

Las reformas penales de la Constitución y el Pacto de San José

♦ Ladislao Reyes Barragán

Este trabajo da cuenta de la reforma del sistema penal de 2008 y de los artículos que infringen la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Además, se establece aquí que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ya no prevalece más sobre un tratado de derechos humanos,¹ debido a que existe un nuevo paradigma para resolver controversias, y este se establece en el artículo primero de la carta magna. El principio es que debe aplicarse la norma jurídica que favorezca más ampliamente al sujeto. A partir de las reformas del 6 y 10 de junio de 2011, los jueces no solo deben tener como referente la Constitución, sino también los más de 76 tratados internacionales vinculatorios para el país.

En otro apartado, se señala que el arraigo, la extinción de dominio, el proceso penal establecido para los servidores públicos de la seguridad pública, estipulado en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, son violatorios de los tratados internacionales, principalmente del Pacto de San José.

El 18 de junio de 2008 se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución en

materia penal.² En general, se estableció la presunción de inocencia y un sistema penal acusatorio y oral. Los artículos modificados son el 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123. En un sentido amplio, varias de estas reformas son antinómicas con la misma Constitución y contrarias a las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos que México ha ratificado y que han sido aprobados conforme al protocolo de la Constitución.

En estas reformas se establece el arraigo por cuarenta días, que puede ser prolongado por otros cuarenta sin que exista una acusación o averiguación previa de por medio. Se instituye también la figura de extinción de dominio, una especie de confiscación sin que se haya demostrado la culpabilidad del sujeto. En materia laboral, se establece que cualquier sujeto que haya pertenecido a la seguridad pública y se encuentre en un proceso penal, no importando que sea declarado inocente por un juez, solo tendrá derecho a una indemnización sin que proceda su reinstalación. En general, estas categorías constitucionales no podrían ser impugnadas por la vía del juicio de amparo.

¹ Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*, Ediciones Abya Yala, México DF, 2011, pp. 17-20.

² Decreto por el que se Reforman y Adicionan diversas Disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 28 de mayo de 2008, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008, pp. 3-11, <http://bit.ly/19Z4M63>, consultado en octubre de 2013.

♦ Profesor e investigador, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UAEM





Con la reforma del 6 de junio de 2011, se decretó la reforma y adición de diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución.³ El 10 de junio del mismo año se aprobó el decreto por el que se modifica la denominación del capítulo primero, título primero, de este ordenamiento —que se refiere ahora a los derechos humanos y sus garantías—, y se reforman diversos artículos más. Se modificó el primero y quinto párrafos del artículo primero; el segundo párrafo del artículo 3; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102, y el inciso g, fracción segunda, del artículo 105.

Asimismo, se adicionan dos nuevos párrafos, segundo y tercero, en el artículo primero, y se recorren los actuales en su orden; se coloca un nuevo segundo párrafo en el artículo 11; los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto en el artículo 29; un nuevo segundo párrafo en el artículo 33, y se recorre el actual en su orden y los nuevos párrafos quinto, octavo y decimoprimeros, recorriéndose los actuales en su orden, en el artículo 102 del apartado B, todos de la Constitución.

A partir de estas reformas, se establecen aquí dos supuestos: el control difuso o de convencionalidad lo puede ejercer toda autoridad en el ám-

bito de sus propias competencias; ahora, entonces, es posible establecer que la Constitución viola los tratados y convenciones de derechos humanos y, por lo tanto, es posible impugnar disposiciones constitucionales por medio del juicio de amparo o de un juicio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Control difuso o de convencionalidad

En México, la facultad de aplicar o no la Constitución en un conflicto estaba reservada para la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). A partir del 6 de junio de 2011 se estableció como nuevo paradigma que todas las autoridades pueden aplicarla en el ámbito de sus competencias. Para ello, se reformaron diversos artículos cuyo eje fundamental son los derechos humanos. Además de los artículos y categorías ya mencionados, en el artículo primero se estableció que todo el poder público en el ámbito de sus facultades dejará sin efecto la ley, reglamento, circular, lineamiento o mandamiento contrario a ella.

El control difuso⁴ o de convencionalidad implica, en materia jurisdiccional, que un juez podrá determinar sus sentencias de acuerdo con el bloque de constitucionalidad que se establece en el mencionado artículo, que supone aplicar la Constitución y los tratados internacionales sobre la base de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El juez está

³ Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones de los Artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 4 de mayo de 2011, *Diario Oficial de la Federación*, 6 de junio de 2011, pp. 2-6, <http://bit.ly/H8K2he>, consultado en octubre de 2013.

⁴ José Barragán Barragán, *Teoría de la Constitución*, Porrúa, México DF, 2012, p. 22.

obligado a aplicar el bloque de constitucionalidad de oficio, es decir, el ciudadano o su abogado pueden pedir la aplicación de un tratado si el juez los desconoce, y tiene la obligación de hacerlo. Pero si el juez establece que la ley es contraria al bloque de constitucionalidad podrá no aplicarla.⁵

Tal facultad se encuentra establecida en la ley de la siguiente forma: "Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite. I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por [sic] los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte".

Pero la autoridad no es solo el juez; también lo son el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Estos tienen igualmente la potestad de no aplicar o expedir un ordenamiento que sea contrario al bloque de constitucionalidad.

Se ha afirmado que un tratado o una convención internacional pueden contradecir la Constitución, ante lo cual tendría que declararse inaplicable el tratado⁶ pero, en caso de aplicación, interponerse el juicio de amparo, ya sea por vía indirecta o directa.⁷ Pero tal razonamiento pudiera ser contrario; entonces surge la interrogante sobre qué debe imperar, la Constitución o los tratados, si la primera viola derechos humanos. El artículo primero de la Constitución establece que "las normas

relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia". Dicho párrafo establece que el principio fundamental es proteger, favorecer, ayudar, amparar, acoger y ayudar, en cualquier circunstancia, tiempo, lugar o espacio, a las personas en el sentido más amplio o completo en el respeto de sus derechos humanos.

Así, pues, algunos de los artículos de la nueva reforma de la Constitución en materia penal violan o contradicen la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Por ejemplo, en el artículo 16 se establece que "la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que [esto] sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días".

Sin embargo, el Pacto de San José establece lo contrario. El artículo 7, numeral 5, señala que "to-

⁵ Ignacio F. Herreras Cuevas y Marcos del Rosario Rodríguez, *El control de constitucionalidad y convencionalidad*, Ubijus, México DF, 2012, pp. 30 y ss.

⁶ Héctor Fix Zamudio, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento*, Porrúa, México DF, 2011, pp. 2 y ss.

⁷ José Barragán Barragán, *Teoría...*, op. cit., p. 22.



da persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

Mientras que en la Constitución se estipula la detención hasta por ochenta días, más 48 horas, el Pacto de San José establece que toda persona detenida o retenida, como ocurre en el arraigo, debe ser llevada sin dilación ante un juez. Sin embargo, en México tenemos personas que por simples indicios están retenidas por el Ministerio Público, lo cual viola la presunción de inocencia, es decir, que nadie puede ser detenido si no existen elementos por los que se presume la existencia de un delito.

Otra de las reformas de 2008 que viola la presunción de inocencia y el debido proceso es la del artículo 123, apartado B, fracción XIII: “Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agente del Ministerio Público, perito y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

“Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional re-

solviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido”.

La reforma arriba señalada plantea particularmente que si la autoridad jurisdiccional declara inocente a quien haya sido separado, removido, causado baja o cese en sus funciones y que pertenezca a la seguridad pública, el Estado solo estará obligado a pagar su indemnización, pero no podrá regresarlo al servicio. El sujeto acusado injustamente perderá sus derechos, e incluso se puede dar el caso de que pronto se vaya a jubilar y por venganza se le acuse para no pagarle dicha prestación.

Otro aspecto en el que la disposición constitucional viola los tratados internacionales sobre derechos humanos, particularmente el mencionado Pacto de San José, es el que se refiere a lo establecido en el artículo 8 de este ordenamiento, acerca de las garantías judiciales: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

“2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no

se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad”.

Es evidente que cuando la Constitución y los tratados de derechos humanos entren en conflicto o sean antinómicos, el principio fundamental para resolver tal situación es proteger al individuo en el sentido más amplio, como lo establece el artículo primero de la Constitución. También puede darse la posibilidad de que dos sentencias sean contradictorias, e igualmente, el presupuesto debe ser lo que más favorezca al individuo —la SCJN se ha encontrado en ese caso.

Así, la CIDH ha emitido sentencias que, para la SCJN, son solo “criterios orientadores”.⁸ A partir de la reforma del artículo primero de la Constitución, el criterio que debe prevalecer es “lo que favorezca más ampliamente al sujeto”.

Contradicciones de la Constitución

La reforma penal de 2008 estableció la presunción de inocencia, pero no para los ciudadanos que incurrían en conductas de delincuencia organizada. Estableció también la extinción de dominio, pero

esta no es más que una confiscación. La Constitución señala que el Estado podrá recoger los bienes, aunque no haya una sentencia firme. También se ordena que los trabajadores al servicio del Estado pertenecientes a la seguridad pública que se encuentren en un proceso penal, aunque hayan sido declarados inocentes por un juez, perderán sus derechos laborales, como la reinstalación, y solo tendrán derecho a una indemnización.

Por lo tanto, como se ha detallado, lo anterior va en contra de lo establecido en el Pacto de San José, como la presunción de inocencia y la igualdad ante la ley. De acuerdo con nuestra carta magna, quienes pertenecen a grupos dedicados a la delincuencia organizada no son iguales que los demás ciudadanos y deben ser juzgados por un régimen de excepción. Es decir, según la Constitución, todos son iguales,⁹ menos estos; asimismo, la gente que pertenece a la seguridad pública es gente sin derechos y debe regirse por leyes especiales. Para ellos no existe la presunción de inocencia, tratados ni convenciones que los favorezcan. Desde una visión global, estos son subgrupos que no tienen derechos de ningún tipo.

⁸ Control de Convencionalidad. Parámetros para Ejercerlo en el Ámbito Jurisdiccional Conforme a la Ejecutoría de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en el Expediente Varios 912/2010, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, [TA], 10a época, TCC, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XV, t. 2, diciembre de 2012, p. 1303, <http://bit.ly/19Z4r3f>, consultado en octubre de 2013.

⁹ Judith Aguirre Moreno, *Constitucionalismo mexicano, entre liberalismo y democracia*, Porrúa, México DF, 2012, pp. 1 y ss.



Cortezas (fragmento). Altorrelieve en cerámica con óxidos sobre metal pintado, 120 x 150 cm, Cuernavaca, 2011