hacer más gráfica la presente explicación de la teoría de la ponderación, nos hemos de valer del

---

<sup>158</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2007. p. 378.

<sup>159</sup> *Ídem*. p. 582

<sup>160</sup> Bernal Pulido Carlos, *El derecho de los derechos*, op cit., p. 32 y 99

---

conflicto de derechos fundamentales producido por la denominada Ley de Justicia y Paz colombiana, que otorgaba una pena muy reducida a ex paramilitares, a cambio de deponer las armas, someterse al proceso de paz, y, reparar a las víctimas del conflicto armado que hubiesen afectado.

Bernal Pulido<sup>161</sup> establece el primer paso es definir el grado de afectación de los derechos fundamentales, la misma que ha sido clasificada por Alexy en tres niveles: “afectación leve”, “afectación media” y “afectación intensa”. En el caso de la Ley mencionada, los derechos en conflicto son por un lado el Derecho a la paz de la sociedad colombiana, y, por otro lado el derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación. De ser aprobada dicha ley la misma significaría una afectación leve al derecho a la verdad, pues los paramilitares se obligaban a confesar, una afectación intensa al derecho a la justicia, por la gran rebaja de penas, y, una afectación leve al derecho a la reparación, al verse los beneficiados obligados a reparar a las víctimas. De otro lado, la misma de no ser aprobada, significaría una afectación intensa al derecho a la paz, toda vez que el conflicto armado seguiría en ese extremo, mas no implicaría una afectación al resto de derechos.

Bernal Pulido<sup>162</sup> comenta el segundo paso que es la denominada fórmula de los pesos, en ella se asigna un determinado valor a la afectación de los derechos fundamentales, siendo que existirían tres valores fundamentales: el peso abstracto del principio, el peso concreto del mismo, y la seguridad de la afectación del principio. Por ejemplo en el caso tratado, el peso abstracto de la paz se le podría asignar un valor de 10, su peso concreto constituido por el grado de afectación sería de 3, y el de la seguridad de la afectación sería 1. Por otro lado, el peso asignado a la justicia, la verdad y la reparación sería de 8, su valor promedio en función a la afectación sería de 1.6. Ahora, para resolver cual de los dos tendría un mayor valor, se habría de multiplicar las variables de la paz entre las de los derechos de las víctimas, y, viceversa, siendo el resultado deseable el que dé más beneficios para la sociedad.

---

<sup>161</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2007, p. 378 y ss.

<sup>162</sup> Idem.

---

Haciendo los cálculos daría que el resultado de ser aprobada la norma, entre los costos de la misma es de 2.3, mientras que en el proceso inverso sería de 0.42. Por ende, luego de este cálculo el mayor beneficio sería obtenido de aprobarse la norma. Esto sería la fórmula siendo cuestionable atribuir un valor abstracto al principio afectado.

El tercer paso es la carga argumentativa, que se da cuando existe una igualdad en los resultados numéricos producidos en la fórmula de los pesos. Ahora bien, a nuestro entender este paso podría reformularse, siendo reemplazado por un ejercicio argumentativo que si bien comparte el mismo principio que la fórmula de los pesos de Alexy (la obtención de un mayor beneficio para la sociedad), no se arriesga a asignar una valoración numérica de los principios, sino que opta por dar una fundamentación basada en la consecuencia de la resolución del conflicto de derechos. Con ello hacemos referencia expresa a la utilización de los conceptos y herramientas metodológicas que nos brinda el análisis económico del derecho<sup>163</sup>.

Reformulando entonces la teoría de la ponderación de Alexy, siguiendo el modelo propuesto por Carlos Bernal Pulido<sup>164</sup>, el análisis de ponderación para el conflicto de derechos fundamentales se realizará de la siguiente forma:

I) Se ha de determinar las magnitudes que han de ser ponderadas, con lo cual se ha de verificar la importancia del derecho fundamental restringido y la importancia del fin que se busca con la intervención. (Determinación del grado de afectación del derecho fundamental)

II) El segundo punto es comparar ambas magnitudes, a efectos de determinar si la importancia del fin perseguido es mayor a la importancia de la intervención en el derecho fundamental. (Análisis económico de los efectos)

III) Sobre la base de los resultados del segundo punto se ha de construir una regla de precedencia condicionada, es decir, que la magnitud más importante se coloca sobre la segunda, pero con efectos sólo para el caso concreto.

---

<sup>163</sup> Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo, "Análisis económico del derecho y política criminal". Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales, Grijley, Lima, N° 6, 2005, p. 354 y 355.

<sup>164</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2007, p. 378 y ss.

### III. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Jaime Cárdenas Gracia<sup>165</sup> establece que el principio de proporcionalidad se utiliza como un método en la Unión Europea, ya que es un método estándar para interpretar el derecho constitucional, en todos los países de Europa continental, establecido el artículo 52 apartado II, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A su vez tenemos que en el mundo anglosajón el principio de proporcionalidad tiene su antecedente en el siglo XIX en la Gran Bretaña, y así como en Estados Unidos en los años 30 del siglo XX. Tenemos pues que el principio de proporcionalidad establece que quien no acude a sus reglas de razonamiento actúa irracionalmente y comete errores de carácter lógico, por lo tanto, se justifica la proporcionalidad en cuanto a tener decisiones de manera racional que obligan las normas constitucionales. La justificación del principio de proporcionalidad nace para evitar la arbitrariedad en las decisiones de la autoridad, y más que nada en el legislador, ya que las normas en general y no solo los principios pueden contener problemas de indeterminación del lenguaje, por lo cual, se hace un análisis abstracto y en concreto para poder determinar sus significados y alcances, llevándose a cabo básicamente en caso concreto para poder determinar los alcances que tienen en su significado, en ese sentido el principio de proporcionalidad sirve para fijar los significados de los principios, ya que sin ello, sería muy difícil acotar y precisar, los significados de los mismos cuando estos colisionan con un asunto particular y concreto; se puede decir pues que el principio de proporcionalidad auxilia en la reducción de la indeterminación del lenguaje jurídico.

Jaime Cárdenas Gracia<sup>166</sup> menciona a Bernal Pulido, el que establece que el principio de proporcionalidad estructura la fundamentación de la validez de las normas

---

<sup>165</sup> Cárdenas Gracia Jaime. *Manual de argumentación jurídica*, editorial Porrúa, México. 2014. p. 201-204

<sup>166</sup> Cárdenas Gracia Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, editorial Porrúa, México 2014, p 204

---

las fundamentales adscritas en un procedimiento de cinco pasos en el que se toma en cuenta los elementos materiales analíticos, normativos y fácticos a favor y en contra de la validez de la norma adscrita relevante. Los cinco pasos son los siguientes: La adscripción prima facie a una norma de derecho fundamental, y de su posición respectiva, a una disposición de derecho fundamental; la verificación de que la ley examinada en el control de constitucionalidad constituye una intervención en el ámbito de la disposición de derecho fundamental relevante; el examen de idoneidad de la ley; el examen de necesidad de la ley; y el examen de proporcionalidad en sentido estricto de la ley.

#### **a. Etapas**

Tomando en consideración lo que la doctora Gloria Patricia Lopera Mesa,<sup>167</sup> aborda la problemática del control de constitucionalidad de las leyes penales desde sus principales enfoques jurídicos: la Teoría del derecho, la Teoría de los derechos fundamentales y el Derecho penal. A mayor abundamiento, podemos estructurarla en tres partes: la primera de ellas pone de manifiesto la consolidación del principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa de control constitucional de las leyes; la segunda aborda el tratamiento otorgado a dicho principio por doctrina penal; y la tercera, desarrolla la aplicación del juicio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales desde la perspectiva de “prohibición de exceso”.

Gloria Patricia Lopera Mesa<sup>168</sup> toma una teoría acerca de la estructura normativa de los derechos fundamentales –asentada en mandatos de optimización–; una teoría amplia acerca del contenido protegido por tales derechos y otra externa acerca de sus límites; y finalmente, el desarrollo de una estructura argumentativa a

---

<sup>167</sup> Lopera Mesa, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 661

<sup>168</sup> *Idem*. P. 274-278



---

través del principio de proporcionalidad destinado a establecer el contenido definitivo protegido por los derechos fundamentales.

### **b. Estructura argumentativa**

Partiendo del criterio de la misma autora<sup>169</sup>, se tiene que toma como referencia la utilización del principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa en el control de constitucionalidad de las leyes penales: a partir de una concepción de la constitución como un orden marco o abierto, el juicio de proporcionalidad resulta un mecanismo idóneo para hacer frente a la tensión entre democracia y derecho que subyace de los estados constitucionales. Así pues el principio de proporcionalidad, ofrece una estructura argumentativa allí donde existen varias alternativas de interpretación, mediante un procedimiento que permite tomar todos los argumentos materiales a favor y en contra de la norma adscrita, que servirá como premisa mayor del juicio de constitucionalidad.

Tomando un concepto amplio del principio de proporcionalidad articula su aplicación en el juicio de constitucionalidad en cinco etapas: Las dos primeras (adscripción prima facie a una disposición de derecho fundamental y examen de la legitimidad del fin perseguido por la actividad legislativa) permiten entablar la colisión entre razones normativas prima facie en contra y a favor de la norma enjuiciada; y las tres fases restantes constituyen la aplicación del principio de proporcionalidad propiamente tal (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Así la propuesta de Zaffaroni<sup>170</sup> y sus colaboradores, el control de constitucionalidad de las leyes penales no tendría por tarea verificar la constitucionalidad del poder punitivo sino directamente limitar y contenerlo. De esta manera, lo que se exige al Tribunal a través de sus fallos es ampliar su poder

---

<sup>169</sup> *ídem*

<sup>170</sup> Zaffaroni, Raúl y otros. *Derecho penal*. Parte General, Buenos Aires Argentina. 2002. p. 37-54

---

decisorio dentro de lo constitucionalmente posible, y en especial, respecto de los límites y principios penales materiales.

### **c. Dificultades de aplicación**

El juicio de proporcionalidad puede dar dificultades en la práctica, especialmente cuando se trata de mantener el respeto judicial a la libertad de configuración del legislador;<sup>171</sup> su correcta aplicación requiere una buena dosis de sutileza del operador. Si bien dicho principio lleva a un control efectivo y más amplio sobre el Poder Legislativo, también los juzgadores deben actuar "proporcionadamente" para hallar el punto medio en el que consistirá la justicia del caso, y respetar los ámbitos de actuación de las autoridades justiciables. No obstante, los eventuales problemas de este principio no son nada, comparados a la total ausencia de criterios objetivos de "razonabilidad"; en todo caso, exigirán de los juzgadores y postulantes un nivel más elevado de argumentación que habrán de estar preparados para dar, y esto es considerablemente preferible a una aplicación subjetiva y caprichosa del derecho, máxime tratándose del constitucional.

## **IV. Crítica al método de ponderación**

En cuanto a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy establece Jaime Cárdenas Gracia<sup>172</sup> que Habermas cuestiona a Alexy en cuanto a su método de concebir a los derechos fundamentales como máximas de optimización, eliminando el sentido deontológico de los derechos fundamentales, ya que establece que la concepción teleológica de los derechos llevaría a una posición iusfundamental del individuo, y de esa forma, los derechos fundamentales no serían cartas de triunfo

---

<sup>32</sup>. "Análisis constitucional. Su intensidad a la luz de los principios democrático y de división de poderes", tesis 1a./J. 84/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, noviembre de 2006, t. XXIV, p. 29. 68

<sup>172</sup> Cárdenas Gracia Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, editorial Porrúa, México 2014, p 206-207

---

frente a los objetivos estatales sino únicamente valores de objeto de ponderación. Según Habermas se debilita a los derechos fundamentales y favorece a metas arbitrarias en contra de los individuos; ya que señala que Alexy no se concilia con la tradición liberal que concibe a los derechos fundamentales estos como inalienables y absolutos. La crítica de Habermas se sostiene por diversos autores los cuales concluyen que los derechos fundamentales al utilizar el principio de proporcionalidad es irracional y produce arbitrariedades, surgiendo juicios salomónicos ya que el principio de proporcionalidad es indeterminado conceptualmente, esto en virtud de que los principios constitucionales son entre si inconmensurables e incomparables en cambio el principio de proporcionalidad es imposible predecir resultados; afectando así las decisiones del juez que serian apreciaciones de manera subjetiva.

Existe también otra crítica que establece Jaime Cárdenas Gracia<sup>173</sup> al señalar al profesor español Juan Antonio García Amado, el cual establece que el principio de proporcionalidad supone entender que a la constitución formal existe otra que es la constitución material y que de manera ilusoria aparece la primera como un sistema claro coherente y pleno y que la constitución material concreta e institucionaliza la moral social o política vigente. Determinando que los tribunales constitucionales resuelven empleando principios morales de esa moral, los cuales no pueden tener un significado objetivo en una sociedad abierta y democrática, siendo las decisiones no solo discrecionales si no irracionales.

## **V. Aplicación del método de ponderación en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio**

---

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 208

El Juez de Control de Garantías<sup>174</sup> debe ponderar en diversos eventos el necesario ejercicio de la acción estatal de verificación de la sospecha, de búsqueda de la verdad y de acopio del material probatorio, con la preservación de los derechos y garantías constitucionalmente previstos para la persona procesada. En diversas actuaciones, el juez deberá ponderar el correcto y necesario desenvolvimiento de la función de la justicia penal, con la preservación de los derechos y garantías; deberá valorar la legalidad y legitimidad de la intromisión estatal en los derechos fundamentales, frente a las necesidades de la persecución penal, es por ello que la búsqueda en ficheros que contienen datos personales de estudiantes universitarios en forma masiva es inconstitucional y seguramente estaríamos violando postulados de los Derechos Humanos.

Ha de individualizarse la causa probable del presunto imputado, pues deben existir motivos razonablemente fundados, como informes de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante o elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud, que la consumación del punible tiene como presunto autor o partícipe al titular de los datos personales almacenados en los ficheros universitarios.

En cada caso concreto, el juez debe hacer prevalecer el derecho sustancial sobre lo meramente formal. En garantía de los derechos fundamentales, el juez debe ponderar los intereses legítimos del Estado, de la comunidad, del imputado o acusado, y de la víctima. La ley procedimental debe interpretarse y aplicarse a partir del derecho material o sustancial basado en el análisis de cada caso concreto frente a los principios, valores y filosofía que orientan el sistema penal acusatorio.

Para la ponderación permanente en función de la preservación del principio, el juez debe siempre tener en cuenta la siguiente afirmación que puede parecer la

---

<sup>174</sup> Aponte Cardona Alejandro. *Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal*. 2da Edición. Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa. Escuela "Rodrigo Lara Bonilla". Imprenta Nacional de Colombia. Colombia. 2008.

---

primera vista una contradicción, pero que al contrario, revela el equilibrio sustancial que condiciona el ejercicio práctico de la función penal:

“Un Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal”.<sup>175</sup> (Roxin).

El juez debe ponderar en todo momento, ya que lo más frecuente es el derecho a la libertad, todo esto opera en la práctica, con el propósito de valorar la legalidad y la legitimidad de las intromisiones estatales en los derechos fundamentales.

Entonces derivado de lo anterior, tenemos que hay “tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes”<sup>176</sup>

Para Alexander Díaz García<sup>177</sup> el juez debe adelantar siempre una ponderación entre medios y fines. El subprincipio de idoneidad, en la práctica, como un criterio de carácter empírico para verificar si la medida estatal decidida, y que ejerce un impacto en el derecho fundamental, es o no apropiada para alcanzar el fin previsto. La conexión medio-fin no puede ser establecida sin un criterio basado en la adecuación. En el caso, por ejemplo, de una medida de aseguramiento, el principio de idoneidad se refiere al hecho de que dicha medida sea el medio idóneo para contrarrestar efectivamente el peligro o riesgo que se quiere evitar.

---

<sup>175</sup> Aponte Cardona, Alejandro. en su obra *Manual para el Juez de Control de Garantías en el sistema acusatorio Penal*, editado por el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Colombia. 2006.

<sup>176</sup> C-1410 de 2000, *Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia*. M.P. Fabio Morón Díaz

<sup>177</sup> Alexander Díaz García, *El juez de control de garantías frente al tratamiento de datos personales en Colombia*, Colombia. 2009.

Continuando con el autor establece que el juez al efectuar la ponderación sobre la gravedad de las injerencias propuestas por la Fiscalía, debe considerar de manera particular los efectos secundarios que puedan acompañar la obtención del resultado pretendido. Dos injerencias en derechos fundamentales igualmente adecuadas o idóneas, que producen el mismo resultado, pueden producir, no obstante y en razón a la diferencia de los medios empleados, diferentes efectos secundarios perjudiciales. Si el juez, atendiendo a todas las consecuencias secundarias, encuentra que los perjuicios producidos por la medida empleadas son mayores que los de la otra igualmente eficaz, él debe negar la medida por innecesaria. En este caso, el juez debe evaluar el impacto de la medida sobre la situación familiar, laboral o social del imputado.

Por tanto, atendiendo a las directrices emanadas del sistema de justicia penal, el juzgador adquiere un papel relevante que implica un control judicial estricto que respete además, el principio de horizontalidad y de igualdad de armas entre las partes.<sup>178</sup> En este sentido una diferencia radical con el sistema mixto es que el juez determina su resolución a partir del debate oral y no de la carpeta de investigación. Al no ser conocida por el juez de garantía, se evita prejuzgar sobre la conducta o realizar un análisis probatorio de su contenido. Para tal efecto, el juzgador debe realizar un ejercicio de ponderación entre argumentos orales esgrimidos por las partes, garantizando con ello la oralidad del proceso, la contradicción y la inmediación.

Es menester hacer mención respecto que cuando se introduce un método de ponderación a partir del principio de proporcionalidad en sentido amplio, se incluyen los tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

No se trata solo de la acción del juez, sino también el resto de los operadores del Sistema de Justicia Penal, en mayor o menor medida, deben y están obligados a realizar ejercicios de ponderación, para una mejor aplicación de la ley, así como

---

<sup>178</sup> Arriaga Valenzuela, Luis, *Sistema de Procuración de Justicia y Derechos Humanos*. El Cotidiano. México. 2008, p 85.

---

también la salvaguarda de los derechos humanos y garantías que están en juego dentro de cada proceso.

En México, es el caso del Ministerio Público para la aplicación de los criterios de oportunidad contemplado en los artículos 221 último párrafo y 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales, donde destaca su facultad para aplicar los criterios de oportunidad siendo esta una clara ponderación que hace el Ministerio Público respecto del ejercicio de la acción penal, en los casos que autoriza la ley y disposiciones normativas de cada Procuraduría.

En la reforma constitucional de seguridad y justicia, publicada el 18 de junio de 2008, en el Diario Oficial de la Federación, en el artículo 21 párrafo séptimo, el constituyente le otorgó al Ministerio Público la facultad de considerar la aplicación de los criterios de oportunidad con motivo del ejercicio de la pretensión punitiva. Los criterios de oportunidad forman parte de una estrategia de política criminal que faculta al Ministerio Público a ponderar el ejercicio de la acción penal, bajo los supuestos y criterios que fija la ley.

Para conceder un criterio de oportunidad, el Ministerio Público deberá considerar, entre otros aspectos, la reparación del daño a la víctima y se entenderá por criterio de oportunidad la ponderación que hace el Ministerio Público respecto del ejercicio de la acción penal, en los casos que autoriza la ley. La disposición detalla que debe valorarse las circunstancias especiales del delito. Destaca que la autorización de la aplicación del criterio de oportunidad, deberá ser autorizada por el Procurador o servidor público que se delegue esta facultad contemplado esto en el artículo 256 último párrafo del citado ordenamiento adjetivo en líneas anteriores.

Lo anterior se robustece con la siguiente tesis:

**SEGURIDAD Y CELERIDAD EN LOS PROCESOS Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU PONDERACIÓN A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE INTERDEPENDENCIA E INDIVISIBILIDAD EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 146 DE LA LEY DE AMPARO.**

Si bien es cierto que existe un interés público en relación con la aplicación de la Ley de Amparo, en la medida en que la sociedad está interesada en que prevalezca la seguridad y celeridad en los procesos, también lo es que haciendo una **ponderación** de la privación del derecho a la tutela judicial que resentiría el quejoso con la aplicación estricta del artículo 146 de la referida ley, frente a la prevalencia de la seguridad y celeridad de los procesos, resulta que es mínima la afectación al interés público, que exige tramitar los juicios con la mayor premura y el deber de satisfacer por los promoventes requisitos y condiciones de forma, mientras que es mucho más significativas y grave la afectación irremediable que resentiría el quejoso con la privación de su derecho a una tutela judicial efectiva, pues la interpretación literal del señalado numeral traería como consecuencia tener por no interpuesta su demanda, lo que lo dejaría sin posibilidad de acceso a la justicia, la cual debe privilegiarse, lo que implica realizar una interpretación más eficaz al tenor del **principio** pro actione. En este sentido, si el quejoso no acompañó copias suficientes de su ocurso aclaratorio de demanda, el Juez debió realizar una interpretación valorativa del señalado artículo, de tal manera que tomando en cuenta los intereses en contienda, el bien tutelado o derechos a privilegiar y la finalidad protectora y restitutoria del juicio de garantías (seguridad y celeridad de los procesos -interés público- vs derecho a la tutela judicial -privación y afectación del quejoso-) lo previniera nuevamente a fin de que subsanara la omisión en que incurrió ante el riesgo de dejarlo sin acceso a la tutela judicial, todo ello en atención a los principios de interdependencia e indivisibilidad que conlleva considerar en su conjunto los diversos: pro persona, pro actione, tutela judicial efectiva y de interpretación conforme, connaturales a los derechos humanos, pues al estar relacionados entre sí, no deben separarse ni pensarse que unos son más importantes que otros, sino interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 184/2012. Margarita Quezada Labra. 16 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Aideé Pineda Núñez.

(Gaceta SJFTCC, 10<sup>a</sup> Época (diciembre 2012) Tomo II, libro XV, p. 1540)



---

## Capítulo IV

### APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN CASOS PRACTICOS

Los capítulos anteriores hacen mención detallada de la aplicación de las reglas y principios, de cómo entran en conflicto, y de la resolución de esos conflictos, así como de las situaciones adversas que podemos encontrarnos, enfocados en la sana crítica y en la doctrina de los mismos, por lo que el presente capítulo está realizado con un enfoque práctico, dentro del cual el lector comprenderá los alcances de aplicación del ejercicio de ponderación, desde la elaboración de un examen de necesidad, de idoneidad y de proporcionalidad para una buena aplicación o inaplicación de la norma o en su caso de los principios, de tal suerte que este capítulo únicamente cuenta con ejemplos prácticos que se han presentado al momento de resolver situaciones por parte de los juzgadores en materia penal del sistema acusatorio y oral en el primer distrito judicial del estado de Durango.

#### I. Aplicación del principio de proporcionalidad en casos prácticos

Durante el desarrollo de la presente investigación se ha establecido de manera primordial la ponderación que realiza Robert Alexy: “Cuanto mayor es el grado de la no afectación o de afectación de unos de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”<sup>179</sup> En el que se tomará en cuenta los casos de manera particular, consideraciones ideológicas y la postura del juez, que establecerá los pesos que tienen los principios en virtud de que no determinan exactamente lo que se debe de hacer sino que en la mayor medida posible de las circunstancias reales.

---

<sup>179</sup> Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1997, p. 86 y 87

---

Siendo pues la ponderación la forma más adecuada para resolver esa incompatibilidad de principios; para ello sus usos es imprescindible para bienes jurídicos.

Siendo necesario cubrir el requisito de idoneidad en donde debe contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Además debe establecer el subprincipio de necesidad en que toda intervención debe ser más benigna que el derecho intervenido y por último la proporcionalidad en estricto sentido en el que evalúa si las ventajas que se obtienen mediante la intervención compensan los sacrificios que esta implica para los sujetos procesales.

Estos subprincipios sirven al juzgador para determinar el fin que tiene el legislador en la elaboración de la norma y determinar el grado del principio en colisión.

Por lo que a continuación se realizara la aplicación de la ponderación en casos prácticos del nuevo sistema de justicia penal.

## **CASOS PRÁCTICOS**

### **CASO 1.**

Tenemos la causa 908/2014<sup>180</sup> en la que el agente del ministerio público solicita la imposición de una medida cautelar de prisión preventiva en la investigación que se formuló por el delito de robo agravado, en el que dicho ilícito se cometió dentro de un local comercial. El agente del ministerio público solicita en esta investigación la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva; ya que justifica su petición en el artículo 168 fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales, contemplado el supuesto de la pena máxima que se le pudiera imponer al imputado si llegare sentenciarse, pudiendo alcanzar una pena de hasta 10 años de prisión y

---

<sup>180</sup> Tribunal de control y enjuiciamiento en el Estado de Durango, causa 908/2014, diciembre 2014

---

que este conocimiento genera en su ánimo no presentarse a las citaciones que realice a la autoridad jurisdiccional y por lo tanto no poder llevar el desarrollo del proceso.

### **1).- Adscripción de la posición iusfundamental prima facie.**

Los artículos 18 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen que sólo los delitos que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva y de manera oficiosa en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Estableciendo en estos casos será necesaria la medida cautelar de prisión preventiva.

Y que en los demás casos se tomará en cuenta el artículo 19 segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en que el agente del ministerio público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Tenemos pues que la prisión preventiva tiene como objetivos: utilizarla en delitos graves que se impone de manera oficiosa por el Juez y como la última opción cuando no sea posible garantizar la presencia del imputado en el proceso, pueda entorpecer la investigación y pueda existir afectación a la víctima, ofendidos o testigos, esté siendo procesado por otro delito o haya sido sentenciado. Siendo necesario establecer hasta qué punto se justifica estos tres parámetros que establece el Código Nacional.

---

## **2).- Catalogación de la aplicación judicial como una intervención en el derecho fundamental**

El Juez puede afectar la finalidad constitucional en la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, ya que esta medida constituye solamente la garantía para poder continuar el proceso y lograr esclarecer el hecho, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y la reparación del daño. En este sentido el agente del ministerio público debe de justificar la necesidad de la prisión preventiva, siendo que de manera subjetiva determina dicha necesidad sin ningún sustento probatorio que soporte porque considera que el imputado podrá considerar como una opción de sustraerse de la acción de la justicia, contando únicamente con el argumento de una posible pena máxima a el imputado, sin justificar en su caso, porque considera que a dicho delito se le podría poner una pena tan elevada, siendo necesario que el agente investigador bajo su experticia, establezca porque su grado de peligrosidad podría generar en el ánimo del resolutor una pena máxima en sentencia. Estableciéndose una afectación a un derecho primordial del ser humano como viene a ser la libertad, además de afectar más allá como viene a ser su entorno económico, social y familiar. Por lo que al encerrar una colisión debe resolverse con el test de proporcionalidad

## **3).- Análisis de la proporcionalidad de la intervención legislativa en el derecho fundamental**

### **a).-Examen de idoneidad:**

¿La intervención judicial que limita la prisión preventiva tiene un objetivo legítimo y es idónea?

---

Siendo necesario establecer si es un medio adecuado para alcanzar los fines del legislador. La medida cautelar de prisión preventiva consiste en que solo en los delitos graves se utilice de manera oficiosa por el impacto que genera este tipo de delitos en la sociedad o cuando el imputado presente circunstancias que hagan temer sobre su arraigo en la localidad o proporcione un falso domicilio, una actitud que exterioriza el imputado al ya conocer la probable sanción al ser conocedor de la gravedad de su conducta, el comportamiento que tiene el imputado de someterse a la acción de la justicia, la falta de interés de cumplir de manera injustificada las medidas cautelares, el desacato hacia las autoridades. O en su caso hay elementos que estima de manera probable vaya el imputado a entorpecer la investigación o pueda influir en algún órgano de prueba para que se conduzca de manera falsa, hasta el extremo de amenazar a servidores públicos que participan en la investigación. Y en un último parámetro en los casos que corra riesgo víctimas u ofendidos.

Por lo que se considera que la medida es idónea para proteger a la víctima u ofendido, así para justificar la presencia del imputado en el desarrollo de la etapa de investigación, logrando la continuación del proceso

#### **b).- Examen de necesidad de intervención.**

¿Los objetivos perseguidos con la intervención judicial en el derecho fundamental, establece que la medida es idónea o se cuenta con alguna otra medida alternativa?

Una vez que se supera el examen de idoneidad corresponde analizar la necesidad de la medida legislativa de imponer la medida cautelar de prisión preventiva en los casos de delitos graves o cuando surjan circunstancias de sustracción del imputado, obstaculización del desarrollo de la investigación y riesgo de la víctima u ofendido. Es necesario corroborar si existe otros medios con un grado de idoneidad igual o superior para lograr los fines que se persiguen y si esa alternativa interviene con menor intensidad al derecho afectado. Una vez que la autoridad analiza de las

---

medidas alternativas y aplicando el principio “*in dubio pro reo*”, tomando en cuenta que la prisión preventiva afecta el principio de la libertad, siendo uno de los valores más apreciados por el ser humano. Se destaca que al seguir el test de idoneidad se establece una medida alternativa con menor intensidad que afecta a la libertad; siendo la imposición de una medida cautelar de garantía y presentación periódica permite que el desarrollo del proceso penal siga un curso normal. En este sentido la prisión preventiva significa llevar un proceso privado de su libertad y en cambio las diversas medidas cautelares cumple la función de que el imputado este localizado y presente en el desarrollo de su investigación, sin la necesidad de entorpecer su entorno social y económico. Concluyendo que la medida de prisión preventiva es desproporcional.

**c).- Examen de proporcionalidad en sentido estricto.**

¿Los beneficios de tener una medida cautelar en libertad, justifican la grave restricción de negar la medida cautelar de prisión preventiva al ministerio público?

En este examen se analiza el desequilibrio entre la intensa afectación a la libertad personal frente al grado mínimo que satisface los fines legislativos de un prisión preventiva por el conocimiento de una pena máxima. Esto implica ponderar entre los dos principios que compiten. Es evidente el contraste de la de prisión preventiva sobre la libertad del imputado bajo diversa medida cautelar, ubicándose como intensa la afectación de la libertad del imputado, este artículo analizado es un obstáculo jurídico que impide al imputado desarrollar su proceso de manera libre. La solicitud del ministerio público de imponer prisión preventiva no compensa la libertad del imputado, siendo que el imputado pueda realizar una defensa adecuada sin la presión de encontrarse privado de su libertad, además de contribuir en la investigación complementaria de manera más activa, agotar en su caso una salida alterna con los antecedentes que haya aportado el agente investigador y lo más importante es que su entorno social se afecte en lo mínimo posible.

Por lo tanto se concluye que la prisión preventiva es una medida cautelar que busca que el proceso continúe y se concluya con alguna sentencia o diversa solución alterna; pero es una medida innecesaria para las circunstancias de la investigación, ya que al existir medios alternativos igualmente idóneos que propicia la continuación de un proceso judicial.

## **CASO 2.**

En la **causa 293/2015**<sup>181</sup> el agente del ministerio público se encuentra en la etapa de investigación complementaria del delito de violación, solicitando la autorización judicial para que se practique al imputado un examen psicológico en el que se determine la conducta sexual, siendo esto necesario para establecer su grado de culpabilidad al momento de que se solicite la sentencia correspondiente y al permitir el debate correspondiente bajo el principio de contradicción la defensa se opone al mismo esto en virtud de que se afecta su principio de presunción de inocencia, esto referente a que es posible su autoincriminación al momento de contestar los exámenes que le practique el psicólogo respectivo.

### **1).- Adscripción de la posición iusfundamental prima facie.**

Tenemos el principio general del proceso penal acusatorio establecido en el artículo 20 apartado A fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de esclarecer los hechos de la investigación contemplado en el artículo segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Que se contrapone con el principio de presunción de inocencia contemplado en el artículo 13 del Código Nacional de Procedimientos Penales. En virtud de la

---

<sup>181</sup> Tribunal de control y enjuiciamiento en el Estado de Durango, causa 293/2015, abril 2015.

---

exposición de la defensa establece que en el desarrollo de los exámenes para elaborar el dictamen de su comportamiento sexual, puedes ser que proporcione información en el sentido de cómo sucedió el hecho delictuoso de la presente causa que se está investigando o de otros sucesos.

El proceso penal tiene como objetivo esclarecer el hecho, proteger al inocente para asegurar al acceso de la justicia en aplicación del derecho.

## **2).- Catalogación de la aplicación judicial como una intervención en el derecho fundamental.**

En esta etapa implica analizar si la intervención cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad. El Juez analiza la petición del agente investigador en tratar de esclarecer los hechos de su investigación solicitando la práctica de un examen psicológico al imputado. Tomándose en cuenta el principio de presunción de inocencia que protege al imputado en todo el desarrollo del proceso, pero el dictamen solicitado incorpora información personal que puede auto incriminar al imputado.

## **3).- Análisis de la proporcionalidad de la Intervención legislativa en el derecho fundamental.**

### **a).- Examen de Idoneidad.**

¿La intervención judicial que limita el principio de presunción tiene un objetivo legítimo y es idóneo?

En esta etapa se analiza si la medida impugnada es un medio adecuado para alcanzar los fines del legislador. De lo anterior analizado este resolutor llega a la conclusión que la aprobación de la práctica del dictamen psicológico es una medida idónea que permite al agente del ministerio público esclarecer el hecho delictuoso,



---

con la carga probatoria que tiene el ministerio público en la etapa de investigación al obtener los medios de prueba idóneos y pertinentes sirve para formar su teoría del caso de manera conjunta, integral y armónica, esto para poder lograr destruir el status de inocencia del acusado. La elaboración del dictamen psicológico al imputado, permite al ministerio público agotar su investigación y por lo tanto para lograr el esclarecimiento del hecho, siendo esto indispensable para que en la sociedad no quede impune el culpable.

#### **b).-Examen de necesidad de intervención.**

¿Los objetivos perseguidos con la intervención judicial en el derecho fundamental habrían podido alcanzarse con la adopción de medidas más benignas con el derecho intervenido?

¿Es decir el Juez disponía de medidas alternativas igualmente idóneas para obtener el dictamen?

Una vez superado el examen de idoneidad corresponde analizar la necesidad de la medida legislativa de autorizar la práctica de un dictamen psicológico o si existen medidas alternativas igualmente idóneas que afecten en menor grado el derecho a la presunción de inocencia. Una vez que se analiza las posibilidades de la práctica del dictamen psicológico; se tiene una medida alternativa consiste en la práctica del dictamen psicológico bajo la protección de su derecho de declarar o no, destacando que se protege el imputado al momento que se considere que afecte su principio de presunción de inocencia; debe establecerse si es idónea y si persigue el fin de esclarecer el hecho delictuoso.

Se establece que es más eficaz permitir la práctica de la diligencia pero bajo la protección de su derecho de declarar o no. Por lo que la medida alternativa interviene con menor intensidad en el derecho de presunción de inocencia; siendo una medida idónea ya que permite se desarrolle la investigación correspondiente.

**c).- Examen de proporcionalidad en sentido estricto.**

¿Los beneficios de admitir el dictamen psicológico al imputado para el esclarecimiento del hecho aportan a los logros de los objetivos, justifican la grave restricción del imputado?

El examen de proporcionalidad en sentido estricto es para evidenciar el desequilibrio entre la intensidad de afectación al principio de presunción de inocencia frente al grado mínimo de la autorización de un dictamen psicológico. Se realiza una ponderación entre los dos principios que compiten. Se considera que la autorización del dictamen psicológico es una medida que busca esclarecer el hecho delictuoso; siendo una medida innecesaria ya que existe la medida alternativa igualmente idónea que afectan en menor grado al principio de presunción de inocencia, además de generar la obtención de medios de prueba para el esclarecimiento del hecho delictuoso.

**CASO 3.**

Tenemos la causa penal 263/15<sup>182</sup> en la que el agente del ministerio público propone una forma anticipada de terminar el proceso siendo un procedimiento abreviado, en el que otorga la pena mínima menos un día de reducción de la pena de prisión, realizando su petición en el sentido que se le imponga pena y no multa en lo que se refiere al artículo 196 fracción II del Código Penal del Estado de Durango (robo), justificando su pretensión por el índice delictivo que existe en el primer distrito judicial de Durango y siendo necesario que permanezca en prisión para el cumplimiento de la pena. Ya que al solicitar la pena del delito de Robo Agravado contemplado en los

---

<sup>182</sup> Tribunal de control y enjuiciamiento en el Estado de Durango, causa 263/2015, agosto 2015

---

artículos 194, 195, 196 fracción II y 197 fracción II del Código Penal vigente en el Estado de Durango, se estaría imponiendo por el artículo 196 fracción II del Código Penal vigente un pena mínima de un año de prisión y por el artículo 197 fracción II del Código Penal vigente se le impondría una pena mínima de 3 años, dando un total de 4 años de prisión menos la reducción de un día, lo que significa que no alcanzaría un beneficio relativo a la suspensión condicional de la condena. Ya que la legislación penal del Estado de Durango contempla un beneficio cuando la pena no excede de 3 años de prisión. Buscando pues la representación social que el sentenciado no obtenga su libertad por el beneficio ya mencionado.

### **1).- Adscripción de la posición iusfundamental prima facie.**

El artículo 20 apartado A fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Lo anterior se enlaza con los artículos 202 y 206 segundo párrafo del Código Nacional de Procedimientos Penales el cual establece que no podrá imponerse una pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el ministerio público y aceptada por el acusado.

Lo anterior colisiona con el contenido de los artículos 1 párrafo segundo y tercero, 16 párrafo decimocuarto y 20 apartado A fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; siendo que el juez de control tiene la obligación de vigilar los derechos fundamentales del imputado y tener los medios de convicción adecuados para poder emitir una sentencia condenatoria. Por lo que la resolución debe sustentarse en fundamentos y argumentos jurídicos convincentes y bastantes para poder llegar a esa conclusión, puesto que de lo contrario se vulneran los derechos fundamentales del sentenciado, ya que la pena menos grave es la multa (en el artículo 196 fracción II del código penal vigente) que sólo afecta su patrimonio, y no de prisión que afecta su libertad personal y familiar.

---

Tenemos pues que la sentencia tiene como objetivos: poner fin a la causa de investigación judicializada por el agente del ministerio público en el que se tendrá que justificar el tiempo, modo y lugar sobre la comisión del hecho delictuoso y la participación del acusado. En el que la resolución debe ser congruente con lo expuesto en audiencia, siendo que el culpable no quede impune y que se repare el daño. En este caso al llevar a cabo la imposición de la sentencia, esta es facultad exclusiva del juez o del tribunal, este debe de justificar cada uno de sus razonamientos y así como el *quantum* de la pena, con la información recopilada en la carpeta de investigación, siendo expuesta en audiencia pública por la representación social.

## **2).- Catalogación de la aplicación judicial como una intervención en el derecho fundamental.**

En esta etapa al analizar que la medida legislativa reduce la protección que otorga el derecho. En este sentido se afecta la libertad personal del sentenciado. El agente del ministerio público debe de justificar la necesidad de imponer una pena de prisión en lugar de multa, siendo que de manera subjetiva determina y expone dicha necesidad, argumentando solamente la afectación que puede sufrir la sociedad a causa de que el sentenciado puede obtener su libertad por medio de un beneficio contemplado en el Código Penal vigente; esto sin ningún sustento probatorio que soporte su petición, porque considera que el imputado podrá considerarse un peligro para la sociedad o que tenga la intención de reincidir. Estableciéndose una afectación a un derecho primordial del ser humano como viene a ser la libertad y un debido proceso, además de afectar más allá de su persona, ya que dicho sentenciado pertenece a un núcleo familiar, en el que dicho sujeto es un sustento económico y moral, como parte de esa familia. Observando los medios de investigación de la representación social, se destaca que el artículo que refiere al monto del hecho delictuoso es en la fracción II del 196 de legislación penal, estableciéndose los parámetros de que cuando el valor de lo robado exceda de veinticinco pero no de noventa veces el salario mínimo, por lo que se destaca que el legislador da la

---

posibilidad de un beneficio siendo dos años de prisión o multa de setenta y dos a doscientos ochenta y ocho días de salario; por lo tanto se privilegia que el sentenciado pueda cumplir su pena con una multa ( esto significada que pueda obtener su libertad). Siendo necesario que el Juez tenga datos o medios probatorios para dejar a un lado la multa y decidir de manera justificada los motivos que lo llevaron a decidir la imposición de una pena de prisión.

### **3).- Análisis de la proporcionalidad de la intervención legislativa en el derecho fundamental.**

#### **a).-Examen de idoneidad:**

¿La intervención judicial que limita la pena de prisión tiene un objetivo legítimo y es idónea?

Debe analizarse si la medida impugnada es un medio adecuado para alcanzar los fines del legislador. Se concluye que el trámite de un procedimiento abreviado es una medida adecuada para lograr la terminación anticipada de un proceso; siendo idónea ya que permite esclarecer el hecho delictuoso, que no quede impune el culpable y condenar para la reparación del daño.

#### **b).- Examen de necesidad de intervención.**

¿Los objetivos perseguidos con la intervención judicial en el derecho fundamental, establece que la medida es idónea o se cuenta con alguna otra medida alternativa?

---

Una vez supera el examen de idoneidad corresponde analizar la necesidad de la medida legislativa de autorizar un procedimiento abreviado bajo la pena que solicita el agente del ministerio público. Una vez que se analizó el universo de alternativas, se puede tomar medidas alternativas a la petición de imponer la pena en el procedimiento abreviado. Una vez que se tiene la medida alternativa a la imposición de la pena se determina que es idónea para imponer una pena, resulta más eficaz la imposición de una multa en la pena, que imponer una pena privativa de su libertad al sentenciado, en virtud que el agente del ministerio público debe de externar la justificación y motivos del análisis que se realizó de las características del sentenciado que generaron el acuerdo del procedimiento abreviado emitido por la Fiscal, aportando elementos pertinentes y no solamente razonamientos subjetivos, sin lograr demostrar el peligro que representa el sentenciado a la sociedad o con algún medio que demuestre las intenciones del sentenciado de volver a reincidir. Ya que la carga de la prueba la tiene la parte acusadora, siendo pues necesario que expongan con datos ciertos el peligro que pueda representar el sentenciado.

**c).- Examen de proporcionalidad en sentido estricto.**

¿Los beneficios de tener una pena de multa, justifican la grave restricción de negar la pena de prisión solicitada por el ministerio público?

En este examen es para para evidenciar el desequilibrio entre la intensa afectación a libertad del sentenciado y el debido proceso frente al grado mínimo que satisface los fines legislativos de la imposición de un pena sin motivación y justificación. Al realizar la ponderación entre los dos principios que colisionan, es claro el contraste la pena de un procedimiento abreviado sobre una sentencia con una pena justificada y motivada de un procedimiento abreviado, ubicándose como intensa la afectación a la libertad del sentenciado y su debido proceso.

---

Por lo tanto, las ventajas sobre la solicitud del ministerio público de imponer pena de prisión no compensa la restricción de la libertad del imputado, siendo que el imputado pueda llevar a cabo su reinserción en la sociedad, ya que al aceptar su responsabilidad en el procedimiento abreviado, le permite reconocer la falta que cometió en perjuicio de la sociedad y reconsiderar su conducta en la comunidad, teniendo en cuenta que el sistema brinda la oportunidad a las personas que comete un delito en su primera ocasión, lo que representa el compromiso del sentenciado hacia la sociedad, de que no hubo medios necesarios en imponerle una pena más gravosa, sino por el contrario se reconoce el comportamiento que ha tenido el sentenciado y de esa forma darle la oportunidad para su reinserción con los programas con los que cuenta el Estado.

Por lo tanto se concluye que la pena solicitado por el agente del ministerio público en procedimiento abreviado resulta idónea para los objetivos de esclarecer el hecho delictuoso pero es una medida innecesaria al existir medio alternativos igualmente idóneos que afecta en menor grado el derecho a la libertad y un debido proceso; ya que el Juez regula la imposición de la pena al establecer que lo que más le beneficia al sentenciado es una multa en lugar de una pena de prisión, ya que se permite que el juzgador realizar esa protección tan amplia a las personas.

## **CAUSA HIPOTÉTICA.**

El agente del ministerio público y la víctima pueden en el desarrollo del proceso solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos. Tal y como lo establecen los artículos 154 del Código Nacional de Procedimientos Penales y 20 apartado C Fracción VI de la Constitución

---

Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este supuesto la representación social puede solicitar la medida cautelar contemplada en el artículo 155 Fracción XI del Código Nacional de Procedimientos Penales; consistente en la suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral.

Siendo que se explicara el marco regulatorio del Código Nacional de Procedimientos Penales, esto sobre la decisión tomada y sobre la incidencia de la medida legislativa impugnada sobre el contenido *prima facie* del derecho a la libertad de trabajar, llevando lo anterior a aplicar el test de proporcionalidad.

### **1).- Adscripción de la posición *iusfundamental prima facie*.**

En lo que nos interesa se realiza el estudio de los artículo 154 y 155 fracción XI del Código Nacional de Procedimientos Penales, consistente en la facultad de la representación social o la víctima de solicitar la medida cautelar de la suspensión temporal de la actividad laboral; tomando en cuenta las circunstancias de la investigación.

Señalándose que el artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que a nadie podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. Una vez establecido el alcance de la norma impugnada y sobre la afectación a la actividad profesional o laboral; siendo necesario explicar el contenido de los derechos y resolver si inciden.

### **2).- Catalogación de la norma legislativa como una Intervención en el derecho fundamental.**

Se analiza que la decisión de desarrollar una actividad profesional o laboral es de manera personal en la que no se puede limitar ese derecho que va inmerso en la persona; en ese orden de ideas los derechos fundamentales y sus respectivos límites



---

externos operan como principios que encierran una colisión y debe resolverse con un test de proporcionalidad.

Si se atiende la petición del Ministerio Público de imponer al imputado la medida cautelar consistente en la suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral, afecta su derecho fundamental de realizar una actividad laboral lícita al imputado.

### **3).- Análisis de proporcionalidad de la intervención Legislativa en el derecho fundamental.**

#### **a).-Examen de idoneidad:**

¿La intervención judicial, al momento de NO autorizar la solicitud que el Ministerio Público le hace para que imponga al imputado la medida cautelar de suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral, tiene un objetivo legítimo y es idóneo?

¿La limitación que hace el Órgano Jurisdiccional a la solicitud del Ministerio Público de que se imponga al imputado la medida cautelar de la suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral contribuye al debido proceso?

Debe de analizarse si la medida impugnada es un medio adecuado para alcanzar los fines del legislador, este examen de idoneidad es una relación entre el derecho y el fin que se persigue por el legislador.

Una vez analizado la petición de la medida cautelar se observa que es idónea para perseguir la finalidad del proceso penal acusatorio y oral, en el sentido que el

---

imputado puede comparecer de manera libre, esto para propiciar que asistencia no se vaya a entorpecer y a vez alienta a que se concluya el proceso de una manera ágil.

**b).- Examen de necesidad de intervención.**

¿Los objetivos perseguidos con la intervención judicial en el derecho fundamental, establece que la medida es idónea o se cuenta con alguna otra medida alternativa?

Una vez superado el examen de idoneidad nos corresponde analizar la necesidad de la medida legislativa de imponer medida cautelar de restringir la actividad laboral; una vez que se ha corroborado las opciones de medidas alternas tomando en cuenta su eficacia, rapidez, probabilidad y afectación material; se puede tomar en cuenta en no aplicar la medida cautelar de restringir la actividad laboral, ya que del catálogo de medidas, existe un abanico muy amplio para tomar en cuenta otra medida menos gravosa para su patrimonio.

La prohibición a laborar no se justifica ya que el sujeto activo que cometa o participe en alguna conducta delictiva ello no es motivo suficiente como para que se le prohíba ni temporalmente se dedique a cualquiera de estas actividades, pues la imposición de una medida cautelar únicamente tiene como finalidad asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo o evitar la obstaculización del procedimiento y obviamente la medida cautelar aludida no afecta una sola de dichas hipótesis.

**c).- Examen de proporcionalidad en sentido estricto.**

¿Los beneficios de permitir el comercio o profesión lícita, justifican la grave restricción de negar la medida cautelar de suspensión temporal de la actividad profesional o laboral?

Una vez que se ha realizado la ponderación entre los dos principios que compiten. Es claro el contraste de la medida cautelar de restringir la actividad laboral sobre la libertad de desarrollar una actividad laboral o profesional, ubicándose como intensa la afectación al derecho del trabajo; ya que este artículo es un obstáculo a obtener una ganancia laboral de manera ilícita. Por lo tanto se concluye que las medidas cautelares buscan la presentación del imputado en el proceso y resulta idónea; pero innecesaria al existir medios alternativos igualmente idóneos que afectan en menor grado al derecho al trabajo, siendo las diversas medidas que contempla el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

## **CASO ACTUAL SOBRE EL USO LÚDICO DE LA MARIHUANA**

Es de tomarse en cuenta el método de ponderación que utiliza la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 237/2014 en el que establece que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo con fines lúdicos o recreativos ( sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar) del estupefaciente cannabis sativa y del psicotrópico “THC”; en tal sentido para justificar la decisión tomada, lo desarrolla bajos los siguientes puntos: I.- Explicar el marco regulatorio de los estupefacientes y psicotrópicos previstos en la Ley General de Salud; II.- Establecer la incidencia de la medida legislativa impugnada en el contenido *prima facie* del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; III.- Determinar si la medida impugnada supera los cuatro grados del test de proporcionalidad: a) constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida; b) idoneidad; c) necesidad; y d) proporcionalidad en sentido estricto. IV.- Se expondrá las conclusiones del estudio de constitucionalidad

---

de los artículos impugnados y V.- Se precisarán los efectos de la concesión del amparo.

**I.- Explicar el marco regulatorio de los estupefacientes y psicotrópicas previstos en la Ley General de Salud.**

En lo que nos interesa básicamente la primera sala realiza un estudio de los artículos 234, 235, 237, 245, 247, 248 de la Ley General de Salud y establece que las normas impugnadas por el quejoso consiste en sistema de prohibiciones administrativas que forman parte del marco regulatorio en la Ley General de Salud, siendo sobre el control del estupefaciente y psicotrópicos, el cual es un obstáculo jurídico para poder realizar lícitamente el autoconsumo de la marihuana (siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión y transporte).

Señalando que el artículo 478 y 479 de la Ley General de Salud establecen que el ministerio público no ejercerá acción de quien posea hasta cinco gramos de marihuana, siendo pues una excluyente de responsabilidad, siendo que solo despenaliza el consumo de una cantidad pequeña, dichos preceptos no permiten actividades correlativas al autoconsumo, como siembra, cultivo, cosecha, preparación, transporte, etc. Una vez establecido el alcance de las normas impugnadas y sobre la afectación al libre desarrollo de la personalidad, es necesario explicar el contenido *prima facie* de este derecho y resolver si los artículos reclamados inciden.

**II.- Establecer la incidencia de la medida legislativa impugnada en el contenido *prima facie* del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.**

---

Refiere que los tribunales constitucionales suelen hacer el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales a través del principio de proporcionalidad: el alcance del derecho fundamental y la extensión de su protección. El examen de constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse en dos etapas. La primera etapa es establecer si la medida legislativa impugnada limita el derecho fundamental, siendo necesario recurrir a la interpretación de las normativas correspondientes, fijando prohibiciones u obligaciones de la disposición legislativa y en cuanto al derecho fundamental fijar su alcance o contenido *prima facie*. Debe decidirse si la norma impugnada incide o no en el ámbito de protección *prima facie* del derecho aludido, si la conclusión es negativa, el examen termina en esta etapa con la declaración que la medida legislativa es constitucional. En cambio si es positiva la conclusión debe continuarse a otro nivel de análisis.

La segunda etapa es determinar si la norma que interviene en el contenido *prima facie* del derecho fundamental es constitucional y en el caso concreto debe examinarse si existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca la protección que otorga el derecho. Lo que implica es analizar si la intervención cumple las exigencias del principio de proporcionalidad: una finalidad constitucionalmente válida, idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

En esta primer etapa la primer sala al analizar determinada bibliografía y tesis jurisprudenciales llega a la conclusión que la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución. Así al tratarse de “experiencias mentales” estas se encuentran entre las más personales e íntimas que alguien pueda experimentar, de tal manera la decisión de un individuo mayor de edad de afectar su personalidad con fines recreativos o lúdicos se encuentra tutelada *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de ésta. Tomándose en cuenta que el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, de tal manera que puede ser limitado; pues

---

encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público. En ese orden de ideas los derechos fundamentales y sus respectivos límites externos operan como principios de tal manera que encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un test de proporcionalidad a la medida legislativa.

### **III.- Determinar si la medida impugnada supera los cuatro grados del test de proporcionalidad.**

En esta segunda etapa del análisis constitucional debe determinarse si la norma que interviene el derecho fundamental es constitucional.

#### **a) Constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida**

Es necesario identificar los fines que persigue la medida impugnada para estar en posibilidad de determinar si son constitucionalmente válidos; siendo que no cualquier propósito puede justificar la limitación de un derecho fundamental, estableciendo que los fines tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado puede perseguir. No obstante el Estado no puede exigir a las personas que se conduzcan de acuerdo a un determinado modelo de virtud. Una vez que la primera sala analiza el marco regulatorio para el control de estupefacientes y sustancias psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud tiene un finalidad constitucionalmente válida; pero corresponde analizar si la prohibición de consumir marihuana con fines lúdicos constituye una medida idónea para proteger la salud y el orden público.

#### **b) Idoneidad**

---

En esta etapa debe analizarse si la medida impugnada es un medio adecuado para alcanzar los fines del legislador, este examen de idoneidad es un relación empírica entre el derecho y el fin que persigue la medida bajo el propósito del legislador. Por lo que la idoneidad debe mostrarse con conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.

La primera sala llega a la conclusión después de analizar la evidencia que existe, en el que señala que la marihuana causa diversas afectaciones en la salud de las personas y que el caso concreto el sistema de prohibiciones administrativas conformados por los artículos impugnados es una medida idónea para proteger la salud de las personas. Y en lo que se refiere que el consumo de la marihuana influyera en el aumento de la criminalidad, no logró demostrarse ya que esto se asocia a otros factores como el contexto social; solamente es factor que aumenta la probabilidad de causar accidentes automovilísticos, siendo una medida idónea para proteger el orden público.

### **c) Necesidad.**

La primera sala refiere que una vez superado el examen de idoneidad corresponde analizar la necesidad de la medida legislativa del sistema de prohibiciones administrativas para proteger la salud y el orden público o sí por el contrario existen medidas alternativas igualmente idóneas que afecten en menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esto implica corroborar si existen otros medios con un grado de idoneidad igual o superior para lograr los fines que se persiguen y determinar si esa alternativa interviene con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Esto implica hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad, es decir su eficacia, rapidez, probabilidad y afectación material. Esta búsqueda puede ser interminable y el juez requiere

---

imaginarse y analizar todas las alternativas; con esto se cumple de acotar el universo de alternativas que legislador considero al momento de afectar el derecho en cuestión.

Una vez que la primera sala analizó la legalización de la marihuana en otros países, como la permisión del consumo del tabaco y alcohol en México. Al respecto pueden formarse medidas alternativas a la prohibición que ahora existe, la cual consiste que solo limite el consumo de marihuana en determinadas circunstancias. Una vez que se tiene una medida alternativa al sistema de prohibiciones administrativas, debe examinarse si se trata de una medida idónea en el que debe evaluarse si es casualmente adecuada para prevenir o combatir los daños asociados al consumo de marihuana y que consisten en daños a la salud de la persona, desarrollo de la dependencia a la sustancia, inducción al consumo de drogas más dañinas y contagio de su consumo, así como accidentes vehiculares.

De ahí que la primera sala analiza que resulta más eficaz una política de impedir directamente que haya afectaciones o atacar los factores sociales, ya que una política prohibicionista no ha reducido el número de consumidores. El consumo hacia terceros es prohibición que se publicite el producto, políticas educativas y de salud son idóneas. La prohibición en espacios públicos que afecte a terceros también es idónea. Y la prohibición de conducir o manejar instrumentos peligrosos bajo el influjo de marihuana es una medida eficaz.

Siguiendo el test que realiza la primera sala establece que la medida alternativa interviene con menor intensidad el derecho al libre desarrollo de la personalidad que el sistema de prohibiciones administrativas. Al respecto establece que la medida alternativa es idónea ya que evita daños a la salud y al orden público, sino que además es una medida menos restrictiva del libre desarrollo de la personalidad. En este sentido el sistema de prohibiciones administrativas prohíbe (clase genérica) cualquier acto de



---

consumo y la medida alternativa solo prohíbe una subclase más específica. Siendo los artículos impugnados “suprainclusivos” (no encuentra fundamento la norma). De esta manera la sala establece que la regulación es acotando la edad y el lugar para realizar el consumo, por lo que se supone que es una menor intervención al libre desarrollo de la personalidad y en contraste la norma impugnada es más extensa de lo necesario, pues prohíbe el consumo en cualquier situación. Concluyendo la primera sala que la prohibición del consumo personal de marihuana con fines lúdicos es inconstitucional.

#### **d) Proporcionalidad en sentido estricto.**

En esta sección el examen de proporcionalidad en estricto sentido es para evidenciar el desequilibrio entre la intensa afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad frente al grado mínimo que satisface los fines legislativos con la prohibición del consumo de la marihuana.

La primera sala realiza un balance o ponderación entre los dos principios que compiten. Esto implica comparar el grado de intervención en el derecho fundamental con la medida legislativa examinada frente al grado de realización del fin perseguido. La sala determina que es claro el contraste del sistema de prohibiciones administrativas sobre el consumo de marihuana regulado por la Ley General de Salud, ubicándose como intensa afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, estos artículos analizados son un obstáculo jurídico que impide consumir a los quejosos marihuana y llevar a cabo lícitamente las acciones correlativas al autoconsumo (sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar).

La sala explica que el individuo que desea recrearse pertenece a su esfera más íntima y privada (el decide como vivir), en ese orden la afectación es muy importante al derecho al libre desarrollo de la personalidad ya que impide al quejoso que

---

actividades recreativas o lúdicas desean realizar. Resulta evidente la intervención de un derecho fundamental que prohíbe totalmente la realización de una conducta que una intervención se concreta a regular en ciertas condiciones el ejercicio al derecho; calificándose como muy intensa la afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por lo tanto la primer sala concluye que el sistema de prohibiciones administrativas es un medida que busca proteger la salud y el orden público y resulta idónea para alcanzar dichos objetivos; la primer sala considera que es una medida innecesaria al existir medios alternativos igualmente idóneos que afectan en menor grado al derecho al libre desarrollo de la personalidad, además de generar un protección mínima a la salud y el orden publico frente a la intensa intervención al derecho de las personas a decidir su actividades lúdicas.

Con este estudio que realiza la primera sala de Suprema Corte de Justicia en el que se pronuncia el cuatro de noviembre de dos mil quince; es un ejemplo claro del uso del método de la ponderación en la colisión de los principios en la regulación de la salud y la afectación al libre desarrollo de la personalidad.

En ese sentido el principio de proporcionalidad que se utiliza en la elaboración de sentencia versa sobre actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.<sup>183</sup>

---

<sup>183</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2 Ed., Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p.37

---

## Conclusiones.

**PRIMERA.-** Los principios mencionados en este trabajo básicamente surgen de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el título segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales, en el que se concentra el acceso de conocer el desarrollo de los procesos, teniendo las partes la oportunidad de confrontar a su contrario, debiendo ser los procesos de manera continua, tratando en lo medida de lo posible que se desarrolle en un mismo día en el que el órgano jurisdiccional deberá estar presente, vigilando que no haya discriminación con las personas que intervengan en el proceso ya que todos deben tener el mismo trato. Esto nos lleva a que el órgano jurisdiccional tiene que vigilar que el desarrollo del proceso se lleve en condiciones de igualdad; debiendo sustentar las resoluciones en una ley vigente, vigilando la imparcialidad y los derechos humanos; siendo que en todo momento debe prevalecer la presunción de inocencia.

**SEGUNDA.-** Atendiendo la reforma constitucional del artículo primero de fecha 10 de junio de 2011, en el que establece que todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y Tratados, en que el Juez tiene la obligación de proteger y garantizar los derechos humanos de los intervinientes en un proceso.

**TERCERA.-** Con lo anterior se llega a compaginar el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud que el artículo 2 del código nacional de procedimientos penales refiere que el proceso se desarrollara en un marco de respeto a los derechos humanos; gracias a ello se logra la vigilan por parte de las autoridades en su ámbito de competencia.

---

**CUARTA.-** Los principios se aplican en el desarrollo del proceso ya que el Código Nacional de Procedimientos los contempla en sus artículos del cuarto al decimocuarto, en los que explica de manera clara cuales son los alcances de cada unos ellos, dando pauta a regular el proceso de investigación, su etapa intermedia y el desarrollo del juicio.

**QUINTA.-** Del análisis del Código Nacional de Procedimientos Penales, se desprende lo que establece la siguiente tesis aislada: “Intensidad del análisis de constitucionalidad y uso del principio de proporcionalidad. Su aplicación en relación con los derechos humanos.” La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que al momento de resolver categorías contempladas en el artículo 1 párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo pues necesario aplicar el uso del principio de proporcionalidad y sus respectivo test de fin legitimo, idóneo, necesario y de manera proporcionalidad en estricto sentido.

**SEXTA.-** De lo anterior surgen los criterios de Juan José Moreso, Juan Antonio García Amado y Robert Alexy, o en su caso las técnicas de subsunción o de ponderación. Al comprender las demás ideas de estos autores; se llega a la convicción que el método más apropiado para nuestro sistema penal oral y acusatorio.

**SEPTIMA.-** El estudio que hace Robert Alexy sobre los principios y las reglas, se llega a establecer que las reglas son normas que ordenan algo definitivamente; esto quiere decir que son mandatos definitivos. En cambio los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, esto de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas; por lo tanto son mandatos de optimización.

**OCTAVA.-** Robert Alexy es el que desarrolló con mayor claridad y precisión la ponderación cuando colisionan los principios. La estructura de la ponderación contiene tres elementos: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

**NOVENA.-** En la ley de ponderación hay que definir en primer lugar el grado de la No satisfacción o de afectación de uno de los principios; en segundo lugar la importancia de la satisfacción del principio en sentido contrario y en tercer lugar la importancia de

---

la satisfacción del principio contrario que justifica la afectación o la no satisfacción del otro. En lo que se refiere a la fórmula del peso se establece una escala tríadica de leve, moderado y grave. De lo anterior se toma en cuenta la afectación a principio constitucional o derecho fundamental sobre la intensidad que puede tener en un caso en concreto. Dentro de las cargas de argumentación son decisiones racionales y correctas; siendo que no pueda ser la única respuesta correcta, pero sí una que se encuentra justificada y sostenida por una deliberación jurídica en base a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Lo que nos lleva a tomar este método para resolver las colisiones que presentan los principios y más que nada con la dinámica del nuevo sistema de justicia penal que implica respetar los derechos humanos de las partes en el desarrollo del proceso.

**DECIMA.-** Esto nos lleva a realizar ciertos ejemplos prácticos para demostrar la aplicación del principio de proporcionalidad y más que nada el ejemplo de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia referente a la posibilidad de utilizar la marihuana con fines lúdicos.

**DECIMA PRIMERA.-** Una vez analizado el método de ponderación o proporcionalidad considero que es el método más adecuado para los jueces del sistema acusatorio penal, siendo pues pasos muy definidos al realizar el test correspondiente al momento de ubicar el principio en colisión y las posibilidades de medidas alternativas; y verificando la idónea para el caso concreto, si hay la necesidad de utilizar ese principio y por supuesto verificar mediante la ponderación del grado de intensidad de los principios. Concluyendo que el principio de proporcionalidad se puede seguir por los jueces de control mediante un pauta en la que siga los pasos del test de ponderación.

## FUENTES DE INVESTIGACION

---

**I.- FUENTES BIBLIOGRAFÍAS.**

Alegría Patow Jorge Antonio y otros. *El principio de proporcionalidad en materia penal*. Universidad San Martín de Porres. Lima Perú. 2011.

Alexander Díaz García, *El juez de control de garantías frente al tratamiento de datos personales en Colombia*, Colombia. 2009.

Alexy, Robert, “*Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*”, traducción de Carlos Bernal Pulido. *Redc*, núm. 66, 2002.

Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Traducción. Malen Seña Jorge, 2ª ed., Editorial Gedisa, Barcelona. 2004.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2001.

Alexy, Robert, *Ponderación, control de constitucionalidad y representación en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, Jueces y ponderación argumentativa*, Trad. González de la Vega, René, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Alexy, Robert “*The Nature of Legal Philosophy*”, *Ratio Iuris*, 17, 2004, p. 156-167 (En línea; 10 de febrero de 2011), disponible en:

[http://idv.sinca.edu.tw/philaw/Jurisprudence\\_Reading/The%20Nature%20of%20Legal%20Philosophy.pdf](http://idv.sinca.edu.tw/philaw/Jurisprudence_Reading/The%20Nature%20of%20Legal%20Philosophy.pdf)

Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Bernal Pulido, Carlos, Colegio de registradores de la propiedad, mercantiles y bienes muebles de España, Madrid, 2004.

---

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007.

Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. De Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2009.

Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*; traducción Bernal Pulido, Carlos, El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2005.

Andrés Baytelam y Mauricio Duce J, *Litigación penal, juicio oral y pruebas*, Editorial Fondo de cultura económico de España, España. 2007.

Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, Trad. González de la Vega, René, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Aponte Cardona, Alejandro, *Manual para el Juez de Control de Garantías en el sistema acusatorio Penal*, editado por el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Colombia. 2006.

Aragoneses, Pedro, *Procedo y derecho procesal*, Madrid, Aguilar, 1960, p. 810., Cit., por Marroquín Zaleta, Jaime Manuel, Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo, México. Porrúa. 1998, p. 96 Herman Petzold, Perniam, *El problema de la subsunción y la argumentación jurídica*, Revista Facultad de ciencias jurídicas y políticas, Universidad central de Venezuela Caracas, 1997.

Aristóteles: *Ética Nicomaquea*; traducido por Gómez Robledo, Antonio 5ª, ed. Edit., Porrúa, S.A. Colección "Sepan Cuantos". México. 1973

---

Arriaga Valenzuela, Luis *Sistema de Procuración de Justicia y Derechos Humanos*. El Cotidiano, México. 2008.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero Juan; *Las piezas del Derecho*, editorial Ariel Derecho, Barcelona. 1996.

Atienza, Manuel, “*Curso de Argumentación Jurídica*”, editorial Trotta, España. 2013.

Aulis Aarnio, *Reglas y Principios en el razonamiento jurídico*. La tesis de la demarcación fuerte vs. La tesis de la demarcación débil, Revista Dura lex. 2012.

Barberis, Julio, “*Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional*”, Revista IIDH, Buenos Aires. vol. 14.

Barrena Alcaraz, Adriana E. y otros. *Diccionario Jurídico Mexicano Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México, 1994.

Baytelman Andrés y Duce Mauricio j, *Litigación penal, juicio oral y pruebas*, Editorial Fondo de cultura económico de España, España. 2007.

Beladiez Rojas Margarita; *Los Principios Jurídicos*, editorial Aranzandi, España. 2010.

Bernal Pulido, Carlos al traducir el Epílogo a la “*Teoría de los derechos fundamentales*” Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 2004.

Bernal Pulido, Carlos, “*Consideraciones acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexy*”, en *La ponderación en el Derecho*, Eduardo Montealegre (coord.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2008.



---

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2 Ed., Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Bernal Pulido, Carlos. “*La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*”. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel. Colombia. 2010.

Bertrand Mathieu, *Derecho Constitucional, Constituciones y Principios*, Proporcionalidad como principio. (En línea: 27 agosto 2013) Disponible en:  
<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/es/g9htm>.

Cabanellas, Guillermo. *Repertorio jurídico de principios generales del derecho*, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. 4ª. Edición ampliada por Ana María Cabanellas. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1992.

Cabronell, Miguel. *Argumentación Jurídica. Proporcionalidad y Ponderación*. Editorial Centro de estudios Carbonell. México. 2014.

Carbonell, Miguel, “*Argumentación Jurídica*”, editorial centro de estudios Carbonell, México. 2014.

Carbonell, Miguel y Grandez Castro. *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional Ediciones palestra. Lima. 2010.

Cárdenas Gracia Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, editorial Porrúa, 2014.

---

Carlos de Miguel y Alonso. *El principio de la inmediación en el sistema formal de oralidad*. (En línea: 31 de agosto de 2013). p. 791-799. Disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art12.pdf>.

Cordero Sánchez Olga Ministra SCJN, conferencia “*Problemas Éticos-Jurídicos contemporáneos*, 27 de marzo de 2001.

Cubas Villanueva, Víctor, *Principios del proceso penal en el nuevo Código Procesal penal*. Artículo publicado por Derecho Sociedad. (En línea: 134 de agosto de 2013) disponible en:

<http://bolg.pucp.edu.pe/item/23860/principiosdelprocesopenalenelnuevocodigopenal>.

De León Villalba, Francisco Javier. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: Sentido y alcance del principio “ne bis in ibídem”*. Bosch. Barcelona, 1998.

Estrada Lechuga, Ciro. *Medios de Control de la Constitucionalidad*. México. 2007 (En línea: 19 septiembre 2013). Disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1459/2.pdf>.

Gamas Torruco José, *Derecho constitucional mexicano, Teoría de la Constitución. Origen y desarrollo de las Constituciones mexicanas. Normas e instituciones de la Constitución de 1917*, Porrúa, Edición: 1, Fecha de Publicación: 2001, México.

García Amado, Juan Antonio, Atienza Rodríguez, Manuel. *Un debate sobre la ponderación*, Palestra editores, Editorial Temis, Lima-Bogotá 2012.

García Ramírez, Sergio, *Derecho Penal, Los Principios Penales Fundamentales*, IJ-UNAM. México 1990.

---

Grappsonno Nicolás y otros. *La defensa en el Juicio Oral*. Editorial Gowa Argentina 2001.

Grego Díaz, Antonio, K. Marx y L. Wittgenstein. *Elementos para una teoría socio psicológica del conocimiento*. Madrid. 2003. (En línea: 08 de agosto de 2014), disponible en: <http://biblioteca.ucm.es/tesis/psi/ucm-t26728.pdf>.

Guastini Ricardo, *Estudios de Doctrina Constitucional*, Iij-Unam, distribuidores Fontorama, México 2001.

Habermas, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen, Fráncfort del Meno*, Suhrkamp (1994), traducción española por David García Pazos y Alberto Oehling de los Reyes, Editorial Fernández Segado Francisco. Madrid. 2003.

Herman Petzold, Perniam, *El problema de la subsunción y la argumentación jurídica*, Revista Facultad de ciencias jurídicas y políticas, Universidad central de Venezuela. Caracas. 1997.

J.J. Moreso, C. Redondo y P. Navarro, *Licons de filosofía del Dret*, Publicaciones de la UOC, Barcelona 1998.

Jimmy Wales, *In dubio pro reo*, (En línea: 07 agosto de 2013) disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/indubioproreo>

Joseph Raz, *Value, Respect and Attachment*, Cambridge University Press, Capítulo IV. Traducción al castellano de María Bergas Ferriol, en prensa en la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001.

Lopera Mesa, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

---

Maiyer, B. J. *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (Ne bis in Ibidem)*. Doctrina penal no. 35 SCJN. México 1986.

Mejía Mejía Álvaro Hernán, *Instituciones Jurídicas Romanas*. México. 2009. (En línea: 03 de agosto de 2013), disponible en:

<http://institucionesjuridicasromandas.blogspot.mx/2009/08/00161-clasificaciondelderecho.html>

Moreso, José Juan, “*Conflictos entre principios constitucionales*”, en *Neoconstitucionalismo*, Miguel Cabonell. Editorial Trotta. Madrid. 2003.

Moreso/Redondo/Navarro, pp. W.B. Gallie, (1955-1956), “*Essentially Contested Concepts*”, *Proceedings fo the Aristotelian Society*, vol. LVI, pp. 167-198; I. Lifante, (1999), *la interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea sobre conceptos jurídicos indeterminados*, Madrid.

Nataren, Carlos y Caballero. *Principios del Proceso Penal y Acusatorio*. (En línea: 18 de agosto de 2013) p. 1-76, disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx.libros/7/3227/3.pdf>

Nieto Martín Adán. *Fundamentos Constitucionales del Sistema Europeo de Derecho Penal*, Editorial Departamento público de derecho y negocios. Universidad de Castilla la Mancha. España.

Ore Guardia Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, editorial Academia de la magistratura, Perú 1999.

Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo. “*Análisis económico del derecho y política criminal*”. *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Grijley, Lima, No. 6, 2005.

---

Bonorino Ramírez, Pablo Raul. “*Respuestas correctas. La débil tesis del sentido común*”, Anuario de Filosofía del Derecho, 2001, p. 237-254. (En línea: 8 de marzo de 2014) disponible en: [www.uv.es/mariaj/razon/razonamientoold/temas.pdf](http://www.uv.es/mariaj/razon/razonamientoold/temas.pdf)

Preciado Hernández Rafael, *Artículo 14 Constitucional y los Principios Generales del Derecho*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 1969.

Quiroz Acosta Enrique; libro: *Teoría de la Constitución*, Porrúa, 3ª Edición, México 2005.

Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica Principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, Editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Cromo editores, S.A. de C.V., México, D.F.

Sánchez Gil, Rubén, *El principio de la proporcionalidad*, IIL-UNAM, México 2007.

Suprema Corte de la Justicia de la Nación, *Principios rectores del sistema acusatorio* (En línea: 10 de septiembre de 2013) disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal//sites/default/files/lecturas/principios%20rectores%20del%20sistema%20acusatorio.pdf>

Uribe Arzate, Enrique; *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Principios Constitucionales y la Reforma de la Constitución*. IJ-UNAM. México. 2011.

Vázquez Rossi Jorge E, *Defensa Penal*, Buenos Aires Argentina. 2006.

Vázquez Rossi Jorge E., *Defensa penal*, Editores Rubinzal-Colzoni, Buenos Aires Argentina. 2006, p. 96-97, Principio de buena fe-Teoría General. Facultad de Derecho. (En línea: el 25 de noviembre de 2014), disponible en: <https://sites.google.com/site/jesusantoniocamposua/principios-eticos>

---

Yee Romo Carlos Vidal. *Principio de Legalidad*; hacia una cultura de respeto al orden jurídico vigente. Consultado agosto 2013. México.

Zaffaroni Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2005.

Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal*, Parte Parte General, Ediar Temis. Buenos Aires, 2000.

Zaffaroni Raúl y otros. *Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires, 2002, p.37-54  
Zagrebelsky, Gustavo, García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neo constitucionalista al derecho a través de los derechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

Zepeda Lecuona, Guillermo: *Principio de Publicidad y Derecho a la información en la Averiguación Previa en México*. Ifai. Agosto 2006.

## II.- FUENTES HEMEROGRAFIAS

Aponte Cardona Alejandro. *Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal*. 2da Edición. Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa. Escuela "Rodrigo Lara Bonilla". Imprenta Nacional de Colombia. Colombia. 2008.

Alexy, Robert, "*Constitutional Rights, Balancing and Rationality*", *Ratio Juris*.

---

Alexy Robert. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Revista española de derechos constitucional, issn 211-5743, año # 31. Numero 91.2011. p. 11-29. (En línea: 08 de agosto de 2014) Disponible en:  
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Madrid. 1993.

Aulis Aarnio, *Reglas y Principios en el razonamiento jurídico*. La tesis de la demarcación fuerte vs. La tesis de la demarcación débil, Revista Dura lex. 2012, p. 593.

Bernal Pulido, Carlos, *Estructura y límites de la ponderación en Doxa*, no. 26, Alicante, 2003.

Dávalos Morales, José, “*Los principios generales del derecho en la interpretación del derecho del trabajo*”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado No. 38.

Como ejemplo y en la misma línea de Moreso. Bayón, Juan Carlos, “*¿Porqué es derrotable el razonamiento jurídico?*”, *Doxa*, 24, 2001, p. 35-62.

Con un análisis de la jurisprudencia constitucional española.

Schneider (*State interest analysis in Fourteenth amendment “privacy” law*), cit. por Pablo Lucas Murillo de la Cueva. *El derecho a la intimidad*. En: “Revista Jurídica del Perú”. Trujillo, año XLVIII, No 14 (ene-mar 1998) p.92

sin autor establecido, EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM, [En línea: 27 agosto de 2013], disponible en:

<http://www.scjn.gob.mx/transparencia/lists/becarios/attachments/10/becarios010.pdf>

### III. FUENTES JURISPRUDENCIALES

Análisis constitucional. Su intensidad a la luz de los principios democrático y de división de poderes”, tesis 1ª./J. 84/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, noviembre de 2006, t. XXIV, p. 29.

Solución de eficiencia económica realizada cuando en cierta situación “Ya no puede ser que una persona esté mejor sin empeorar la condición de otra”, denominada así en honor del economista italiano Wilfredo Pareto, el primero en desarrollar esta idea. Cfr. WONNACOTT, Paul y WONNACCOTT, Ronald, Economía, 4ª. ed. trad. del equipo de profesores del Departamento de Organización de Empresas de la Universidad de Cataluña, Madrid, McGraw-Hill, España. 2001, p. 548 (n. del T.) STC N° 6712-2005-HC/TC. Lina Caso Magali Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.

Tesis Aislada (constitucional), Décima Época, 1ª Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo 2, octubre 2013, pág. 1052. Registro 2004712. Amparo en revisión 202/2013. 26 de junio de 2013. Mayoría de cuatro votos, disidente: José Ramón Cossio Díaz, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valadez.

#### **IV.- CASOS JUDICIALES**

C-1410 de 2000, Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. M.P. Fabio Morón Díaz

BverfGE 7, 198 (210).

BverfGE 7, 198 (211). Sentencia. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad



---

BverfGE 86, 1

BverfGE 86, 1

BverfGE 95, 173.

Tribunal de control y enjuiciamiento en el Estado de Durango, causa 263/2015 agosto de 2015.

Tribunal de control y enjuiciamiento en el Estado de Durango, causa 293/2015 abril de 2015.

Tribunal de control y enjuiciamiento en el Estado de Durango, causa 908/2014 diciembre de 2014.

## V.- FUENTES ELECTRONICAS

[http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_1.2.1.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.1.pdf) consulta de internet,  
<http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-internacional-publico/parte-5-la-cooperacion-internacional/23-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-ii>  
realizada (En línea: 18 de enero de 2016)

Palais de la cour de justice boulevard Konran Adenauer Kirchberg L295. Luxemburgo  
(En línea: 10 diciembre de 2013), disponible en:

[http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_es.htm)

<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-04/rp.es.pdf>

Consulta de internet, <http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-internacional-publico/parte-5-la-cooperacion-internacional/23-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-ii>;(En línea: 18 de enero de 2016)

## **VI. FUENTES LEGISLATIVAS.**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Nacional de Procedimiento Penales

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Constitución Colombiana.