



Boletín mexicano de derecho comparado

ISSN: 0041-8633

ISSN: 2448-4873

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Rojas Valdez, Eduardo

El control de convencionalidad como instrumento para integrar tipos penales: su viabilidad a partir del principio de legalidad*

Boletín mexicano de derecho comparado, vol. LII,
núm. 156, 2019, Septiembre-Diciembre, pp. 1599-1635
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.156.15164>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42771680011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNAM
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO PARA INTEGRAR TIPOS PENALES: SU VIABILIDAD A PARTIR DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD*

CONTROL OF CONVENTIONALITY AS AN INSTRUMENT TO INTEGRATE CRIMINAL OFFENSES: ITS VIABILITY CONSIDERING THE PRINCIPLE OF LEGALITY

Eduardo ROJAS VALDEZ*

RESUMEN: El control de convencionalidad ha cobrado relevancia como mecanismo de garantía de los derechos humanos; sin embargo, sus alcances aún no han sido completamente delimitados. En este trabajo se analiza si a través de este mecanismo hermenéutico es posible, tomando en consideración el principio de legalidad, ampliar tipos penales a fin de ajustarlos a los estándares internacionales.

ABSTRACT: *Control of conventionality has become relevant as a mechanism to guarantee human rights. However, its extent has not yet been clearly delimited. This paper aims to analyze the possibility of this hermeneutic mechanism to broaden the scope of criminal offenses in order to adjust them to international standards, taking into consideration criminal legality.*

Palabras clave: control de convencionalidad, legalidad penal, derechos humanos, tipo penal, justicia por encima de la ley.

Keywords: *control of conventionality, criminal legality, human rights, criminal offense, justice above the law.*

* Artículo recibido el 18 de mayo de 2018 y aceptado para su publicación el 9 de septiembre de 2019. Este artículo corresponde esencialmente al trabajo presentado para obtener el grado de máster en “La protección constitucional y en el sistema interamericano de derechos fundamentales”, impartido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Universidad Complutense de Madrid, el cual fue dirigido por el doctor Sergio García Ramírez, a quien agradezco el tiempo invertido en la revisión de este trabajo, así como su apoyo constante y su ejemplo de generosidad y entrega. Igualmente, agradezco al doctor Javier Dondé Matute por sus valiosas observaciones.

** ORCID: 0000-0002-0979-0120. Profesor de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: eduardo.rojasv@hotmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1599-1635.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. III. *El principio de legalidad penal*. IV. *La justicia por encima de la ley, la relativización del principio de legalidad frente a los crímenes de Estado y la reivindicación de los derechos de las víctimas*. V. *El principio de legalidad penal “atenuado” en el sistema europeo de protección de los derechos humanos*. VI. *Un precedente limitado en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. VII. *La posibilidad de integrar tipos penales en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. VIII. *La reserva de ley en relación con los tratados internacionales*. IX. *El principio de legalidad penal como límite del control de convencionalidad*. X. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

En los Estados constitucionales, la vinculación entre el derecho penal y los derechos fundamentales resulta evidente. Por un lado, el poder punitivo se encuentra limitado precisamente por una serie de derechos, de tal suerte que aquél no pueda ser ejercido de manera arbitraria o irracional. Por otro lado, la tutela de los derechos fundamentales por medio de las normas penales también es una muestra de esta estrecha relación. Al final del día, el principal contenido de los bienes jurídicos corresponde a los derechos humanos. En este sentido, como consecuencia del deber de los Estados de garantizar los derechos humanos, se desprende la sanción a graves violaciones de estas prerrogativas. De ahí la existencia de tipos penales, como la tortura o la desaparición forzada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido en la necesidad de ajustar determinados tipos penales a los estándares internacionales, con miras a que la persecución de esos delitos comprenda ciertas líneas de investigación y, eventualmente, se puedan concretar responsabilidades y asignar las sanciones que permitan dar cuenta de la gravedad de dichas acciones.¹

¹ Por mencionar un ejemplo, en la sentencia de fondo del caso Rosendo Radilla, se determinó que México había incumplido con el deber de adoptar medidas de carácter interno en relación con el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. La Corte Interamericana estimó que el tipo penal contenido en el artículo 215-A del Código Penal Federal no se ajustaba al artículo II del último instrumento mencionado, lo cual tuvo efectos en la actuación de las autoridades encargadas de la investigación y procesamiento

La pregunta que intenta responder el presente trabajo es si es posible valerse del control de convencionalidad para integrar una descripción típica prevista en la legislación nacional a partir de estándares internacionales, siempre que con ello se alcance un régimen de protección más amplio de los derechos fundamentales. En el caso comentado, se trataría de una interpretación extensiva de un tipo penal a partir de la aplicación directa de una norma de fuente internacional —al menos parcialmente—, bajo la consideración de que todas las autoridades, y no sólo el Poder Legislativo, están obligadas a velar por el cumplimiento de los derechos humanos.

Empero, dicha operación podría entrar en conflicto con el principio de legalidad en materia penal, que exige que toda descripción típica, así como toda punibilidad asociada, se hallen única y exclusivamente en la ley penal, principio que también es un derecho fundamental.

Hasta el momento no se tiene conocimiento de una autoridad que haya ejercido el control de convencionalidad para los fines planteados; sin embargo, se partirá de esta hipótesis, con el objetivo de verificar si el control de convencionalidad y, por tanto, el efecto útil de los estándares internacionales, debe prevalecer sobre el principio de legalidad, o si, por el contrario, dicho principio constituye un límite a este mecanismo hermenéutico.

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En términos generales, el control de convencionalidad es el examen de compatibilidad entre un acto de autoridad y un acuerdo internacional. En el ámbito interamericano, este mecanismo hermenéutico tiene por objeto asegurar la vigencia de los derechos humanos contenidos en los diversos instrumentos que comprenden el *corpus iuris* del sistema.

Es posible distinguir dos tipos de control de convencionalidad según el órgano que lo ejerza. Así, se habla de control externo o concentrado al examen realizado por la Corte Interamericana, y control interno o difuso cuando éste es efectuado por los jueces u otras autoridades domésticas.

de la desaparición de Rosendo Radilla. Cfr. caso *Radilla Pacheco vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párrs. 315-324, 343 y 344.

El primero corresponde a la función esencial de la Corte Interamericana, cual es pronunciarse sobre la compatibilidad de las acciones y omisiones de los agentes estatales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados respecto de los cuales cuenta con competencia material (véase García Ramírez 2011, 2 y ss.; Ferrer Mac-Gregor 2012, 368 y ss.).

El control difuso o interno es la labor interpretativa desplegada por las autoridades nacionales al contrastar los diversos actos de ejercicio del poder público con los instrumentos internacionales. La doctrina referente a este instrumento ha sido desarrollada principalmente por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y desde su primera aparición se ha concebido como un mecanismo para fortalecer la aplicación efectiva de los derechos humanos de fuente internacional al interior de los Estados parte del sistema interamericano.

La primera mención al término “control de convencionalidad” se ubica en el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003. En ese momento, el entonces juez usó el concepto para denominar a la actividad jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no a la de los jueces estatales. Así, en el párrafo 27 del voto mencionado se estableció:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

García Ramírez continuó refiriéndose al control de convencionalidad en posteriores votos razonados,² hasta el 6 de septiembre de 2006, cuando

² Me refiero a los votos que acompañaron las sentencias emitidas en los casos *López Álvarez vs. Honduras*, del 1o. de febrero y *Vargas Areco vs. Paraguay*, del 26 de septiembre, ambas de 2006.

el pleno de la Corte Interamericana acogió el concepto en la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en esta ocasión para referirse al control difuso.

El tribunal internacional consideró que un Estado no sólo es responsable por la emisión de leyes inconventionales, sino también por su aplicación, puesto que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”.³ En este sentido, la Corte estableció la obligación de los jueces nacionales de asegurarse que las leyes que resulten contrarias a la Convención Americana no sean aplicadas. En palabras de la Corte:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁴

Como es posible apreciar, en ese momento la Corte hizo alusión a “una especie de control de convencionalidad”. Sin embargo, el 24 de noviembre de 2006, al resolver el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, el referido tribunal internacional estableció que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad»”. Asimismo, justificó este

³ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 123.

⁴ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124.

control en el deber de garantizar el efecto útil de la Convención Americana, y estableció que debía ejercerse *ex officio*, es decir, sin necesidad de que medie invocación expresa de los accionantes. No obstante lo anterior, también se agregó que el control de convencionalidad debe operar “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, debiendo considerar “otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia”.⁵

Este estándar sería repetido sin variaciones en diversas sentencias hasta el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, resuelto el 26 de noviembre de 2010, en el que amplió la sujeción de la obligación de ejercer el control de convencionalidad a los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”.⁶ En la sentencia correspondiente al caso *Gelman vs. Uruguay*, se atribuyó a las “instancias democráticas”; es decir, a los cuerpos legislativos de representación popular. La Corte agregó que este mecanismo “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.⁷ En la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia pronunciada en el caso *Gelman vs. Uruguay*, del 20 de marzo de 2013, la Corte aseveró: “todas la autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana”.⁸

La Corte se había referido a la obligación de realizar un control de convencionalidad usando como parámetro a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; empero, en el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, se estableció que el control debía efectuarse entre “las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado”,⁹ con lo cual se amplían considerablemente las normas que servirán como referencia de este control. También ha sido criterio constante

⁵ Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párr. 128.

⁶ Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párr. 225.

⁷ Caso *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 239.

⁸ Caso *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2013, párr. 66.

⁹ Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C, núm. 250, párr. 262.

que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana es parte del referente que deben tomar los jueces nacionales.¹⁰

Es importante tener en cuenta que la Corte ha reiterado que este control deberá ejercerse en el marco de las competencias y regulaciones procesales correspondientes. Por otra parte, de la jurisprudencia de la Corte se desprende que los Estados son los únicos que pueden determinar si adoptan un régimen de control difuso o concentrado de constitucionalidad,¹¹ por lo que cabe preguntarse cómo una autoridad puede ejercer el control de convencionalidad si no está facultada para inaplicar normas o para pronunciarse sobre la constitucionalidad o legalidad de un acto de autoridad.

Una de las explicaciones más consistentes al respecto la ha brindado Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su voto particular en el caso *Cabrera García y Montiel vs. México*, que después complementaría en su artículo “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en el cual refiere que la aplicación del control de convencionalidad supone diversos grados de intensidad.

El grado más intenso corresponde a la declaración de invalidez con efectos *erga omnes*, facultad que comúnmente está reservada a las cortes supremas o de constitucionalidad. En un segundo nivel se ubica la inaplicación de la norma inconvencional únicamente en el caso concreto. Finalmente, se encuentra la interpretación conforme, que consiste en la armonización entre la norma interna y la de origen internacional, de tal manera que se descarten aquellas interpretaciones que resulten contrarias al parámetro de convencionalidad, optando por aquella que sea más protectora para el derecho en cuestión (Ferrer Mac-Gregor 2012, 358-386).

De esta forma, cuando una autoridad no sea competente para inaplicar normas, siempre podrá realizar una interpretación convencional de éstas. Incluso cuando un órgano pueda inaplicar una norma, primero debe tratar de armonizar la disposición nacional con la normativa internacional, y sólo en aquellos casos en los que esta operación sea imposible, la norma deberá dejarse sin efectos, ya sea de forma particular o general (343-387).

¹⁰ Así, por ejemplo, en caso *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, *cit.*, párr. 193.

¹¹ “La Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”. Caso *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de enero de 2014, serie C, núm. 276, párr. 124.

El control de convencionalidad es un instrumento que innegablemente ha contribuido y contribuirá a la protección de los derechos fundamentales, pero que también ha generado gran incertidumbre sobre sus alcances. No sería la primera vez que las buenas intenciones sean insuficientes y que un mecanismo, en principio garantista, tenga efectos contraproducentes. En el siguiente apartado se analizará brevemente un principio de raigambre profunda en un sistema jurídico: la legalidad penal.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

El derecho penal es la intervención estatal más rigurosa a la que puede estar sometido el individuo, ya que afecta sus bienes jurídicos más sensibles. En tiempos actuales, en los que el poder exige mayores espacios y la justicia penal pretende sustituir a la social, es común reivindicar ideas sobre el derecho penal liberal —que también ha sido denominado mínimo, garantista, ilustrado—. Se habla de un derecho punitivo acotado a su espacio legítimo a través de una serie de derechos, garantías y principios que pretenden encauzar el ejercicio del *ius puniendi* por la vía de la razón.

Entre estos mecanismos de contención se encuentra el principio de legalidad, que ordena que la ley penal establezca con claridad y precisión los supuestos y alcances de punición. En otras palabras, a ninguna persona puede imponérsele pena alguna que no esté previamente establecida en una ley general, tras la realización de una conducta que también debe estar descrita claramente en la ley vigente al momento de la comisión del hecho.

El principio de legalidad fue invocado por los pensadores de la Ilustración e incorporado en las Constituciones a partir de los últimos años del siglo XVIII, como una demanda de seguridad y como un freno al arbitrio judicial;¹² sin embargo, hoy se considera que este principio tiene un alcan-

¹² Cesare Bonesana ([1764] 2006, 218), marqués de Beccaria, quien con su célebre obra *De los delitos y de las penas* establecería muchas de las bases del derecho penal liberal que hasta hoy siguen vigentes; sostenía desde el siglo XVIII: “La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena

ce más amplio. Se trata de un límite al poder sancionador del Estado, en la medida en que su función esencial es impedir que la potestad punitiva se ejerza de forma caprichosa, desmedida e incontrolada.

Esta máxima tiene una fundamentación democrática, que exige que sólo el Poder Legislativo, como representante de los integrantes de la sociedad, esté legitimado para establecer restricciones a los derechos de las personas con base en la descripción abstracta de conductas típicas (Arroyo Zapatero 1983, 11 y 12). Sólo los individuos pueden imponerse a sí mismos límites a su libertad. A lo anterior, Rosario de Vicente (2004, 37) agrega que la ley penal sirve como una garantía de igualdad, puesto que su formulación general y abstracta permite su aplicación de forma imparcial y objetiva.

Empero, como advierte Arroyo Zapatero (1983, 15), la explicación democrática no alcanza a fundamentar el principio de legalidad, puesto que el legislador puede estimar conveniente construir tipos a partir de fórmulas indeterminadas o con términos ambiguos que no ofrecen la garantía de seguridad que desde su origen ha pretendido brindar el principio de legalidad. Por consiguiente, la legalidad no puede ser entendida únicamente como un límite al Poder Judicial, sino también al Poder Legislativo, que debe elaborar descripciones típicas claras y precisas; es decir, taxativas.

En consecuencia, la ley penal, por paradójico que sea, sirve como una garantía de libertad, toda vez que opera como un marco fuera del cual ninguna persona puede ser molestada en su esfera de derechos, teniendo la certeza de que mientras se abstenga de cometer una conducta contenida en dicho marco puede actuar libremente. El derecho penal busca proteger al delincuente, al impedir que se le imponga una reacción que vaya más allá de la determinada previamente por la ley penal. Así, el derecho penal constituye lo que Franz von Liszt ([1881] 2003, 65) denominó la “*Magna Charta* del delincuente” o “la barrera intransgredible de la Política criminal”. No obstante, el derecho penal no sólo protege a los condenados penalmente, sino que sirve como garantía de libertad para todos los individuos, en la medida en que brinda certeza sobre las conductas que pueden ser legítimamente realizadas.

adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”. Para un estudio sobre las ideas de este autor, véase García Ramírez (2014, 61-64).

El principio de legalidad en materia penal tiene presencia en la tipificación de conductas y en el establecimiento previo de penas, en el enjuiciamiento y en la ejecución penal. En todos estos momentos de intervención, las autoridades deben ajustarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Son consecuencias concretas de este principio: 1) la reserva de ley, según la cual la fuente de tipos penales se reduce al proceso legislativo, lo que significa que las fórmulas típicas deben estar contenidas en una ley desde el punto de vista formal y material; 2) la exigencia de taxatividad, que implica que la descripción de conductas típicas sea lo suficientemente precisa y clara, a fin de poder determinar el ámbito de aplicación de los tipos penales, y 3) la proscripción de interpretar de forma extensiva la norma punitiva y de aplicarla analógica y retroactivamente en perjuicio de las personas.

A partir de todo lo anterior, el brocardo *nullum crimen sine lege*, acuñado por Feuerbach, puede ser reformulado como *nullum crimen sine lege scripta* (reserva de ley), *certa* (taxatividad), *stricta* (prohibición de interpretaciones extensivas y de aplicación analógica en perjuicio) y *praevia* (prohibición de retroactividad en perjuicio).¹³ Es importante aclarar que en otros sistemas jurídicos que no pertenecen a la familia neorromanista, el principio de legalidad penal no posee el mismo imperio.¹⁴

¹³ Sobre el principio de legalidad penal *cf.* Jiménez de Asúa (1964, 379 y ss.); Cárdenas Riosco (2009, 27-98); Roxin (1997, 134-176); Hassemer (1984, 313 y 314); Huerta Tocildo (1993, 87-112); Muñoz Conde y García Arán (2010, 102-120); Zaffaroni (2016, 88-100); Zugaldía Espinar (2010, 111-143); Gallardo Rosado (2009, 35-103), y García Ramírez (2015, 34-39).

¹⁴ Por lo que hace al derecho comparado, en los sistemas jurídicos a los que se les identifica como parte de la familia del *common law* no se asume el principio de legalidad de una manera tan estricta como en los pertenecientes a la familia neorromanista, toda vez que la jurisprudencia ha sido un mecanismo de creación normativa mucho más presente, incluso para crear tipos penales. Por ejemplo, en Inglaterra se considera que el Parlamento es el órgano legitimado para establecer tipos y punibilidades; empero, de forma excepcional, los jueces han ampliado las descripciones delictivas. Actualmente en Sudáfrica los jueces ya no pueden crear delitos; sin embargo, en el pasado esta facultad era ejercida por medio de precedentes jurisprudenciales. Durante muchos años se atribuyó a la Corte Suprema de Escocia —país cuyo sistema jurídico es de carácter mixto— la facultad de declaratoria, que consistía en incriminar conductas que a pesar de no estar asociadas a una pena según una ley emitida por el Parlamento se les consideraba sumamente inmorales o evidentemente maliciosas, por lo que cualquier persona estaba

El derecho fundamental a la legalidad penal se halla previsto en los artículos 14 y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹⁵ XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,¹⁶ 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷ y 9o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

IV. LA JUSTICIA POR ENCIMA DE LA LEY, LA RELATIVIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE A LOS CRÍMENES DE ESTADO Y LA REIVINDICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

El principio de legalidad constituye el gran estandarte del Estado de derecho; con base en esta máxima se constriñe a las autoridades a realizar sólo aquello que les está expresamente permitido por el ordenamiento jurídico, y se demanda que toda restricción a los derechos esté prevista en una ley. Se pretende certeza en relación con el actuar de los órganos públicos, que deben operar estrictamente dentro del marco del ordenamiento jurídico.

Bajo este modelo, se pensaba innecesario imponer límites al Legislativo, ya que los Estados de derecho se han acompañado de regímenes democráticos en los que se concibe que la población es la auténtica titular de la soberanía, y, por tanto, la encargada de tomar las decisiones políticas fundamentales. En este sentido, resultaba ilógico que la propia población, por conducto de sus legítimos representantes, adoptara leyes autoritarias y perjudiciales para sí misma. La ley era una caja vacía que podía ser llena con los más diversos contenidos (Ferrajoli 2006, 16).

en aptitud de reconocer que dicha conducta era contraria al orden social. *Cfr.* Dondé Matute (2007, 38-231).

¹⁵ “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

¹⁶ “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 pre-existentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.

¹⁷ “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá 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”.

La Segunda Guerra Mundial supuso un quiebre, que puso en duda la racionalidad y suficiencia de la ley.¹⁸ Diversas atrocidades generadas en el holocausto y como producto de las dictaduras presentes en diversas latitudes tuvieron soporte en el ordenamiento jurídico —sin desconocer la existencia de los sistemas ilegales que operan paralelamente al autoritarismo “legal”—. Fue entonces cuando se entendió que la mera existencia de un ordenamiento jurídico no bastaba para alcanzar la protección de los individuos, quienes reclamaron su lugar legítimo como fin esencial del Estado. Estas ideas dieron pie a la construcción del Estado constitucional. Bajo este modelo, se exige que las normas cumplan ciertos contenidos identificados con los derechos fundamentales y otros principios. Así, el parámetro de validez del sistema jurídico deja de ser estrictamente formal y reviste un carácter sustancial (Ferrajoli 2004, 19-22; 2011, 355-358 y 885-886; y 2006, 18).

Desde diversas trincheras, se ha hecho un llamado para que la ley ceda ante las exigencias de justicia. Gustav Radbruch (1971, 13), crítico de los excesos de su época, adujo:

...la seguridad jurídica no es el único, ni siquiera el valor decisivo que tiene que realizar el Derecho. Al lado de la seguridad jurídica hay otros dos valores, que son el de la utilidad y la justicia... Cuando hay un conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, entre una ley que falla en su contenido, pero que es positiva, y un Derecho justo, pero que no ha adquirido la consistencia de una ley, estamos en realidad ante un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre la justicia aparente y la verdadera.

Por lo que sostuvo: “allí donde la injusticia del derecho positivo alcanza tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el derecho positivo deberá ceder el paso a la justicia” (1978, 44).

Con base en estas ideas, se ha demandado sancionar a los responsables de comportamientos que en principio no eran punibles, o que incluso

¹⁸ Gustavo Zagrebelsky (2011, 106) señala: “Auschwitz es un suceso bivalente. Nos muestra lo que nunca debió haber sucedido de acuerdo con la idea que tenemos nosotros mismos, pero nos muestra qué sucedió. Y sucedió porque así lo quisieron los propios hombres. En la naturaleza humana hay horror por Auschwitz, pero en ella están también las causas que lo produjeron”.

hallaron fundamento en el ordenamiento jurídico vigente al momento de realizarse, pero que se consideran hechos contrarios a todo sentido de humanidad. El caso paradigmático es el de los juicios de Núremberg, llevados a cabo ante un tribunal creado ex profeso para castigar a los dirigentes del movimiento que desencadenó el holocausto. El tribunal aplicó las penas asociadas a los delitos contenidos en su Estatuto, que evidentemente fue emitido con posterioridad a los hechos juzgados, razón por la cual diversos tratadistas han cuestionado la compatibilidad de la operación de ese tribunal con el principio de legalidad.¹⁹ A pesar de que para la determinación de las conductas que eran competencia material del tribunal se tomaron como base algunos instrumentos internacionales, las sanciones a imponer fueron establecidas de forma posterior.

En todo caso, el tribunal concluyó que el principio de legalidad no era atendible en el caso particular, en la medida en que “La máxima *nullum crimen sin lege* no es un límite a la soberanía, sino, en general, un principio de justicia”, y como tal no puede ser un freno para sancionar actos evidentemente inhumanos, pues lo injusto sería no sancionarlos. Asimismo, estimó que el tribunal operaba de forma similar a como lo hacían los jueces de los Estados cuyo sistema correspondía al *common law*, en el que los delitos eran establecidos por medio de precedentes judiciales (Dondé Matute 2007, 375-380).

En su momento, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ordenó la creación de tribunales especiales —a través de un uso cuestionable de sus facultades— para juzgar a los responsables de los eventos ocurridos en la ex-Yugoslavia y en Ruanda, que implicaron la muerte de miles de personas. Aun cuando en la jurisprudencia de estos tribunales se ha desarrollado la vigencia del principio de legalidad, los estatutos que determinaron su competencia material, incluyendo las sanciones a imponer, fueron emitidos con posterioridad a los eventos sobre los cuales estaban llamados a pronunciarse (García Ramírez 2012, 36; Gallant 2012, 330). Por supuesto, es necesario no pasar por alto la trascendencia de la costum-

¹⁹ Una dura crítica ha sido proferida por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (2000, 64-65), quien definió a los juicios de Núremberg como un “ejemplo de venganza oculta tras una parodia de proceso y una simulación de tribunales”. Por otro lado, Kenneth S. Gallant (2012, 337) sostiene que el “crimen contra la paz (por ejemplo, la guerra agresiva) fue creado casi de la nada y, por tanto, el principio de legalidad no fue verdaderamente aplicado en modo alguno”.

bre internacional en la conformación del derecho penal internacional, importancia que ha cedido sobre todo a partir de la emisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Dondé Matute 2015, 67 y ss.).

Un caso más reciente son los fallos emitidos por el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional de Alemania en los primeros años de la década de los noventa, que confirmaron la condena en contra de los centinelas encargados de vigilar el muro que dividía la parte oriental de Alemania, de la occidental, y que privaron de la vida a las personas que intentaban cruzar esta barrera, así como en contra de las autoridades que ordenaron dichos actos, a quienes se consideró autores mediatos, con independencia de que su conducta se encontraba “justificada” en el ordenamiento jurídico vigente.

El Tribunal Constitucional adujo en la sentencia del 24 de octubre de 1996, que a pesar de que el comportamiento de los responsables se encontraba en principio amparado por la normativa vigente, se trataba de un “derecho injusto”, que conculca “de forma muy grave los derechos humanos reconocidos con carácter general en la comunidad internacional” (Alexy 2000, 212 y 213). El Tribunal incluso argumentó, en una clara referencia a Radbruch, que “la contradicción de la ley positiva con la justicia debería ser tan insoportable como para que la ley, en tanto derecho incorrecto, deba ceder ante la justicia”. El Tribunal consideró que “al momento en que fueron cometidos los actos de los peticionantes constituían delitos definidos con suficiente previsibilidad por las reglas del Derecho internacional en materia de protección de los derechos humanos” (Vigo 2008, 145).

Como es posible apreciar, el principio de legalidad ha cedido ante las exigencias de justicia en momentos muy puntuales, que supusieron graves atentados en contra de la humanidad, por lo que, en aras de evitar la impunidad, se prefirió obviar la seguridad jurídica. La idea de remediar injusticias que hallan fundamento legal es lo que da sustento al control de convencionalidad. Se busca realizar, a través de la interpretación de la ley, los ajustes pertinentes, a fin de que las normas sean aplicadas de tal manera que no lesionen derechos fundamentales, y en caso de que ello no sea posible, inaplicarlas.

El problema de realizar tal operación en el derecho penal es que el control de convencionalidad puede entrar en conflicto directo con el principio de legalidad, que exige un nivel de certeza, de tal suerte que una pena sólo sea aplicada cuando se colmen exactamente los extremos de

alguna de las descripciones típicas vigentes al momento de cometerse los hechos delictivos. El control de convencionalidad no entraría en pugna con esta garantía de libertad y de seguridad en caso de que se inaplique un tipo penal por ser contrario a derechos fundamentales, pero sí podría haber conflicto en caso de que por medio de este instrumento hermenéutico se expandan o integren los tipos penales a partir de los estándares internacionales, en aras de tutelar los derechos de acceso a la justicia y a la verdad de las víctimas.

Cabe preguntarse, en consecuencia, si el principio de legalidad penal, que, como ya se vio, comprende, entre otros aspectos, la reserva legislativa, que excluye como fuente de creación de tipos penales a cualquier norma que no sea una ley desde el punto de vista formal, puede verse exceptuado con base en el ejercicio del control de convencionalidad de la norma o si, por el contrario, este principio es un límite para a este mecanismo de interpretación.

Hasta cierto punto, es posible ubicar esta pregunta dentro de una más amplia, que cuestiona si los tratados internacionales que contengan descripciones delictivas pueden ser aplicadas directamente, o cuando menos servir como referentes para integrar los tipos penales vigentes en la ley, bajo la consideración de que las normas de fuente internacional también forman parte de los sistemas jurídicos nacionales y, por ende, tienen la misma vigencia que los códigos penales o las leyes especiales.

El principio de legalidad cumplió la misión de servir a la libertad y a la seguridad; empero, hoy las exigencias de justicia que surgen como reacción frente a ciertas manifestaciones notoriamente contrarias a los principios básicos de las sociedades modernas han visto en este principio un impedimento para imponer responsabilidades y, en consecuencia, una fuente de impunidad.²⁰ Es por ello que se ha sostenido que el

²⁰ En este sentido, Sergio García Ramírez (2012, 220-221) afirma: “Cada alegato tiene su propia raíz y su propia historia. La legalidad fue también libertad y justicia: desde el último tercio del siglo XVIII hasta nuestro siglo. Sin ella, la justicia penal —o la injusticia penal, si se prefiere— hubiera tenido tropiezos más graves y sombras más lúgubres. En nuestros días —y a la vista de los crímenes del siglo XX, que ya pueblan páginas del XXI— la legalidad parece oponer ciertos obstáculos al castigo de los peores delitos. Para sortearlos se echa mano de otro sistema que permite desagravar a la justicia. Una reflexión más cuidadosa y cautelosa —que no olvide la historia: no la de hace dos siglos ni la de 50 años— podría, quizás, aportar una síntesis que concilie la disputa entre tesis y antítesis que todavía campea”.

principio de legalidad debe ser relativizado o transformado. Se sugiere que el axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege* sea sustituido por el de *nullum crimen, nulla poena sine iure*, en donde *iure* abarque cualquier norma de carácter general que pueda satisfacer las necesidades de previsibilidad (Gallant 2012, 343).

La integración de tipos penales vía control de convencionalidad agrega un elemento más al debate: la necesidad de que los derechos humanos prevalezcan por encima de la ley penal. Como ya se mencionó, la falta de adecuación de tipos penales con los estándares internacionales genera problemas en la determinación de líneas de investigación y de responsabilidades, puesto que los procedimientos deben seguirse por otros delitos; por ejemplo, en vez de enjuiciarse a una persona por desaparición forzada, se aplican las normas que prevén el homicidio o el secuestro, lo que no alcanza a dar cuenta de la magnitud de la violación de derechos humanos, o incluso podría abrir una puerta a la impunidad.

Este reclamo de justicia es vigoroso frente a las violaciones de derechos humanos perpetradas por los agentes estatales, pues, sin duda, la gran reacción social frente a estos atentados se justifica en la idea de que las autoridades deben servir y procurar la seguridad de la población. Se les confiere confianza y poder precisamente para que atiendan al bienestar de los individuos; por ello, cuando usan los recursos públicos no sólo para procurar sus propios intereses, sino para ultrajar los derechos de las personas, emerge la demanda de que dichos hechos no queden impunes, incluso cuando sean legales o no sean antijurídicos.²¹

Naucke, en este entendido, afirma que los principios liberales bajo los cuales ha sido construido el derecho penal, que fungen como un límite a la potestad punitiva, tienen aplicación legítima ante la delincuencia común; se trata de una “dogmática de paz”. Empero, estos principios no operan

²¹ Al respecto, Enrique Bacigalupo (2012, 61) sostiene: “La cuestión ha tenido especial relevancia en el campo de los delitos contra derechos humanos valiéndose del Estado, ámbito en el que tiende a imponerse una reducción de las garantías tanto de la *lex scripta* como de la *lex praevia*. La gravedad de los hechos tiene en esta forma de delincuencia un peso especial. Es indudable que se trata de hechos en los que el merecimiento de pena puede estar manifiestamente en pugna con la legalidad formal. En efecto, los ilícitos de Estado contra derechos fundamentales son hechos de la máxima reprobación moral, que, por regla, estaban formalmente «justificados» en el momento de su comisión por la legislación o por las órdenes dadas por funcionarios que actuaban dentro del orden jurídico (illegítimo) de un Estado que, por lo general, era aparentemente de Derecho”.

respecto de los crímenes desplegados por sujetos que usan la organización estatal en contra de los individuos (Bacigalupo 2012, 62).

Un segundo movimiento que debe tomarse en cuenta para entender esta exigencia de relativizar el principio de legalidad penal son las reivindicaciones de los derechos de las víctimas, que han comenzado a negarse a ser concebidas como sujetos pasivos en la justicia penal,²² y demandan, más allá de un deseo de venganza, un real acceso a la justicia.²³

La gravedad de los crímenes de Estado y las exigencias de justicia de las víctimas son dos fenómenos que, de manera conjunta o aislada, han llevado a considerar una relativización, o, más exactamente, una construcción de excepciones en los principios penales. El principio de legalidad sólo es un caso, al cual se puede agregar, por ejemplo, la imprescriptibilidad de graves violaciones de derechos humanos.

Como ya se mencionó, hasta donde tengo conocimiento no existen precedentes sobre el uso del control de convencionalidad que tenga como resultado la ampliación de los tipos penales no ajustados a los estándares internacionales a fin de garantizar los derechos de las víctimas; sin embargo, en los próximos apartados se revisarán algunos criterios emitidos tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, que deben ser contemplados para estar en posibilidad de determinar si esta aplicación del control de convencionalidad es legítima.

²² Luis Rodríguez Manzanera (1998, 299-313) sostiene que los principios penales se erigieron con el objetivo de tutelar al procesado y al sentenciado, lo cual es entendible dados los abusos del sistema penal; empero, ello provocó que el estudio y protección de la víctima pasaran a un segundo plano en el derecho penal. El criminólogo llama entonces a la creación de una rama especializada: el derecho victimal, que deberá caminar al lado del derecho penal sin llegar a confundirse con el mismo, pues el propósito de este último nunca fue proteger a la víctima. Un estudio sobre los movimientos ideológicos que dieron lugar a la reivindicación de la víctima puede ser consultado en Zamora Grant (2014, 23-68).

²³ Jesús-María Silva Sánchez (2006, 46-52) afirma: “En efecto, en este marco se está produciendo un cambio progresivo en la concepción del Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*): de advertirse en él ante todo «la espada del Estado contra el desvalido delincuente» se pasa a una interpretación del mismo como «la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos... Y, así, la concepción de la ley penal como *Magna Charta* de la víctima aparece junto a la clásica de la *Magna Charta* del delincuente; ello, si es que ésta no cede la prioridad a aquélla”.

V. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL “ATENUADO” EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es necesario tener presente que la doctrina del control de convencionalidad ha sido desarrollada principalmente en el seno de la Corte Interamericana, por lo que es obvio que no existe jurisprudencia específica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el tema materia del presente trabajo; sin embargo, el artículo 7o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales contempla el principio de legalidad penal con ciertos matices, por lo que vale la pena analizar determinados aspectos.

El artículo 7.1 autoriza como fuente de tipos penales al derecho internacional, mientras que el numeral 7.2 dispone que “El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”, con lo que, además, en apariencia, admite juzgar penalmente a los individuos con base en los principios generales del derecho.

A esta excepción se le conoce como “cláusula de Nüremberg”, pues tiene como principal finalidad compatibilizar las sentencias pronunciadas con motivo de los juicios a los dirigentes nazis con el Convenio Europeo (Bacigalupo 2012, 60; Gallant 2012, 328). El Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado en el sentido de que el artículo 7.2 no constituye una excepción a los principios de legalidad y de prohibición de retroactividad en perjuicio, puesto que su aplicación atiende a las circunstancias excepcionales que dieron lugar a las normas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, que permitieron juzgar a los responsables de crímenes contrarios a los valores de la comunidad internacional.²⁴

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce a los instrumentos internacionales —al igual que a la jurisprudencia— como fuente del derecho penal, bajo la consideración de que esas normas no pueden

²⁴ Por ejemplo, *asunto Kononov c. Letonia*, Demanda no. 36376/04, 17 de mayo de 2010, párr. 186; caso *Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina*, Demandas 2312/08 y 34179/08, 18 de julio de 2013, párr. 72, y caso de *Vasiliauskas vs. Lithuania*, Demanda 35343/05, 20 de octubre de 2015, párrs. 188-190. Alicia Gil (2010, 146-159) sugiere que el Tribunal de Estrasburgo ha utilizado este precepto en asuntos relacionados con crímenes contra la humanidad no necesariamente relacionados con la Segunda Guerra Mundial.

ser desdeñadas por las autoridades internas, especialmente las relativas a derechos humanos, bastando con que la norma que contenga la fórmula típica tenga la suficiente accesibilidad y previsibilidad.²⁵

En esta tesitura, Susana Huerta Tocildo (2005, 455-458 y 484 y 485) considera que la jurisprudencia desarrollada en el marco del sistema europeo de derechos humanos no coincide con el principio de legalidad previsto en los sistemas jurídicos continentales, por lo que duda que bajo ese estándar la legalidad —la que califica como un principio “debilitado”— pueda cumplir con las funciones de garantía de seguridad y de libertad. En razón de lo anterior, concluye que el nivel de protección del sistema constitucional español, en la medida en que es más amplio, debe prevalecer.

La mencionada cláusula se encuentra prevista igualmente en el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²⁶ mientras que el artículo 15.1 admite al derecho internacional como fundamento de tipos penales. Este instrumento ha sido ratificado por el Estado mexicano; sin embargo, es válido sostener que el estándar nacional es más elevado, toda vez que brinda mayor seguridad jurídica al reducir las fuentes del derecho penal a la ley, lo que favorece la pretendida garantía de libertad. La jurisprudencia no cuenta con la misma estabilidad que las leyes, y sus canales de conocimiento son más especializados. Los tratados internacionales, por otra parte, se construyen mediante fórmulas amplias que pretenden servir de referente a la tipificación penal, pero que por su naturaleza no poseen el mismo grado de exactitud que las leyes domésticas, además de no prever las sanciones correspondientes. En este sentido, con base en el principio pro persona, el estándar constitucional debe prevalecer.

VI. UN PRECEDENTE LIMITADO EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En la sentencia correspondiente al *Amparo directo en revisión 2922/98*, resuelto por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 18 de mayo de

²⁵ Caso *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, demandas 34044/96, 35532/97 y 44801/98, 22 de marzo de 2001, párrs. 87, 88, 89, 103 y 104.

²⁶ “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

1999,²⁷ se admitió la integración del tipo penal contenido en el artículo 195 del Código Penal Federal con base en el Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

El recurrente había sido condenado por la posesión de efedrina; empero, la sustancia no se encontraba prevista en el catálogo de narcóticos cuya posesión y otros comportamientos se encuentran punidos, previsto en la Ley General de Salud. A pesar de lo anterior, la sanción fue impuesta, en virtud de que el mencionado convenio sí hacía alusión a esa sustancia. El recurrente consideró vulnerado el principio de legalidad penal bajo la consideración de que los tratados internacionales requieren de una ley que incorpore su contenido al sistema jurídico nacional para cobrar vigencia.

La Suprema Corte consideró que el artículo 133 no exigía de ningún acto legislativo de incorporación de los instrumentos internacionales celebrados por el presidente y ratificados por el Senado, por lo que son, al igual que las leyes emitidas por el Congreso de la Unión, parte del orden jurídico nacional. En este sentido, estimó válido aplicar el Convenio contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

Es necesario advertir las limitaciones del criterio sostenido por la Corte. En primer lugar, ese tribunal indicó que por medio del mencionado tratado internacional no se estaba creando ningún tipo penal. Dicho instrumento constreñía a los Estados a tipificar determinadas conductas, mas no las punía por sí mismo. En segundo lugar, la Corte hizo notar el hecho de que el artículo 193 del Código Penal Federal autorizaba la remisión a tratados internacionales para establecer las sustancias que pueden ser objeto material de las conductas descritas en el artículo 195, por lo que la integración del tipo penal estaba prevista desde la propia norma doméstica.

Por tanto, la Suprema Corte no asumió la posibilidad de integrar tipos penales a partir de tratados internacionales, a menos que la norma nacional remitiera a ellos, al tratarse de una norma penal en blanco; sin embargo, también señaló que los acuerdos internacionales que contienen estándares sobre fórmulas típicas y que vienen acompañados con un deber de incorporación a derecho interno no requieren de ningún acto legislativo para su plena vigencia.

²⁷ Para un análisis de este fallo, véase Dondé Matute (2009, 203-205).

Nuestro ordenamiento jurídico admite formalmente la aplicación directa de fórmulas contenidas en normas convencionales, toda vez que el artículo 6o. del Código Penal Federal dispone que “Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos”. Adicionalmente, el artículo 50, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, define como delitos federales “Los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales”. A pesar de lo anterior, el artículo 14 constitucional prevé la reserva de ley, por lo que, desde mi punto de vista, el sistema constitucional mexicano no consiente la mencionada posibilidad. En el siguiente apartado se revisará si bajo los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es factible justificar la aplicación directa de la normativa de fuente internacional.

VII. LA POSIBILIDAD DE INTEGRAR TIPOS PENALES EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no contiene una norma similar a la del Convenio Europeo o a la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; sin embargo, el artículo 9o., que prevé el principio de legalidad, tampoco hace referencia a la ley como única fuente de tipos penales, pues en su lugar refiere: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el *derecho aplicable*”.

De acuerdo con Cecilia Medina Quiroga (2005, 347), en el proceso de elaboración de la Convención, la delegación colombiana propuso sustituir la expresión “derecho aplicable” para aludir en su lugar al derecho nacional e internacional. En su momento, se consideró que el cambio era innecesario, en tanto que el derecho aplicable comprendía las normas de fuente tanto nacional como internacional, por lo que la mencionada autora estima que la utilización de tipos penales contenidos en tratados internacionales por autoridades domésticas es posible en el marco de la normativa interamericana.

Sergio García Ramírez, en su voto concurrente a la sentencia de fondo del caso *Gómez Palomino vs. Perú* —en la que se condenó al Estado a adecuar el tipo penal de desaparición forzada de personas al estándar in-

teramericano—, adujo que las definiciones contenidas en los instrumentos internacionales que hacen referencia a conductas típicas constituyen el “otro rostro de la protección de los derechos humanos en la escena internacional”. Estos estándares cumplen un propósito similar al del derecho penal en los ordenamientos jurídicos internos: describir las conductas que afectan los bienes jurídicos más valiosos del individuo para prevenir su comisión por medio de su persecución y determinación de responsabilidades, pero además unifican la reacción jurídica frente a esas conductas en los Estados parte, y construyen un bloque de protección común que atiende a una concepción similar de justicia y seguridad.²⁸

El entonces el juez calificó a esas normas convencionales como leyes penales especiales, lo que las hacía parte del “*corpus juris* penal”. Hasta este punto, pareciera que la opinión de García Ramírez iba en el sentido de la aplicación directa de tratados internacionales para determinar la responsabilidad de una persona en sede nacional; empero, posteriormente sostiene que, en atención al principio de legalidad penal, “no siempre será posible que las autoridades llamadas a aplicar las leyes penales establezcan la conformidad de éstas con el derecho internacional, mediante procesos de interpretación que pudieran resultar difíciles o discutibles, precisamente desde la perspectiva de la legalidad penal”, por lo que destacó el deber de tipificar determinadas conductas ciñéndose a los estándares internacionales.²⁹

Es evidente que los legisladores nacionales están constreñidos, una vez ratificados los distintos acuerdos internacionales, a adaptar la normativa interna con base en los estándares convencionales, compromiso que ha sido asumido en ejercicio de la soberanía de cada uno de los Estados. También es cierto que, de conformidad con la jurisprudencia desarrollada en torno al control de convencionalidad, no sólo el legislador, sino todas las autoridades, incluyendo los jueces, están sujetos a los deberes emanados de los tratados internacionales.³⁰

A lo anterior se suma la imposibilidad de los Estados para alegar disposiciones de carácter interno para evitar el cumplimiento de sus obliga-

²⁸ Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gómez Palomino vs. Perú*, párrs. 3 y 4.

²⁹ Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gómez Palomino vs. Perú*, párr. 4.

³⁰ Por ejemplo, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit., párr. 119.

ciones internacionales, así como los argumentos sostenidos por la Corte Interamericana en el sentido de que la inadecuada tipificación de conductas, como la desaparición forzada de personas, es fuente de impunidad y resulta contraria a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, en la medida en que existen discrepancias entre los tratados vigentes y las normas de origen interno, cuando ambas forman parte del mismo sistema jurídico,³¹ no obstante, queda pendiente la cuestión de si el control de convencionalidad puede servir para ampliar los tipos penales contenidos en la normativa de origen interno, en una suerte de aplicación directa de tratados internacionales.

En opinión de María Carmelina Londoño (2010, 808 y 809), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya dio este paso en la sentencia de fondo correspondiente al caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. En esta sentencia, la Corte reitera que “en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”, lo que en el sistema interamericano halla fundamento en la mencionada obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones del *corpus iuris* interamericano, como se desprende del artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³²

De acuerdo con lo afirmado por la Corte en dicha sentencia, para cumplir este deber, cada Estado tiene que eliminar las normas y prácticas que mermen los derechos y garantías contenidos en la Convención, así como emitir las normas y desarrollar las prácticas que sean necesarias para lograr el respeto y garantía de dichos derechos, tras lo cual el mencionado tribunal sostiene que el mecanismo con el que cuentan las autoridades jurisdiccionales para dar cumplimiento a dicho deber es el control de convencionalidad, puesto que

...es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el

³¹ Al respecto, véase García Ramírez y Morales Sánchez (2011, 227 y 228).

³² Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 179.

efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede merchado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.³³

No obstante, en los párrafos posteriores, la Corte sostiene el deber de tipificar de manera autónoma el delito de desaparición forzada, ya que dada su naturaleza especialmente grave, los tipos de plagio o secuestro, homicidio, tortura, entre otros, no alcanzan a comprender esta violación múltiple y continua de derechos humanos, y en caso de que un determinado Estado no lo haya hecho, “existe el deber de utilizar aquellos recursos penales a su disposición que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales que se pueden ver afectados en tales casos, como por ejemplo, el derecho a la libertad, a la integridad personal y el derecho a la vida, en su caso, que están reconocidos en la Convención Americana”;³⁴ con lo cual, en mi opinión, la Corte consideró que se deben aplicar los tipos penales existentes, a fin de que la conducta no quede impune, mas no aplicar el control de convencionalidad para ampliar la fórmula típica.

Finalmente, la Corte estima que el Estado panameño incumplió con la obligación de tipificar la desaparición forzada de conformidad con la convención interamericana en la materia, pero no hace referencia al hecho de que los jueces debieron haber ejercido el control de convencionalidad para ajustar la normativa de fuente interna.³⁵

En el caso *Tenorio Roca y otros vs. Perú*, la Corte refirió que

...debido a un oportuno y acertado control de convencionalidad, en el caso concreto la inadecuación del tipo penal de desaparición forzada y de ciertos extremos del Acuerdo Plenario No. 9-2009/CJ-116 a los parámetros convencionales no se materializó en un elemento específico de obstaculización en el desarrollo efectivo de las investigaciones o procesos abiertos por la desaparición forzada del señor Tenorio Roca.

³³ Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 180.

³⁴ Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 181.

³⁵ Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 187.

Sin embargo, de los párrafos precedentes se advierte que el control de convencionalidad fue realizado sobre el mencionado Acuerdo Plenario, que había sido emitido por la Corte Suprema de Justicia peruana, y según el cual el tipo penal de desaparición forzada no podía ser aplicado a las personas que ya no fungieran como servidores públicos al momento de la tipificación del delito de desaparición forzada, a pesar de que sí tuvieran dicha calidad en el momento de la comisión del ilícito, prohibición que fue inaplicada vía control de convencionalidad.

A pesar de lo anterior, la Corte insistió en el deber de tipificar como delito autónomo la desaparición forzada, ajustándose al estándar interamericano. En el caso concreto, y a pesar de lo mencionado en la sentencia, no se realizó un control de convencionalidad sobre el tipo de desaparición forzada existente; sin embargo, el tribunal internacional parece admitir que este mecanismo puede constituir una forma para evitar la violación de derechos humanos originada como consecuencia de la inadecuada tipificación de determinadas agresiones, sin mencionar sus alcances.³⁶

En los próximos apartados se analizará la legitimidad en un Estado constitucional de ampliar los tipos penales por medio del control de convencionalidad.

VIII. LA RESERVA DE LEY EN RELACIÓN CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La aplicación directa de descripciones típicas contenidas en instrumentos internacionales, o bien la integración de tipos penales previstos en la normativa interna con base en estas normas convencionales, podría entrar en conflicto directo con la reserva de ley, que es una manifestación del principio de legalidad penal, que reduce las fuentes de creación de tipos penales al proceso legislativo.

Como ya se mencionó, el artículo 9o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no restringe la previsión de tipos penales a las leyes, sino que se refiere en términos generales al derecho aplicable; sin embargo, el artículo 14 constitucional hace alusión únicamente a la ley, por lo que es necesario determinar si la exigencia de previsión exclusi-

³⁶ Caso *Tenorio Roca y otros vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de junio de 2016, serie C, núm. 314, párrs. 225-233.

vamente legal de conductas punibles ofrece mayor protección, en cuyo caso debe prevalecer la norma constitucional, en atención al principio pro persona, o bien el término “ley” puede ser interpretado de tal forma que queden comprendidos los tratados internacionales.

Indudablemente, aquellos instrumentos internacionales que contengan ciertos estándares sobre la definición de conductas que los Estados deben incluir en su legislación penal y que no contemplen una punibilidad asignada, como es el caso de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, no pueden ser aplicados directamente sin neutralizar el principio de legalidad penal, toda vez que la sanción a imponer quedaría al total arbitrio de los juzgadores. Un supuesto distinto es la integración de tipos ya existentes en la legislación penal, y que, por tanto, tienen asignada una punibilidad que no se vería afectada con el ejercicio del control de convencionalidad, puesto que únicamente se ampliaría o modificaría la descripción de la conducta con elementos adicionales.

La doctrina ha distinguido entre tratados autoejecutables (*self-executing*) y no autoejecutables (*non self-executing*). Los primeros son aquellos que no requieren de ningún acto posterior en sede interna para su aplicación directa como cualquier norma de fuente doméstica en el territorio del Estado parte. Por otro lado, los no autoejecutables requieren de actos provenientes de las autoridades nacionales, que pueden ir desde simples decretos administrativos hasta leyes que recojan su contenido, para así dotarlos de eficacia interna (Sepúlveda 1997, 75).

La mayoría de los instrumentos internacionales que contienen descripciones sobre conductas punibles son, desde mi punto de vista, no autoejecutables, en razón de que normalmente prevén cláusulas que imponen como deber a los Estados pactantes la incorporación de dichos estándares en el orden jurídico interno; tan es así, que en estos documentos no se prevén punibilidades a imponer.³⁷ En este sentido, sería imposible aplicar

³⁷ Coinciden en este punto, Fernández Pons (2002, 12 y 13) e Inzunza Cázares (2009, 75). Fernández Pons aclara que ello no impide que los tribunales internacionales apliquen estas normas convencionales, y que además esta recepción depende de la postura monista o dualista que asuma cada Estado, así como de si se adopta un modelo de legalidad estricta o más laxa como los pertenecientes a la familia del *common law*, mientras que Inzunza Cázares refiere que el Estatuto de la Corte Penal Internacional constituye una excepción. En una posición contraria se encuentra Javier Donde Matute (2014, 27), quien sostiene que con base en el artículo 6o. del Código Penal Federal, el legislador ha determinado que todos los tratados internacionales son autoaplicativos, por lo que es innecesaria su incorporación a

directamente este tipo de tratados internacionales hasta que no exista la norma de incorporación correspondiente, o cuando menos una norma interna que remita a la convencional. Si el mencionado deber no es atendido, se generaría responsabilidad internacional para el Estado; pero ello no es argumento suficiente para imponer su aplicación.

La Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el concepto de ley desde el 9 de mayo de 1986, cuando emitió la Opinión Consultiva 6, a petición del gobierno uruguayo. Es importante tener presente que la definición de ley brindada en esta opinión se limita a la referencia contenida en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³⁸ que exige que toda restricción a derechos fundamentales esté contenida en una ley dictada por razones de interés general, como pueden ser, evidentemente, las penas aplicadas con motivo de la comisión de conductas delictivas.

El mencionado tribunal internacional concluyó que el término “ley” debe ser entendido como una

...norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común —lo que lleva implícita la idea de respeto y garantía de los derechos humanos (García Ramírez y Morales Sánchez 2011, 215-216)—, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

En otras palabras, la Corte Interamericana asumió un criterio tanto formal como material para definir a la ley, puesto que, por un lado, es necesario que persiga el bien común, lo que hace que el principio de legalidad revista además la característica de legitimidad, pero por otro, debe ser emitida exclusivamente por los órganos legislativos integrados por los representantes populares y conforme a los procedimientos previstos constitucionalmente.³⁹

En opinión de la Corte, el hecho de que las restricciones de derechos humanos se encuentren solamente en la ley les otorga legitimidad al ser

la normativa penal de fuente doméstica, aunque reconoce el riesgo para los principios de legalidad, culpabilidad y lesividad.

³⁸ Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 9 de mayo de 1986, serie A, núm. 6, párrs. 16 y 17.

³⁹ Opinión Consultiva OC-6/86, *cit.*, conclusión.

establecidas por los representantes populares y al permitir además que las minorías manifiesten su inconformidad o participen en su determinación, lo que constituye un freno al ejercicio arbitrario del poder, sin desconocer el control ejercido con posterioridad a la emisión de la ley. En este sentido, las restricciones de derechos fundamentales no pueden contenerse en cualquier norma general, sino únicamente en aquellas emitidas por el Poder Legislativo y promulgadas por el Ejecutivo.⁴⁰

En México, los derechos humanos de fuente internacional han sido dotados de rango constitucional, mientras que el resto de las normas convencionales han sido colocadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un nivel infraconstitucional, pero supralegal, por lo que, bajo un criterio jerárquico, tanto la Constitución como los tratados internacionales deberían ser aptos para recibir contenidos legales.⁴¹

No obstante lo anterior, los tratados, a diferencia de las leyes, carecen del mismo valor democrático, en la medida en que no son emitidos por los representantes populares, quienes tampoco participan como tales en el debate encaminado a su construcción. De conformidad con el artículo 133 constitucional, los tratados internacionales son celebrados por el presidente, y aprobados por el Senado; lo que significa que la Cámara de Diputados no participa de forma alguna, y aunque el Senado sí lo haga, su margen de intervención no es el mismo que en la construcción legislativa.

La exigencia de que los delitos y las penas se encuentren en una norma emitida por el Legislativo deriva, como ya se indicó, de la legitimidad democrática que le confiere que los representantes populares sean quienes determinen qué conductas se encuentran controladas por la potestad punitiva del Estado, considerada como la reacción jurídica más contundente —una *ultima ratio*, se afirma—. En este tenor, la normativa que regule y limite su ejercicio debe estar sometida a debate profuso.

En consecuencia, la ampliación de tipos penales a partir de los estándares internacionales supondría una merma del valor democrático que apareja el principio de legalidad penal. La idea no es restar vigencia a las

⁴⁰ Opinión Consultiva OC-6/86, *cit.*, párrs. 22, 26, 27, 35 y 37.

⁴¹ Tesis P. IX/2007, “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, Registro 172650, abril de 2007, t. XXV, p. 6.

normas convencionales, sino asumir que las leyes penales revisten determinadas características atinentes a los principios sobre los cuales han sido construidas y que están orientados especialmente a garantizar la previsibilidad de una determinada sanción. Por ello, la exclusiva descripción de tipos penales en las leyes ofrece, desde mi punto de vista, una mayor protección en comparación con la concepción de los tratados internacionales como fuentes directas de responsabilidad penal.

IX. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL COMO LÍMITE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La Corte Interamericana construye la doctrina del control de convencionalidad en sede nacional, con el fin de dotar de efectividad a los derechos humanos previstos en el *corpus iuris* interamericano, de tal suerte que los jueces, como autoridades pertenecientes al Estado obligado, formen parte del frente protector de estas prerrogativas fundamentales, cuya tutela no puede quedar a la espera de que el Poder Legislativo cumpla su tarea de emitir normas que incorporen y sean respetuosas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales.

Ya se mencionó que la filosofía que se encuentra tras este mecanismo hermenéutico es aquella que busca hacer prevalecer la justicia por encima de la ley. Empero, es necesario reconocer que en materia penal podría suponer un deterioro en la seguridad jurídica que ha buscado con tanto esmero el principio de legalidad. Como señala Enrique Bacigalupo (2012, 51), “en el Derecho penal interno el valor de seguridad jurídica ha reducido su peso y se ha experimentado un aumento del valor justicia a expensas del de seguridad y del de libertad del principio de legalidad”.

El control de convencionalidad supone el reconocimiento para los jueces y otras autoridades, de la facultad para inaplicar —en uno de sus grados— las normas diseñadas por el legislador. Lo anterior lleva a que una Corte, integrada en el caso mexicano por once individuos, sea la que dicte la última palabra sobre la vigencia de las normas del sistema jurídico, incluso por encima de la voluntad popular manifestada a través de los representantes de la sociedad. La función judicial no opera como un poder democrático o mayoritario; por el contrario, supone un límite al poder de las mayorías, lo cual es esencial en un Estado constitucional que busca tutelar a todo individuo, incluso a los disidentes o a las minorías. Esta potestad, sin

embargo, implica otorgar más peso a los jueces, quienes no están exentos de los vicios del poder.

En este punto, cabe cuestionarse si para hacer prevalecer la justicia es necesario prescindir de la seguridad jurídica, que al final del día es un valor que busca proveer objetividad e igualdad en la aplicación de la ley y, en consecuencia, operar como límite del poder, al reducir el arbitrio judicial, lo cual no es poca cosa. Eberhard Schmidt (1971, 63) celebró el hecho de que los jueces pudieran controlar la labor de los legisladores; sin embargo, también advirtió que dicho ejercicio debía ser excepcional, pues de lo contrario se pondría en peligro el honor del Poder Judicial si el pueblo llegara a la conclusión de que los jueces pueden corregir en todo momento al legislador y que, por lo tanto, se hallan exentos de la aplicación de la ley.

Francisco Laporta (2009, 210) estima que habilitar a los jueces para juzgar con base en determinados principios tiene como consecuencia que éstos dejen de guiar sus resoluciones conforme al ordenamiento jurídico para hacerlo con base en la moral, para lo cual no están debidamente capacitados, puesto que “su razonamiento moral no basta de ser vulgar”. En opinión de este autor, otorgar tanto poder a los jueces parte de la idea de que los parlamentos se encuentran integrados por personas parciales y pasionales, mientras que los jueces están a salvo de sus deseos y subjetividades; en otras palabras, “el gran juez Hércules poniendo orden en el desaguizado que crea una simple pandilla de borrachos”.

Si bien no es posible asumir los extremos de Laporta, que convertirían a los jueces en simples autómatas de la ley en vez de intérpretes de ésta, tampoco podemos convertir al control de convencionalidad en una puerta a la arbitrariedad, que supone decidir qué derechos merecen ser tutelados y cuáles no. No niego la necesidad de combatir la impunidad —gran lastre de la justicia mexicana— y de reivindicar el papel de las víctimas mediante la tutela de sus derechos, pero tampoco es conveniente socavar uno de los principios que sirven de límite a la manifestación coactiva más rigurosa con la que cuenta el Estado: el aparato punitivo. La trascendencia de sus sanciones hace necesario que los límites sean más sólidos.

Pedro Salazar (2011, 21 y ss.) recuerda que el garantismo formulado por Luigi Ferrajoli, doctrina que busca establecer garantías que brinden certeza a los derechos fundamentales, tiene el propósito de reducir el *decisionismo judicial*, por lo que no puede ser identificada con esta corriente filosófica una postura que bajo la bandera de los derechos humanos es-

conda el arbitrio judicial. Se trataría, en palabras del constitucionalista, de un “garantismo espurio”.

María Carmelina Londoño (2010, 812 y 813) defiende que el control de convencionalidad no puede provocar excesos judiciales, toda vez que es un mecanismo que tiene como parámetro a los derechos humanos, y aun cuando el riesgo de arbitrariedad judicial permanece, la autora llama a realizar un voto de confianza, que se apoya en determinados presupuestos para el ejercicio de este instrumento.

El problema radica, a mi modo de ver, en que se olvida que el principio de legalidad también es un derecho humano que debe ser tutelado, por lo que el control de convencionalidad, que pretende dotar de efectividad a los derechos, estaría contraviniendo su propio objetivo. No se desconoce que los derechos fundamentales puedan entrar en conflicto, o como suele llamársele en colisión. Sin embargo, para que esta colisión de derechos aparezca, en términos de la teoría de Robert Alexy, es necesario que las dos normas enfrentadas tengan la naturaleza de principios. Por paradójico que resulte, el principio de legalidad penal adopta la estructura de regla, lo que tiene como consecuencia que la misma no acepte distintos grados de cumplimiento, sino que simplemente pueda ser atendida o no.⁴² Por tanto, si se permite integrar tipos penales mediante estándares internacionales, sería necesario aceptar que en los casos puntuales se estaría prescindiendo del principio de legalidad.

Desde mi punto de vista, la doctrina del control de convencionalidad nunca ha pretendido que los jueces sustituyan a los legisladores en su función. Este mecanismo de control sirve al propósito de corregir los excesos del Legislativo usando como parámetro los derechos humanos de fuente convencional, mas no los estándares sobre conductas típicas, que si bien buscan prevenir violaciones de derechos humanos mediante su adecuada

⁴² La naturaleza de la legalidad penal como regla ha sido asumida por el propio Alexy (2000, 211), quien sostiene: “Cuando concurre el supuesto de hecho, esto es, cuando la punibilidad de un hecho no ha sido determinada legalmente antes de su comisión, surge obligatoria y definitivamente la consecuencia jurídica, a saber: la punición está prohibida. Aquí, a diferencia de lo que normal y necesariamente sucede con otros derechos fundamentales, no tiene lugar ponderación alguna. La mera subsunción basta para establecer definitivamente el resultado”. Para este autor, la diferencia entre reglas y principio es que estos últimos son “mandatos de optimización”, que exigen ser cumplidos en la mayor medida de las posibilidades, mientras que, en el caso de las reglas, para ser cumplidas se debe realizar exactamente lo que ella prescriben (Alexy 2008, 67 y 68).

calificación y la asignación de las consecuencias pertinentes, ello no convierte a estos estándares en derechos humanos que deban ser incorporados por la vía hermenéutica.

Sin duda, la adecuada tipificación de las conductas punibles constituye una garantía de derechos humanos, al igual que de otros valores y principios. También es cierto que, como se ha señalado en la jurisprudencia relativa al control de convencionalidad, todas las autoridades, incluyendo los jueces, en tanto forman parte del Estado, se encuentran constreñidas a cumplir con las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales, entre los que destacan los relativos a derechos humanos, pero también es cierto que esta obligación tiene que ser asumida en el marco competencial de cada una de las autoridades. En este sentido, los jueces no pueden suplantar a los legisladores en la toma de las decisiones fundamentales en materia penal, en cuanto a la tipificación de conductas se refiere.

No niego la poca conveniencia de enjuiciar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos por la comisión de conductas delictivas encuadrables en tipos que no alcanzan a describir su trascendencia; sin embargo, es preferible que estas fórmulas penales sean aplicadas en vez de abrir las puertas a semejante arbitrio judicial. Al final del día, no existe un vacío punitivo, en virtud de que las violaciones de derechos humanos estarían siendo sancionadas con las altas —en muchas ocasiones irracionales— punibilidades previstas en el ordenamiento jurídico mexicano.

Lo anterior no significa entender que los tratados internacionales no pertenecen al sistema jurídico o que poseen menor importancia. La Convención Americana sobre Derechos Humanos es tan nuestra como la Constitución de 1917; ambos documentos tienen un lugar primordial en el ordenamiento jurídico mexicano; sin embargo, es necesario tomar en consideración que la ley penal posee determinadas particularidades y que se encuentra regida por principios y límites estrictos. Si bien los tratados internacionales son publicados en los mecanismos de difusión oficial, es la norma penal la que sirve de referente a las personas para determinar qué conductas se encuentran amenazadas con una sanción; esa función ha sido llamada a cumplir.

Por esta razón, así como por la trascendencia de la reacción penal, es que se ha propuesto la reserva de código en materia penal, de tal suerte que todas las normas penales se encuentren contenidas en un solo orde-

namiento, excluyendo, por tanto, las leyes especiales, propuesta con la que comulgo. Lo anterior favorece tanto el conocimiento de este marco de libertad como la integración de un sistema congruente, y permitiría la elevación de los requisitos para su enmienda.⁴³

El principio de legalidad, como ya se mencionó, funge como una garantía que brinda la seguridad de que ninguna persona será sancionada si no es por las conductas que han sido previamente descritas y asignadas con una punibilidad cierta, por lo que dada su importancia, no es posible prescindir del mismo principio en aras de otros derechos. El principio de legalidad constituye, en este sentido, un límite infranqueable al control de convencionalidad. Sería contrario al constitucionalismo determinar qué derechos fundamentales merecen la protección del Estado y cuáles no, pues todos ellos están asociados al reconocimiento de la dignidad humana, en virtud de que se les considera como aquellos mínimos indispensables para que toda persona pueda desarrollar, en la medida de las posibilidades, un plan de vida de forma autónoma.

No resulta válido, en mi opinión, el argumento de que ciertos principios pueden ser relativizados frente a los crímenes de Estado, pues aun cuando éstos revistan una gravedad que atenta en contra de los fines últimos de la organización estatal, lo cierto es que los servidores públicos también son individuos titulares de derechos fundamentales. Es necesario “tomarse (todos) los derechos (de todas las personas) en serio”,⁴⁴ no sólo de aquellos cuya protección resulte políticamente popular.

Introducir la excepción en el derecho penal es un camino peligroso, pues supone asumir la idea de que existen diversos grados de protección entre las personas y, por tanto, que existen diferentes niveles de dignidad.

⁴³ Sobre el tema puede consultarse, entre otros: Prieto Sanchís (2011, 113-117).

⁴⁴ Frase que hace alusión a la conocida obra de Ronald Dworkin (1993, 295), quien afirma: “La institución de los derechos en contra del Gobierno no es un don de Dios, ni un ritual antiguo ni un deporte nacional, es una práctica compleja y engorrosa, que hace más difícil y más cara la tarea gubernamental de asegurar el beneficio general, y que —a menos que sirviera de algo— sería una práctica frívola e injusta. Cualquiera que declare que se toma los derechos en serio, y que elogie a nuestro Gobierno por respetarlos, debe tener alguna idea de qué es ese algo. Debe aceptar, como mínimo, una o dos ideas importantes. La primera es la idea, asociada con Kant, pero que definen filósofos de diferentes escuelas, supone que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana, y sostiene que un tratamiento tal es profundamente injusto”.

Los principios que limitan el derecho penal deben ser asumidos con rigor, incluso para los casos difíciles en los que las exigencias de justicia se ven impulsadas por el dolor y los afanes de venganza. Tal vez en estos casos los principios deben imperar con mayor firmeza, pues sólo así demostrarán su verdadero valor como principios.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 2000. *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ALEXY, Robert. 2000. “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 23.
- ALEXY, Robert. 2008. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARROYO ZAPATERO, Luis. 1983. “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 3 (8).
- BACIGALUPO, Enrique. 2012. “Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el derecho penal”, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons.
- BECCARIA, César. [1764] 2006. *De los delitos y de las penas*, México, Fondo de Cultura Económica.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F. 2009. *El principio de legalidad penal*, México, Porrúa.
- DONDÉ MATUTE, Javier. 2007. *Principio de legalidad penal. Perspectivas del derecho nacional e internacional*, México, Bosch.
- DONDÉ MATUTE, Javier. 2009. “El derecho internacional y su relevancia en el sistema jurídico mexicano. Una perspectiva jurisprudencial”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* IX.
- DONDÉ MATUTE, Javier. 2014. *Política criminal y derecho internacional. Tortura y desaparición forzada de personas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- DONDÉ MATUTE, Javier. 2015. *Fuentes del derecho penal internacional. Ensayos para el desarrollo del sistema de justicia internacional*, México, Porrúa.

- DWORKIN, Ronald. 1993. *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini.
- FERNÁNDEZ PONS, Xavier. 2002. “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 5.
- FERRAJOLI, Luigi. 2004. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi. 2006. “Pasado y futuro del estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, UNAM-Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi. 2011. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10a. ed., trad. de Carlos Bayón Mohino et al., Madrid, Trotta.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. 2012. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GALLANT, Kenneth S. 2012. “La legalidad como norma del derecho consuetudinario internacional: la irretroactividad de los delitos y de las penas”, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons.
- GALLARDO ROSADO, Maydelí. 2009. t. I. “Principio de legalidad penal”, de *Fundamentos de derecho penal mexicano*, Maydelí Gallardo Rosado, Pablo Hernández-Romo Valencia y Roberto Andrés Ochoa Romero, México, Porrúa.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 2011. *El control judicial interno de convencionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 2012. *La Corte Penal Internacional*, 3a. ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-Novum.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 2014. *Los reformadores: Beccaria, Howard y el Derecho penal ilustrado*, México, Tirant lo Blanch.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. 2015. *Derecho penal*, 4a. ed., actualizado por Eduardo Rojas Valdez, México, Porrúa.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta. 2011. “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 24.

- GIL, Alicia. 2010. “La excepción del principio de legalidad del número del artículo 7o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* LXIII (63).
- HASSEMER, Winfried. 1984. *Fundamentos de derecho penal*, Barcelona, Bosch.
- HUERTA TOCILDO, Susana. 1993. “El derecho fundamental a la legalidad penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 13 (39).
- HUERTA TOCILDO, Susana. 2005. “El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal”, en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- INZUNZA CÁZARES, Enrique. 2009. *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. 1964. *Tratado de derecho penal*, t. II, “Filosofía y ley penal”, 4a. ed., Buenos Aires, Losada.
- LAPORTA, Francisco. 2009. “Imperio de la ley y constitucionalismo: un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”. *Isonomía* 31.
- LISZT, Franz von. [1881] 2003. *Tratado de derecho penal*, t. II, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. 2010. “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, XLIII (128).
- MEDINA QUIROGA, Cecilia. 2005. *La Convención Americana. Teoría y jurisprudencia*, San José, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. 2010. *Derecho penal. Parte general*, 8a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. 2011. *Garantismo y derecho penal*, Madrid, Iustel.
- RADBRUCH, Gustav. 1971. “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en *Derecho justo y derecho nulo*, Madrid, Aguilar.
- RADBRUCH, Gustav. 1978. *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. 1998. *Victimología. Estudio de la víctima*, 4a. ed., México, Porrúa.
- ROXIN, Claus. 1997. *Derecho penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas.

- SALAZAR UGARTE, Pedro. 2011. “Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana”, en SALAZAR UGARTE, Pedro *et al.*, *Garantismo espurio*, México-Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara.
- SCHMIDT, Eberhard. 1971. “La ley y los jueces (valores positivos y negativos del positivismo)”, en *Derecho justo y derecho nulo*, Madrid, Aguilar.
- SEPÚLVEDA, César. 1997. *Derecho internacional*, 18a. ed., México, Porrúa.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2006. *La expansión del derecho penal*, Buenos Aires, B de f.
- VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. 2004. *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- VIGO, Rodolfo (coord.). 2008. *La injusticia extrema no es derecho: de Radbruch a Alexy*, México, Fontamara.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.* 2016. *Manual de derecho penal mexicano. Parte general*, México, Porrúa.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. 2011. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10a. ed., Madrid, Trotta.
- ZAMORA GRANT, José. 2014. *La víctima en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.). 2010. *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch.