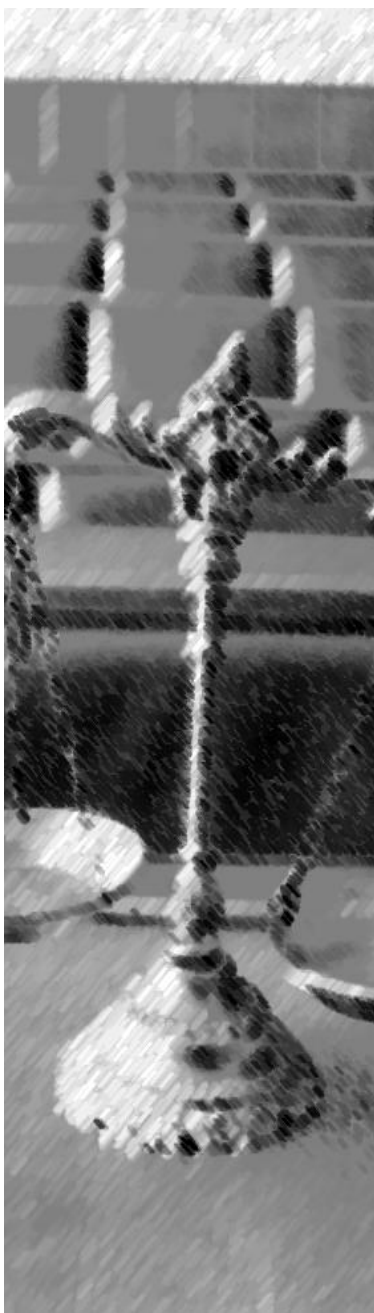


CAPÍTULO

3

EL IMPACTO
DE LA REFORMA
DE 2011 EN EL
SISTEMA PENAL
ACUSATORIO



LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA AMPLIACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR EL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO

Carlos García Méndez*

Carlos Antonio Vásquez Gándara**

Rodolfo Donaldo Vásquez Moreno***

Sumario: I. Introducción. II. Consideraciones sobre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el proceso penal. III. El derecho de defensa del imputado y la ampliación de la prisión preventiva. IV. La violación al principio de presunción de inocencia: criterios relevantes. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

RESUMEN: El artículo 165 del CNPP señala que no se podrá ampliar respecto de los dos años, la prisión preventiva, teniendo como excepción, el ejercicio de defensa del imputado. Lo anterior, provoca que las y los jueces apliquen dicho numeral en perjuicio del imputado, haciendo que la prisión preventiva dure más de dos años.

PALABRAS CLAVE: Prisión preventiva, presunción de inocencia, ampliación, inconstitucional.

I. INTRODUCCIÓN

La presunción de inocencia, como derecho y en el enfoque de aplicación de la ley, como principio procesal del nuevo sistema de justicia penal; a más de 5 años de su entrada en vigor, sigue siendo objeto de violaciones de dicho principio, esto, por la regresividad en la cual se manejan los órganos jurisdiccionales, los cuales sentencian y fundan su argumentación jurídica bajo la restricción más grande al imputado.

El presente artículo, tiene como objetivo, el de poder evidenciar la aplicación inconstitucional del numeral 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), al momento en que el imputado hace valer su derecho de ejercer su defensa por medio de recursos efectivos, en este caso, de la substanciación del juicio de amparo.

Cabe destacar, que la violación a la presunción de inocencia ocurre, cuando previo a cumplir el plazo de los dos años en los que puede durar la prisión preventiva como medida cautelar, y se recurre a un juicio de amparo, el juzgado de control señala que esta no caducará hasta en tanto no se determine la sentencia del juicio de segundo grado, ampliando así, los dos años de la prisión preventiva.

Por control difuso y bajo el parámetro de regularidad constitucional, es totalmente inconveniente e inconstitucional, la ampliación de la PP por regirse bajo la menor defensa de los derechos humanos del individuo.

II. CONSIDERACIONES SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCESO PENAL

La prisión preventiva oficiosa no debe verse como medio eficaz para la justicia, toda vez que el castigo no obligadamente llevar consigo una readaptación, un perdón o una reparación a la víctima que es lo más importante. Evidentemente en casos de abuso sexual, violación, homicidio y feminicidio no hay una verdadera reparación del daño, por ello el presente texto no debe verse como una oportunidad de demeritar a la prisión preventiva oficiosa en los casos mencionados, sino en los supuestos donde exista impunidad por parte del juzgador.

Las medidas cautelares deben entenderse como la serie de acciones que impone el Estado en su poder judicial con el fin de asegurar la reparación del daño, la presentación del imputado y la protección de los individuos procesales. A su vez, la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos es la “privación de la libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito”.²⁴

La diferenciación que existe entre la prisión preventiva fundada y la oficiosa es que la primera debe ser fundada y motivada por el fiscal, acreditando que existe el peligro de la acción de la sustracción de la justicia por parte del imputado o que exista un riesgo que pueda atentar contra los sujetos procesales, ésta prisión preventiva viene conceptualizada en el artículo 155 del CNPP en la fracción XIV; la segunda, es la cual el juez resuelve oficiosamente por regla o imposición.

Toda medida cautelar partirá de la presunción de inocencia, toda vez que el este busca, no dar un castigo anticipado al imputado, sino el de asegurar la presencia del mismo en el juicio, tomando en cuenta los principios de 1) mínima intervención, 2) legalidad y 3) proporcionalidad; el primero comprende a que se deberá atender a una medida que no sea de imposible reparación al imputado; el segundo sostiene que prevalecerá la normatividad sobre la medida impuesta y el tercero es preponderante, ya que se tendrá que concatenar el delito y su impacto en la sociedad, con la medida que se le impondrá al supuesto sujeto activo. (Serna, 2019: 37)

Lo anterior, igualmente lo vemos plasmado en la directriz del capítulo IV del CNPP, en específico en el numeral 155 y 156 los cuales, señalan las medidas cautelares a imponer en un juicio penal, así como la proporcionalidad.

En el análisis comparado de la convencionalidad del principio de presunción de inocencia, este se deberá observar por todas y todos los jueces de México, lo anterior, por estar contenido en las garantías judiciales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su numeral 8.2. “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

²⁴ OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, 30 de diciembre de 2013. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>.

Desde las dicotomías que la lectura comparada nos ofrece y por la investigación jurídica de la jurisprudencia interamericana, se advierte que la CoIDH se reserva la consideración para la prisión preventiva oficiosa, toda vez que no se adecua al principio *pro homine*:

La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. (Caso Instituto de Reducción del Menor Vs. Paraguay, p. 228)

Teniendo en cuenta lo anterior, sin duda, la prisión preventiva no es una medida que se concatene en la legitimidad del derecho subjetivo respecto del individuo, creando discrepancias en su estudio y en el enfoque de la metodología penal.

III. EL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO Y LA AMPLIACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Siguiendo con la axiología del presente artículo, es debido añadir sobre cómo se actualiza la ampliación o la prolongación de la prisión preventiva. Según la hipótesis del numeral 165 del CNPP, la PP se podrá prologar por el derecho de defensa del imputado.

La hermenéutica del derecho de defensa del imputado referirá al recurso efectivo que este pudiera interponer con el fin de combatir una ineficacia, violación o inseguridad procesal, que pudiese ser un daño de imposible reparación para el individuo privado de la libertad.

En la aplicación del numeral controvertido en el presente texto, el juez de primera instancia, en su interpretación sistemática y regresiva, vislumbra, al momento de que el imputado recurre a la segunda instancia o a la autoridad de segundo grado, un auto en el cual, si se acerca el tiempo para que culmine la PP, se

tendrá que prolongar, hasta en tanto se resuelva el recurso interpuesto.

Es preciso apuntar, que la autoridad de segundo grado ya se ha pronunciado sobre la prolongación de la PP, incluso, combatiendo la convencionalidad del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En esta, hace un estudio dogmático-jurídico sobre los casos en los cuales es procedente dicha ampliación y como ello no transgrede la presunción de inocencia:

(...) los artículos 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7 numeral 5 y 8 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -de los que México es parte-, prevén el derecho humano a un juzgamiento dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad mediante las garantías que aseguren su comparecencia al juicio y la continuación del proceso; por ello, en los casos en que un proceso penal hubiere excedido de los términos contemplados en el citado artículo 20 constitucional, acorde con un correcto control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos (previstos en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Federal), deberá determinarse si dicha ampliación está justificada con base en los criterios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (organismo internacional que junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen los máximos intérpretes en el sistema regional de protección de los derechos humanos) en los que México haya sido parte -criterios vinculantes-, o bien, en los que éste no hubiera intervenido -resoluciones orientadoras-, en cuyo caso, deben verificarse los test de dilaciones indebidas fijadas por dicho tribunal en diversas sentencias, a saber: a) la complejidad del asunto -cantidad de procesados, delitos, hechos relacionados y pruebas-, b) la actividad procesal de los interesados -pruebas ofrecidas y medios de impugnación presentados en ejercicio de su derecho a la adecuada defensa- y, c) la conducta de las autoridades judiciales -si se ha dejado de actuar por un tiempo, el retraso o no en la resolución de recursos pendientes, etcétera- lo que se vinculará al plazo transcurrido de la prisión preventiva en relación con la penalidad prevista para el delito, las que no deben ser desproporcionadas entre sí, aspectos que de no violentarse, justifican la prolongación de la prisión preventiva; por tanto, la negativa a conceder la libertad con

base en las citadas normas internacionales no viola el derecho humano de que se habla.²⁵

Conforme a las líneas anteriores, y aludiendo a la hermenéutica del juzgador federal y de la intención de mayor protección al individuo que el legislador previno en la constitución federal, a continuación, se expondrá la propuesta medular del texto.

IV. LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: CRITERIOS RELEVANTES.

Abonando a lo anterior, si bien es cierto, el legislador ordinario en el artículo 165 del CNPP pretendía que se fundara la prolongación de la PP por la defensa del imputado, en la recurrencia de un recurso en alza o amparo, no menos cierto es, que por interpretación conforme, y bajo el parámetro de regularidad constitucional, es inconveniente e inaplicable dicha porción normativa ya que transgrede el principio de presunción de inocencia.

En la visión de un Estado sin violencia y en el cual predominen políticas contra la delincuencia organizada, en la tesis I.9o.P.135 P (10a.), el juzgador federal señala que en casos de delincuencia organizada será improcedente cesar la PP invocando el argumento de la excedencia de los dos años:

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el tema de los derechos humanos, acoge principios importantes y trascendentes, cuyos postulados se rigen favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Luego, el principio de convencionalidad implica la obligación de aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, así como en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte. Así, en el ámbito de las obligaciones, toda autoridad debe promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; no obstante, el propio artículo 1o. y el 29 de la Ley Fundamental señalan restricciones en determinados supuestos a esos derechos humanos, esto cuando la propia Constitución así lo establezca. Por lo que las restricciones constitucionales

²⁵ Tesis 1a. CXXXVI/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, Libro XI, tomo 1, Agosto de 2012, p. 491.

al goce y su ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior. Así, el derecho a la libertad provisional y otras medidas cautelares, como excepción a la prisión preventiva, conforme al artículo 19 constitucional, en los casos de delincuencia organizada y secuestro, constituye un régimen de excepción, que también se contiene en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en virtud de lo cual, tratándose de los delitos señalados, es improcedente ordenar el cese de la prisión preventiva y la imposición de una medida cautelar distinta, aun cuando su duración excediera del plazo de dos años, sin que se haya emitido la sentencia definitiva correspondiente; máxime si en el particular, ese exceso se justifica en el ejercicio de defensa del imputado.²⁶

Por lo anterior, podemos indicar que se rebasa bajo la progresividad del criterio II.3o.P.54 P (10a.), al singularizar que se podrá cesar la PP al momento de exceder los dos años de la medida cautelar, así como imponer una medida distinta, toda vez que se viola al principio de presunción de inocencia, distinguiendo a la PP como una medida de carácter excepcional y de la cual deberá prevalecer la provisionalidad de la medida y con ello, primar la mayor protección al individuo:

Si bien es cierto que una de las prerrogativas que salvaguarda el derecho de defensa, consiste en el hecho de ser oído con las debidas garantías por un Juez o tribunal "competente", independiente e imparcial, también lo es que si dentro de la etapa de investigación del sistema penal acusatorio (en su fase formalizada) o bien, intermedia, la autoridad responsable ha determinado inhibir o declinar el conocimiento del asunto en favor de otro órgano jurisdiccional, y supedita su tramitación en dichas etapas a que el Juez declinado acepte o rechace la competencia que le fue planteada, ello no es obstáculo para desconocer los derechos que les asisten a los imputados, ni obligarlos a permanecer en prisión preventiva hasta en tanto dicho presupuesto procesal sea dirimido, sobre todo cuando éste, dada su naturaleza, impide que aquéllos ejerzan el derecho a la defensa que les asiste. Lo anterior es así, ya que al ser la prisión preventiva (oficiosa o justificada) una medida cautelar de carácter excepcional que asegura la presencia del imputado al proceso, que se rige, entre otros, bajo el principio de

²⁶ Tesis I.9o.P.135 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, Libro 40, tomo IV, Marzo de 2017, p. 2863.

provisionalidad, al tener vigencia mientras no cambien los presupuestos en que se fundó su imposición o se dicte la sentencia respectiva, debe ponderarse que, por imperativo del artículo 20, apartado B, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la autoridad no puede prolongarla más allá del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y, en ningún caso, superior a dos años, lo que implica que si el procedimiento se suspendió con motivo de un conflicto competencial o algún otro presupuesto procesal que no sólo limita, sino que hace imposible la plena satisfacción del derecho a una defensa adecuada del imputado, su prolongación no se encuentra justificada; de ahí que el órgano jurisdiccional deba ordenar su cese, y poner de inmediato en libertad al imputado mientras se sigue el proceso; sin que ello obste para imponer, previo debate, otras medidas cautelares que garanticen su presencia durante el proceso penal instruido en su contra, lo cual es coherente con el principio de presunción de inocencia del que todo indiciado debe gozar.²⁷

De igual forma, para comprender que la ampliación de la PP es una forma de violentar los derechos del imputado, es necesario recalcar que la medida cautelar de privación de la libertad, además de la proporcionalidad, se deberá observar el plazo razonable para su adecuada imposición y que esto no provoque un daño de imposible reparación para el individuo:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981, prevé en su artículo 9o., numerales 1, 3 y 4, respectivamente, que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, sin que pueda ser sometido a detención o prisión arbitrarias, esto es, no podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta; que toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad; que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, y que éstas tendrán derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que decida, a la brevedad posible, sobre la legalidad de su prisión. De lo anterior y de una interpretación al principio *pro personae*

²⁷ Tesis II.3o.P.54 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, Libro 64, tomo III, Marzo de 2019, p. 2762.

al derecho nacional en términos del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que la prisión preventiva debe durar un plazo razonable.²⁸

V. CONCLUSIONES

A manera de corolario y devenido de los criterios que servirán como guía para el juzgador de primera instancia, la ampliación de la PP es inconveniente a la luz de los criterios señalados y toda vez que no se encuentra fundada en el plazo razonable y en la protección del individuo bajo el principio de presunción de inocencia.

Asimismo, bajo una ética discursiva adecuada en la función jurisdiccional, será necesario el que se estudien de fondo todos los asuntos en los que involucra la PP, pues ello, generará una mayor legitimidad en el actuar jurisdiccional.

Por último, el juzgado de control, al momento de que el imputado recurra al segundo órgano jurisdiccional, el de primera instancia estará obligado a observar el plazo razonable de la medida cautelar y en el instante de que se cumpla el tiempo dictado de esta, deberá cesarla *ex officio*, con el fin de no vulnerar los derechos humanos del imputado.

²⁸ Tesis II.1o.P.2 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, Libro XI, tomo 2, Agosto de 2012, p. 1932.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay”, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

DELGADO SERNA, Tomasa, “Breves consideraciones sobre las medidas cautelares en el nuevo Sistema de Justicia Procesal Penal”, en Vazquez Azuara, Carlos y Rosas Solano, Ángel (coords.), *Paradigmas del Nuevo Sistema Penal Acusatorio: Los Dilemas de su Implementación*, México, Porrúa, 2019, pp. 34 – 46.

<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>.

Tesis 1a. CXXXVI/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, Libro XI, tomo 1, Agosto de 2012, p. 491.

Tesis I.9o.P.135 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, Libro 40, tomo IV, Marzo de 2017, p. 2863.

Tesis II.1o.P.2 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, Libro XI, tomo 2, Agosto de 2012, p. 1932.

Tesis II.3o.P.54 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, Libro 64, tomo III, Marzo de 2019, p. 2762.

TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Dra. Rebeca Elizabeth Contreras López

Sumario: 1. Evolución de los sistemas analíticos del delito. 1.1 Causalismo, 1.2 Finalismo. 1.3 Funcionalismo. 2. La necesaria protección de los Derechos Humanos. 3. El delito en la legislación mexicana. 4. Teoría de la imputación objetiva. Reflexión final. Fuentes consultadas.

Resumen. Esta reflexión presenta algunos aspectos básicos de la teoría de la imputación objetiva, dentro del enfoque funcionalista del análisis del delito que se introduce en la legislación procesal nacional y que lleva en sí misma la necesidad de actualizar los cuerpos normativos y la formación actualizada de los profesionales del derecho. Se hace hincapié en que la reforma constitucional de 2011, en México, representa una obligación, y una oportunidad, para llevar a cabo esta tarea.

Palabras claves. Imputación objetiva, elementos del delito, funcionalismo penal.

1. Evolución de los sistemas analíticos del delito

Es importante iniciar con una precisión metodológica: El concepto jurídico del delito es la base de la dogmática penal, entendida como ciencia del Derecho penal, dado que es el eje sobre el que descansa la explicación de lo que jurídicamente es catalogado como una conducta típica, antijurídica y culpable que es la base para imponer una sanción penal. Si bien la conducta posee una base empírica de realización material, lo que importa en este análisis son los aspectos normativos que hacen que esa conducta cobre relevancia penal.

Surge así, la necesidad de explicar esa construcción jurídica que es el delito, para lo cual se han elaborado diversas teorías que ponen de relieve sus elementos fundamentales, con un sustento

ontológico y epistemológico diverso que, además, no sólo constituyen explicaciones diversas de la conducta y su realización, sino de la propia naturaleza humana y su interrelación con las manifestaciones “perversas” e “ilícitas” que la llevan a configurar como una conducta prohibida, en tiempos y lugares determinados.

Ese es otro elemento sustancial de la explicación del delito: su naturaleza temporal y espacial, ya que lo que hoy se considera delictivo, en otro tiempo y lugar puede no serlo, de ahí que resulta indispensable (como se verá en las concepciones más contemporáneas) considerar el aspecto político en la conformación del delito.

El delito es, por tanto, un constructo jurídico, polifacético y multidimensional, que representa un fenómeno complejo, universal, que es el crimen y la criminalidad. A lo largo de la historia han sido múltiples y diversas las respuestas ante estas conductas, todas ellas relacionadas con el castigo y el sufrimiento. Algunas de ellas caprichosas e inusitadas, aunque a partir de la conformación de los estados modernos, los límites a la arbitrariedad del poder son cada vez más definidos.

La dogmática penal en general y la teoría del delito, en particular, son uno de los límites más potentes con que contamos en los estados de derecho, sin embargo, esos límites no son, ni serán suficientes, en tanto no los podamos aplicar en los casos específicos por omisión, ignorancia o simple comodidad. Teóricamente la explicación dogmática del delito ha llegado a límites asombrosos de complejidad y abstracción, ello ha propiciado que, en muchas ocasiones, sea rechazada por los estudiantes de Derecho e incluso por profesionales dedicados al ejercicio de la abogacía en los ámbitos jurisdiccionales.

Para efectos de este texto presentaré una breve reflexión sobre los sistemas analíticos de la explicación del delito, que se han afianzado a partir del siglo XIX, hasta la actualidad.

Así tenemos los siguientes:

- Clásico: Causalista-naturalista.
- Neoclásico: Causalista-valorativo.
- Finalismo: Concepto final de acción (Welzel).
- Funcionalismo:
 - Político-criminal (Roxin)
 - Normativista (Jakobs)

Me ocuparé aquí de algunos de ellos, con representantes específicos, aunque hay que hacer la advertencia que han sido innumerables los representantes de cada uno de estos sistemas. También es necesario advertir que cada nueva explicación es un avance en la explicación del delito, no es un rechazo a lo anterior, sino una propuesta teórica más acorde a la situación actual y al análisis de la conducta delictiva, en los estados democráticos de derecho²⁹.

1.1 Causalismo-valorativo.

El sistema causalista clásico, si bien en su momento fue un esfuerzo importante por sistematizar el estudio del delito, en realidad es un modelo puramente naturalista, inspirado en el primer positivismo científico: empirista, cerrado y basado en la observación y el causalismo lineal.

Algunos rasgos del causalismo valorativo son:

²⁹ Es importante precisar que con el surgimiento de los estados-nación se fortalecen los derechos humanos, los valores fundamentales del humanismo se introducen en las constituciones liberales del mundo y se empiezan a consolidar los estados democráticos. En México a raíz de la reforma de 2011 al artículo 1º de la Constitución Federal se sientan las bases para la construcción de un estado constitucional de derecho, con plena vigencia de los derechos humanos, aunque eso no significa que su materialización se haya alcanzado en el territorio mexicano, al contrario, nos enfrentamos a una crisis de legitimidad y debilidad de los poderes públicos sin precedentes.

- Su método comprensivo, trasciende el naturalismo, puramente empírico, de la versión anterior.
- Se introduce un juicio valorativo sobre la idoneidad de la conducta para producir el resultado.
- Los elementos del tipo son: Objetivos, subjetivos y normativos. Es decir, en la tipicidad se analizan aspectos subjetivos.
- La culpabilidad tiene una base psicologista-normativista, que lleva a la imputación subjetiva a la que se adicionan las circunstancias materiales.

1.2 Finalismo.

El finalismo a través del pensamiento de Hans Welzel (1970), se introduce en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana con la figura de Eugenio Raúl Zaffaroni (2001) que, en los años 60's del siglo pasado, estuvo de año sabático en la misma y fue ilustre profesor de muchos de nuestros profesores de derecho penal. Es mucho después cuando esta corriente teórica se introduce en nuestros textos legales, aunque por desgracia, mucho del ejercicio profesional en el ámbito penal siguió siendo, por demasiados años, de corte causalista.

Así algunos rasgos básicos de esa primera visión finalista son:

- La introducción del concepto final de acción que rompe con la explicación meramente causal.
- Análisis sistemático del tipo penal: Tipo objetivo/Tipo subjetivo
- Antijuridicidad: Formal y material
- El contenido de la culpabilidad adquiere contenido normativo a través de la denominada reprochabilidad (Zaffaroni, 2001).

1.3 Funcionalismo.

Por su parte, el funcionalismo es muy reciente, en la práctica judicial en México, en donde, además, encontramos algunos elementos entremezclados de las distintas corrientes teóricas, lo que, en mi opinión está en consonancia con la escasa formación que de estas teorías se ofrece en la formación universitaria inicial de los profesionales del Derecho.

Encontramos algunos aspectos de interés del funcionalismo penal, en sus dos corrientes básicas, la teleológica derivada del funcionalismo político criminal de Claus Roxin (1997) y la normativista representada por Günther Jakobs (1995).

Un aspecto que no debemos olvidar es que, en el funcionalismo la conducta es un presupuesto del delito, por tanto, son *tres las categorías analíticas del delito*: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Ya que la conducta sólo será jurídicamente relevante, en la medida en que este incorporada en el tipo penal. (Contreras, 2019)

2. La necesaria protección de Derechos Humanos.

A partir de la reforma de 2011 al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos aparece la conformación de un Estado Constitucional de Derecho, en el cual es ineludible la necesaria protección de Derechos Humanos a partir de la incorporación de diversas y novedosas (para México) figuras jurídicas: principio de convencionalidad, principio pro-persona y, posteriormente, el control difuso de constitucionalidad. (Contreras, 2015b)

En esta racionalidad jurídica se abre la ya indiscutiblemente propuesta garantista de Ferrajoli (1995), junto a la necesaria referencia a los principios, junto a las normas, de Alexy (2016) y Dworkin (2010). Todo ello conlleva una responsabilidad sustancial tanto al incorporar e implementar este sistema, como al profesionalizar a los operadores del Derecho, una función que aún está lejos de concluir.

3. El delito en la legislación mexicana.

En la legislación penal mexicana encontramos una diversidad de cuerpos normativos que, generalmente, al regular las excluyentes del delito, nos ofrecen una visión analítica del concepto y elementos básicos del delito. Así encontramos que, el artículo 23 del Código Penal veracruzano sigue un modelo finalista y establece como excluyentes, las siguientes:

- La ausencia de conducta;
- La atipicidad;
- Las causas de justificación; y
- Las causas de inculpabilidad.

Por su parte, el Código Penal federal, bajo el mismo enfoque, en su artículo 15 señala que el delito se excluye cuando:

- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;
- Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;
- Más otros casos de atipicidad, justificación e inculpabilidad.

Es decir, en ambos códigos sustantivos se establece que la conducta es parte de los elementos del delito, con un enfoque finalista, aunque en otros artículos conserva reminiscencias del causalismo.

Finalmente, en México se señala en el Código Nacional adjetivo que (Art. 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales):

En su sentencia absolutoria el Tribunal de enjuiciamiento determinará la causa de exclusión del delito, para lo cual podrá tomar como referencia, en su caso, las causas de atipicidad, de justificación o inculpabilidad, bajo los rubros siguientes:

- Son causas de atipicidad: la ausencia de voluntad o de conducta, la falta de alguno de los elementos del tipo penal, el consentimiento de la víctima que recaiga sobre algún bien jurídico disponible, el error de tipo vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal que no admita, de acuerdo con el catálogo de delitos susceptibles de configurarse de forma culposa previsto en la legislación penal aplicable, así como el error de tipo invencible;
- Son causas de justificación: el consentimiento presunto, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, o
- Son causas de inculpabilidad: el error de prohibición invencible, el estado de necesidad disculpante, la inimputabilidad, y la inexigibilidad de otra conducta.

Hay que recordar que este Código es de naturaleza procesal, sin embargo, incorpora ya el enfoque funcionalista del delito aludiendo a que la ausencia de voluntad o conducta es un caso de atipicidad. Ello debería llevar a la reforma de los códigos sustantivos, pero sobre todo, a la reforma curricular de nuestras universidades para actualizar la enseñanza de la teoría del delito y, sobre todo, incorporarla a la solución de casos prácticos y otras estrategias de aplicación del conocimiento que garanticen la formación de los futuros abogados, en el país.

4. Teoría de la imputación objetiva

Ahora bien, para hablar de la teoría de la imputación objetiva, es necesario explicar primero brevemente la visión funcionalista del delito (Contreras, 2019). En ella se sustituye la concepción final de acción por criterios valorativos-sociales (Roxin, 1997) o normativos (Jakobs, 1995). Como ya señalamos, la conducta pasa a ser un presupuesto del delito lo que implica su análisis a partir de leyes causales que, sólo tienen impacto jurídico, cuando en la tipicidad se incorpora y, sólo bajo los elementos típicamente relevantes.

La culpabilidad con contenido normativo asume, criterios político-criminales (Roxin 1997, 1989) que utiliza datos empíricos y elementos criminológicos para determinar el objeto de protección de la norma y trasladarlo a la aplicación jurisdiccional. Además, se aluden a criterios normativo-preventivos (Jakobs, 1995, 1996), que en última instancia permiten comprender los fines de la tipificación o, en su defecto establecer una mirada crítica de esas decisiones legislativas.

En este enfoque, Roxin adopta la categoría de *responsabilidad* para desarrollar la necesidad de la pena como criterio de política criminal y se establecen diversos aspectos de valoración judicial para, incluso, omitir la pena cuando, ésta es innecesaria.

Algunos precedentes de la imputación objetiva del resultado es la teoría de la acción causal en sus diversas vertientes: Equivalencia de las condiciones, causalidad adecuada y causalidad relevante, que es el antecedente directo de la imputación objetiva. (Jiménez de Asúa, 1980) Con ellas, se busca determinar la causalidad a través de la equivalencia de las condiciones más la *relevancia jurídica* de dicha causa.

Para Roxin (1996), el análisis de la imputación objetiva corresponde al aspecto objetivo del tipo, que requiere:

- Determinar que la acción ha creado un riesgo (Teoría de la equivalencia de las condiciones).
- Establecer que ese riesgo es jurídicamente desvalorado.
- El riesgo se plasma en la realización del resultado típico.

Por tanto, los criterios de imputación objetiva implican analizar aspectos sustanciales del riesgo, en el caso concreto, si éste disminuye o aumenta, si se crea un riesgo jurídicamente relevante, además precisar el objeto de protección de la norma, todo ello a partir de la conducta del agente. Por tanto, se requiere tener en cuenta que:

- El presupuesto de la imputación objetiva que es la constatación de la relación causal.
- La imputación objetiva sólo puede utilizarse en delitos de resultado material.
- La imputación objetiva corresponde al ámbito de la tipicidad objetiva, no se determina en la causalidad sino en los elementos objetivos de los tipos penales.
- La constatación de la tipicidad se da cuando entre acción y resultado existe una determinada relación de riesgo (criterios normativos) que permiten imputar objetivamente el resultado o, en su defecto, excluirlo.

Reflexión final

Se pone en evidencia que, en México, aún no se ha formalizado un sistema penal de análisis del delito que sea coherente y responda a la necesidad garantista, inclusiva y ética de la reforma constitucional de 2011, aún es mucho el trabajo por hacer y la responsabilidad de legisladores, operadores, científicos y formadores es ineludible para fortalecer y poner en acción el estado constitucional de derecho, con la imprescindible protección de derechos humanos en un escenario democrático y equitativo.

En esta breve reflexión se pone en evidencia además, la necesidad de actualizar los textos legales y la formación de los futuros profesionales del Derecho, sin embargo, es importante recordar también que hoy en día existen innumerables retos para una dogmática penal, en ocasiones, obsoleta y falta de aplicación, que en el escenario del derecho penal posmoderno, de dos o más velocidades, (Silva Sánchez, 1999, 2000), los retos son inmensos (Contreras, 2000) y que desde luego son siempre más las preguntas que las respuestas (Contreras 2015a).

Fuentes consultadas

Alexy, R. (2016). *La doble naturaleza del Derecho*. Madrid, España: Trotta.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Penal del estado de Veracruz.

Código Penal Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Contreras López, R.E. (2015a). Derecho penal económico en el contexto global. Una mirada introductoria. México: Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana.

Contreras López, R.E. (2015b). Legalidad y convencionalidad como base del sistema penal acusatorio en México. *Cuestiones Constitucionales* (33), 33-51. DOI. <http://dx.doi.org/10.1016/j.rmdc.2016.03.014>

Contreras López, R.E. (2020). Retos globales del Derecho: Una reflexión incompleta. En Transformaciones de los conceptos claves en distintas áreas del conocimiento jurídico-social, Madrid: Dykinson, p.p. 11-26.

Contreras López, R.E. (2019). Lecciones de Derecho Penal. Parte general, Xalapa, México: Universidad de Xalapa/Codice.

Dworkin, R. (2010). *Los Derechos en serio* (8a edición ed.). Barcelona, España: Planeta.

Ferrajoli, L. (1995) *Derecho y razón*, (teoría del garantismo penal), Prol. Norberto Bobbio, tr. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid.

Foucault, M. (1990) *La verdad y las formas jurídicas*, Tr. Enrique Lynch, Gedisa, México.

- Foucault, M. (1991) *Vigilar y Castigar* (nacimiento de la prisión), tr. Aurelio Garzón del C. Siglo XXI, México.
- Hassemer, W. y Muñoz Conde, F. (1989) *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, España.
- Jakobs, G. (1995) *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. tr. Cuello Contreras y Serrano González. Marcial Pons, ediciones jurídicas, Madrid.
- Jakobs, G. (1996) *La imputación objetiva en Derecho penal*, Cuadernos Cívitas, Madrid.
- Jakobs, G. (1996) *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. tr. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid.
- Jiménez de Asúa, L. (1980) *La ley y el delito*, (principios de derecho penal), 10ª ed, Sudamericana, Buenos Aires, Argentina.
- Silva Sánchez, J.-M. (1992) *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, España.
- Silva Sánchez, J.-M. (1999) *La expansión del Derecho Penal*, (aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales), Cuadernos Civitas, Madrid.
- Roxin, C. (1997) *Derecho penal* (parte general), T. I, (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito), Trs. Luzón Peña, Díaz y García y de Vicente Remesal, Civitas, Madrid.
- Roxin, C. (1989) *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Ariel, Barcelona.

Welzel, H. (1970) *Derecho penal alemán* (parte general), tr. Juan Bustos y Sergio Yañez, 11a. ed, Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Zaffaroni, E. R. (2001) *Derecho penal (parte general)*, Porrúa, México.

**ANÁLISIS DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS
293/2011 A LA LUZ DE LA TUTELA JUDICIAL
EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Dr. Carlos Antonio Vázquez Azuara³⁰

Dr. Alan Jair García Flores³¹

SUMARIO.- *1. El control difuso y la interpretación conforme 2. Supremacía de la Constitución por sobre los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos 3. La jerarquía de la jurisprudencia con respecto a la constitución y a los tratados internacionales 4. Restricción de los Derechos Humanos, consecuencia de la contradicción de tesis 293/2011 5. Conclusiones 6. Referencias.*

Resumen

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió la contradicción de tesis 293/2011 en la que definió que los derechos humanos de fuente internacional se les reconoce el mismo rango que los previstos en la Constitución y que ante una restricción expresa en la Constitución al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, lo que representa un retroceso en la vanguardia

³⁰ Licenciado en Derecho, Licenciado en Ciencias de la Comunicación, Doctor en Derecho Público con mención honorífica, egresado del Instituto de Investigaciones Jurídicas, todo lo anterior, por parte de la Universidad Veracruzana, miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología), diplomado en Sistema Penal Acusatorio desde la perspectiva de la reforma constitucional, por parte del Instituto de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación, Diplomado en Juicios Orales, Diplomado en Medios Alternativos para la Solución de Conflictos y Justicia Restaurativa y Diplomado en Educación y Tecnologías de la Información, por parte de la Universidad de Xalapa.

³¹ Doctor en Derecho, Doctor en Educación, Maestro en Derecho Penal y Licenciado en Derecho, Investigador nacional, nivel 1. Profesor de Derecho Penal, Criminología y política criminal, tanto en licenciatura como en posgrado. Investigador de tiempo completo del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad. Integrante del Cuerpo Académico “Transformaciones Jurídicas”. Autor de diversos libros, tanto individuales como colectivos; así como de artículos en revistas arbitradas, nacionales e internacionales.

reformista de México en materia de derechos humanos y limita el control convencional, lo cual de suyo, es poco aplicado en el ámbito de la administración pública, aun cuando el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, indica que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Palabras claves

Derechos humanos, control difuso, control constitucional, control convencional, interpretación conforme, administración pública, supremacía constitucional, jurisprudencia, tratados internacionales.

Abstract

The Supreme Court of Justice of the Nation, solved the contradiction of thesis 293/2011 which defined that the human rights of international source have the same level that in the Constitution but in front of an express restriction in the Constitution to the exercise of the human rights, there will have to respect what indicates the constitutional norm, which represents a setback in Mexico in the protection of the human rights and limits the conventional control, which is slightly applied in the area of the public administration, even if the first article of the Political Constitution of the United States of Mexico, indicates that all the authorities, in the area of his jurisdictions, have the obligation to promote, respecting, protecting and guaranteeing the human rights.

Key words

Human rights, diffuse control, constitutional control, conventional control, similar interpretation, public administration, constitutional supremacy, jurisprudence, international agreements.

Introducción

En México, actualmente se vive una transformación reformista sin precedentes, es decir, nos encontramos ante una vanguardia jurídica, que originó cambios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a ordenamientos jurídicos generales y federales, buscando con ello alcanzar los ideales de respetos a derechos humanos, homologando conceptos a los compromisos adquiridos a través de la forma de tratados internacionales, reestructurando de esta forma el aparato jurisdiccional que nos rige; prueba de ello son las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación en fechas 18 de junio de 2008 y 10 de junio de 2011.

Empero, México sufrió un retroceso en estos avances, particularmente en el caso del control difuso de convencionalidad, puesto que antes del criterio jurisprudencial dimanado de la contradicción de tesis 293/2011 y atentos al artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante el cual ordenaba que todas las autoridades en los ámbitos de sus competencias, podían desaplicar una norma general, federal e incluso una disposición contenida en la propia constitucional federal, que no tutelara derechos humanos de mejor manera en que lo podía hacer algún tratado internacional del que México fuera parte.

Sin embargo, cuando las autoridades de los diferentes poderes de la Unión, comenzaban a entender el control difuso de convencionalidad y esto se vislumbraba como una oportunidad de promover, respetar, proteger y garantizar mejor los derechos humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sienta un revés en la resolución de la referida contradicción de tesis, manifestando que ante una restricción expresa de algún derecho humano en la Constitución, con independencia de que un tratado internacional (del que México sea parte) tutele mejor tal derecho, deberá estarse a lo que atiende el mandato constitucional, es decir, respetar la restricción.

Lo anterior, sin duda alguna representó para México un retroceso al avance que en recientes años ha tenido el derecho,

puesto que nos regresa a la vieja escuela Kelseniana de la teoría pura del derecho³², donde existía una solidez mayor del iuspositivismo y se privilegiaba la norma por encima de todo; refutando de esta forma uno de los principios que sustentan la aplicación de los derechos humanos, que lo es la *progresividad*.

1. El Control difuso y la interpretación conforme

Con las reformas del 06 y 10 de junio de 2011, la primera en materia de juicio de amparo y la segunda en materia de derechos humanos, se generó un progreso en el aparato jurídico protector de tales derechos, elevándolos a rango constitucional y con ello, se solidificó el andamiaje del principio pro persona, así como los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo que a su vez, fortaleció el control difuso constitucional y convencional, así como la interpretación conforme, figuras jurídicas, que de forma material y doctrinal, ya se venían aplicando en México.

Con respecto al control difuso, en oposición al control concentrado, es el que pueden ejercer todas las autoridades en los ámbitos de sus competencias, para aplicar, desaplicar o interpretar las leyes que pudieran estar en conflicto con el ordenamiento jurídico supremo como lo es la Constitución Federal o en conflicto con los tratados internacionales de los que México sea parte, en pro de la mejor tutela de los derechos humanos, así, hablamos de control difuso de constitucionalidad, cuando se analiza un ordenamiento jurídico atentos a lo que dispone la Constitución Política Federal y hablamos de un control difuso de convencionalidad, cuando se analiza un ordenamiento jurídico atentos a lo que dispone un tratado internacional del que México sea parte.

³² La Teoría Pura del Derecho (Reine Rechtslehre), es una obra escrita por el jurista austriaco (originario de Praga) Hans Kelsen, que defendía una postura iuspositivista, es decir, que el derecho es la norma y a ésta no le deben preocupar aspectos éticos o morales, pues tales conceptos, no son objeto de estudio del derecho. "Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo", Hans Kelsen, Teoría pura del Derecho, 1982, Ed. EUDEBA, Argentina, pág. 134.

El control difuso de convencionalidad, consiste en el deber de los jueces nacionales, en realizar un examen de compatibilidad, entre las disposiciones y actos internos, que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales³³.

Un ejemplo relativo al control difuso de constitucionalidad, es lo contenido en el Código de Procedimientos Penales de Veracruz, vigente a partir del 11 de mayo de 2013, aplicable para los distritos judiciales de Xalapa y Córdoba, que respecto a la prisión preventiva³⁴ refiere:

Artículo 300. Prisión preventiva de oficio

En términos del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el juez ordenará la ***prisión preventiva oficiosamente, en los casos de homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos, así como en los delitos contra la seguridad del Estado y el libre desarrollo de la personalidad, previstos en el Código Penal para el Estado.***

Para los efectos de éste artículo se considerarán:

...

IV: Delitos cometidos por medios violentos:

...

d) ***Abigeato, previsto en los artículos 210, 211 y 212;***

Para los mismos efectos a que se refiere el párrafo primero, se califican como graves los delitos de trata de personas y de tortura, previstos en las leyes especiales

³³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, El control difuso de convencionalidad, en el Estado Constitucional, México 2010, UNAM p. 176.

³⁴ La prisión preventiva, es una medida cautelar de carácter personal, que se incorporó en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículos 18 y 19, a partir de la reforma del 18 de junio de 2008, que introduce el Sistema Penal Acusatorio y Adversarial en México.

de la materia, así como los delitos de extorsión, previsto en el artículo 220 del Código Penal para el Estado, y de operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 230 de ese mismo ordenamiento.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en este artículo también se califica como delito grave.

Artículo 240. Delitos graves para efectos de detención en caso urgente

Para los efectos de la detención por caso urgente, prevista en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se califican como graves, por afectar de manera importante los valores fundamentales de la sociedad, los perseguibles de oficio, sancionables con más de seis años de prisión en el término medio de su punibilidad, así como los delitos de violencia de género y violencia familiar.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en este artículo también se califica como delito grave.

El delito de abigeato, al que hace referencia el citado ordenamiento jurídico, establece prisión preventiva de oficio, pero si se analiza el contenido del tipo penal en cuestión, éste en caso de actualizarse, no reúne los requisitos constitucionales para ser contemplado como susceptible de prisión preventiva oficiosa:

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE
VERACRUZ
CAPÍTULO II
ABIGEATO

Artículo 210.- A quien en el medio rural, se apodere de una o más cabezas de ganado, sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ellas, se le impondrán de seis a doce años de prisión y multa hasta de trescientos días de salario mínimo.

Cuando el apoderamiento se realice sobre ganado vacuno o caballar, se impondrán de seis a quince años de prisión y multa hasta de quinientos días de salario.

Del anterior tipo penal se desprende que, con independencia de la sanción corporal contemplada, la conducta prohibitiva en comento, de conformidad con el ordinal 19 párrafo segundo parte final de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no amerita la imposición de la medida cautelar de carácter personal excepcional, como lo es la prisión preventiva y que dicha medida, además sea impuesta por el Juzgador “*de oficio*”, ya que si bien es cierto, el Código de Procedimientos Penales de Veracruz, vigente a partir del 11 de mayo de 2013, aplicable para los distritos judiciales de Xalapa y Córdoba, al hablar de la prisión preventiva oficiosa, debiera haberse apegado a la legislación suprema, es evidente que no lo realiza, para efectos de comprensión citamos el mandamiento Constitucional al que hemos hecho referencia.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 19...

...El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como **delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.**

Partiendo del anterior numeral y atentos al hecho delictuoso de abigeato al que se hizo referencia con antelación, en el supuesto de que una persona en un medio rural, se robe por ejemplo una gallina y fuera señalada por la víctima y encontrada en posesión de dicho animal, inmediatamente después de haberse cometido el acto delictivo y en consecuencia, fuera privada de su libertad y puesta a disposición de manera inmediata a la autoridad

competente, después del procedimiento de rigor y llegada la hora de imponer medida cautelar, el juez ordenaría, basado en el artículo 300, fracción IV, inciso d), del Código de Procedimientos Penales de Veracruz, vigente a partir del 11 de mayo de 2013, aplicable para los distritos judiciales de Xalapa y Córdoba, la imposición de la medida cautelar de carácter personal excepcional, que lo es la prisión preventiva de oficio.

Es decir, su determinación si bien de conformidad con una legislación secundaria - Código de Procedimientos Penales de Veracruz- sería apegada a derecho; también lo es que bajo una interpretación armónica de los artículos 20 apartado “B” fracción I, 19 párrafo segundo parte primera y 1 párrafos segundo, tercero y quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sería una determinación violentadora de derechos humanos.

Es por ello que se postula que el juzgador de control que actuase en los municipios de Xalapa y Córdoba, cuando tuviese que resolver acerca de la medida cautelar de carácter personal a imponer a un ciudadano a quien se le atribuya su probable intervención en el hecho delictuoso de abigeato, tiene no solo el derecho sino el deber de aplicar un control difuso de constitucionalidad, muy a pesar de que el referido código lo marca, pues para el caso de pretender imponerle dicha medida, ello deberá ser a petición expresa del órgano acusador, siempre y cuando funde y motive la necesidad de su cautela y el peligro de su demora, petición que será analizada por el juez de control y de encontrarla suficientemente sólida para trastocar el principio de presunción de inocencia, entonces y solo entonces la ordenará.

Dicho control constitucional difuso se aplicaría partiendo del siguiente amalgamiento de los ordinales 19 párrafo segundo parte inicial, 20 apartado “B” fracción I y 1 párrafos segundo, tercero y quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que por si mismo constituiría un “bloque de Constitucionalidad”.

Es decir, el primer punto a ponderar es que las medidas cautelares de carácter personal son excepcionales, la primer obligación del juzgador es respetar el principio de presunción de inocencia de un ciudadano al que se le vincula con la comisión de un hecho delictuoso.

Dentro de las medidas cautelares de carácter personal la excepción de la excepción, es decir la última ratio es la prisión preventiva, debido a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación la estipula como una pena anticipada, siendo evidente que no se puede imponer una “pena anticipada” a un ciudadano inocente (recuérdese que con independencia a la forma como fue detenido, se encuentra en proceso, es decir no hay una sentencia firme que lo declare como culpable), congruente con este sentido la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “en toda pena de prisión se computara el tiempo de la detención”³⁵

Es por lo cual que la prisión preventiva excepcionalmente se podrá imponer solo en dos situaciones

La primera cuando el Ministerio Público funde y motive la necesidad de la cautela y el peligro en su demora, es decir, cuando otras medidas sean insuficientes para garantizar la comparencia del imputado a juicio; cuando se demuestre que de no imponerse estaría en peligro la víctima, los testigos o la comunidad; cuando se ponga el peligro el desarrollo de la investigación; o bien (aunque violatorio del derecho de acto no de autor) cuando el imputado este siendo procesado o hubiese sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

O bien, de oficio en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la

³⁵ Artículo 20 apartado “B” fracción X párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Segunda opción que, desde la perspectiva de los autores resulta conculcadora del derecho al trato igualitario (pues sin importar el hecho delictuoso al que se le vinculara, le persiste el principio de presunción de inocencia).

Pero con independencia de ello, en el ejemplo enunciado, el abigeato no cumple los requisitos para que el juzgador de control ordene una medida provisional de detención, debiendo en consecuencia aplicar un control constitucional difuso, es decir, para el caso de que el Ministerio Público solicite su imposición, deberá reunir los requisitos a los que se ciñe la parte inicial del párrafo segundo del numeral 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desaplicando el artículo 300, fracción IV, inciso d), del Código de Procedimientos Penales de Veracruz.

Si analizamos el supuesto hipotético del robo de gallina, no medió para nada violencia y aunque el Código de Procedimientos Penales vigente en Veracruz, define lo que son delitos cometidos por medios violentos, tal definición, no se apega a la pauta del 19 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos”, es decir, un medio violento, refiere un acto de agresión para lograr el resultado buscado, que en el supuesto hipotético, es el desapoderamiento de una gallina en medio rural, pero al no darse una conducta de violencia y al no ser un delito grave que la ley determine en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, no se ajusta a las hipótesis descritas por el multicitado ordinal en cita; consecuencia de lo anterior deberá ser la aplicación de un control constitucional difuso, para desestimar la orden procesal (300, fracción IV, inciso d), del Código de Procedimientos Penales de Veracruz) y atender al derecho humano (1 párrafos segundo, tercero y quinto así como 20 apartado “B” fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Asimismo, se puede agregar al mismo ejemplo del robo de gallina (abigeato), un criterio de control convencional, estimando como violatoria de derechos humanos la prisión preventiva, lo cual se lograría, atendiendo al siguiente tratado internacional:

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 9...

3... ***La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general***, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

El anterior criterio, de considerar por parte del juzgador de control la imposibilidad de aplicar el control constitucional, aún tiene la obligación de aplicar un control convencional en el caso hipotético que nos ocupa, desestima la prisión preventiva de oficio, en virtud de que, no puede ser una regla general, es decir, aún si hay un catálogo constitucional federal, de delitos que ameritan prisión preventiva de oficio, no menos cierto es, que el referido tratado, ratificado por México, refiere que no puede ser la regla general, es decir, opera como la *última ratio* y por tanto dicha medida estaría sujeta a revisión y en su momento susceptible de no aplicarse, con independencia de que esté decretada por la constitución como de oficio.

Por tanto, en el caso del robo de gallina en zona rural, aún cuando la legislación procesal penal de corte acusatorio y oral de Veracruz, refiere que el abigeato es un delito que amerita medida cautelar de prisión preventiva de oficio, no menos cierto es, que aplicando un control constitucional o convencional, en el tenor que se ha referido con antelación, se podría impugnar dicha medida cautelar y lograr su modificación o revocación, con la consecuente puesta en libertad del imputado.

Se debe aclarar, que con el actual criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el ejercicio del control convencional del caso hipotético que se menciona en el párrafo anterior, ya no sería posible, dado que ante alguna restricción expresa de un derecho humano contemplado en la constitución, deberá entenderse al derecho interno por sobre el internacional aún cuando este restrinja derechos humanos y violente el principio de progresividad de los mismos.

Por otra parte, la interpretación conforme, va más allá, es decir, no es solo desaplicar un precepto legal en todo o en parte, en virtud de ser contrario con la Constitución Federal (control constitucional) o con un tratado internacional (control convencional) si no también, aplicarlo conforme a los mismos, es decir, alinear dicho precepto legal a la norma constitucional o convencional.

En el caso del robo de gallina en medio rural (abigeato), basados en el control convencional y constitucional, se desaplicaría el artículo 300, fracción IV, inciso d), del Código de Procedimientos Penales de Veracruz, vigente a partir del 11 de mayo de 2013, aplicable para los distritos judiciales de Xalapa y Córdoba y consecuencia de ello, no imponer medida cautelar de prisión preventiva al imputado de oficio, sino que esta debe ser justificada (fundada y motivada) por el órgano acusador.

Pero en el caso de la interpretación conforme, no es solo desaplicar un precepto legal en todo o en parte, si no, aplicarlo conforme a la constitución o al tratado internacional, esto es, verbigracia, si algún Estado de la República tuviera implementado el arraigo (el cual, de suyo, ha sido determinado como violatorio de los derechos humanos desde un enfoque internacional) por un periodo máximo de cuarenta días, prorrogables hasta por un máximo total de cien días, dicha cuestión sería inconstitucional, pues el artículo 16 párrafo octavo de la Constitución Política Federal, dice que “la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días”.

Por tanto, si el Estado de la República que tuviera regulado el arraigo por un término prorrogable hasta por cien días, aplicara

dicha disposición legal, contra personas involucradas en cuestiones de delincuencia organizada y les aplicara una prórroga hasta por cien días, al ser esta situación impugnada por los afectados, el juzgador competente, aplicando una interpretación conforme, no se limitaría a desaplicar el precepto inconstitucional (control constitucional), sino que podría interpretarlo conforme a la constitución y por tanto podría confirmar el arraigo pero únicamente por un tiempo máximo total de ochenta días, esto es interpretación conforme.

Cabe mencionar, que actualmente y tal y como se verá en el siguiente punto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió que a los derechos humanos de fuente internacional se les reconoce el mismo rango que los previstos en la Constitución y que ante una restricción expresa en la Constitución al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

2. Supremacía de la Constitución por sobre los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha decidido que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el ordenamiento jurídico supremo también en materia de derechos humanos y sus restricciones, acordes a lo previsto en el boletín informativo de septiembre de 2013, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que expresó: "El Tribunal Pleno resolvió la contradicción de tesis 293/2011, al definir el nivel constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, dando certeza a los juzgadores sobre cómo ejecutar la reforma constitucional en la materia... El Pleno determinó que los derechos humanos de fuente internacional, a partir de la reforma al artículo 1º constitucional, tienen la misma eficacia normativa que los previstos en la Constitución; es decir, se les reconoce el mismo rango... Se interpretó que la reforma en materia de derechos humanos amplía el catálogo constitucional de éstos, pues mediante el principio pro persona permite armonizar las normas nacionales e internacionales garantizando la mayor protección a

la persona... También se determinó que, ante una restricción expresa en la Constitución al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”.

Lo anterior, se advierte como una interpretación del artículo primero constitucional muy alejada de lo que simplemente se lee de dicho precepto, es decir, la jurisprudencia, es el resultado de la interpretación que realiza el Poder Judicial Federal y en este caso del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de un orden normativo, tal interpretación se realiza cuando existe una laguna en la ley o existe duda sobre su alcance; sin embargo al analizar el referido artículo primero de nuestra Carta Magna, no había mucho que interpretar, pues tal numeral resulta ser bastante claro, pues en tal sentido el legislador Constitucional estatuyo el párrafo segundo del numeral en cita, que trae aparejado el principio pro persona.

En realidad, lo que aconteció fue que la Suprema Corte de Justicia de la Nación desatendió, según nuestro criterio, el mandato Constitucional que obliga a las autoridades para que en sus competencias promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos, brindando a los ciudadanos la protección más amplia; interpretación contraria a la esencia del referido numeral, para que se entienda de forma tal, que revierte el avance que representa el control difuso de convencionalidad, para sustentar lo dicho, se analizará lo que refiere el multicitado artículo primero de nuestra Carta Magna:

Título Primero

Capítulo I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

Denominación del Capítulo reformada DOF 10-06-2011

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos **todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea**

parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Párrafo reformado DOF 10-06-2011

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.

Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

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

Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

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

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

Como se puede advertir claramente del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de la

simple lectura de sus párrafos primero, segundo y tercero, no hay mucho que interpretar, es decir, el numeral es bastante claro y muy preciso al expresar: “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte... Cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece... Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia... las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.

De lo anterior y en un simple ejercicio de sentido común se desprenden tres cuestiones importantes, enlistadas a continuación en el siguiente cuadro:

PÁRRAFOS PRIMERO Y SEGUNDO DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS VIGENTE A OCTUBRE DE 2013		
TEXTO CONSTITUCIONAL	INTERPRETACIÓN COMÚN	ASPECTO JURÍDICO RESULTANTE
Todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...	Reconocimiento expreso de los Derechos Humanos de los cuales gozarán todos, comprendiendo estos los que se encuentran en la Constitución y en los Tratados internacionales, pudiendo entonces gozar de los contemplados en ambos ordenamientos jurídicos.	El Estado está obligado a reconocer los derechos humanos de las personas

DERECHOS HUMANOS
A 10 AÑOS DE LA REFORMA MEXICANA DE 2011

4	Cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece...	Los Derechos Humanos, encuentran una restricción en cuanto a su ejercicio, es decir, hay una excepción a la no restricción ni suspensión de los derechos humanos y es aquella que la propia constitución contemple.	Estado de excepción y restricción y suspensión de derechos humanos.
5	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	Los ordenamientos jurídicos vigentes en el país, tendrán que interpretarse con base en la protección de los derechos humanos que haga la constitución y los tratados, favoreciendo aquel que haga una más amplia protección de los mismos, lo que trae como consecuencia que si los tratados tutelan mejor un derecho humano, aun si la constitución lo restringe o lo limita, podrá atenderse al tratado por encima de la constitución.	Interpretación conforme, Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, restricción de la supremacía constitucional en materia de protección más amplia de derechos humanos. Resguardo del principio pro-persona
6	Las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad	Cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa) de cualquier ámbito de gobierno (federal, estatal o municipal, en su caso) deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Los derechos humanos son para todos, dependen unos de otros y son indivisibles lo que	Mandamiento constitucional de interpretación difusa, convencionalidad y conforme.

		trae como consecuencia que no se puede violentar uno sin violentar todos, pues su principio original es la dignidad humana; además estos derechos son progresivos, es decir, un derecho humano reconocido no puede, con el devenir del tiempo limitarse o restringirse.	
--	--	---	--

El anterior cuadro, nos sirve para ejemplificar, que desde una óptica de sentido común, no hace falta realizar una exhaustiva interpretación para entender lo que es evidente, *grosso modo*, que los derechos humanos, son un objeto de protección que en todo momento, deberán ser prioridad para todas las autoridades, pues éstas están regidas indiscutiblemente por la constitución y los tratados de que México sea parte y en caso de existir en alguno de ellos, restricción o limitante, se atenderá al ordenamiento jurídico que mejor los tutele.

Esto representó un extraordinario avance para el derecho en México, toda vez, que se privilegian los derechos humanos y se fortalece un control difuso de convencionalidad.

Pero actualmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de sus ministros, ha decidido que ante una restricción expresa en la Constitución al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, pero dicha interpretación, no contempla el espíritu de la ley³⁶, el

³⁶ Al hablar del espíritu de la ley, se hace referencia al hecho de que las leyes, al ser creadas, tienen una esencia y una finalidad que subsana una necesidad particular y esta no puede ser desdeñada o ignorada, pues con ello, se pierde la razón de ser de la misma “Todas las leyes están relacionadas con la manera que tienen de vivir los respectivos pueblos, el pueblo que viva del comercio y la navegación, necesita un código más extenso que el dedicado a las labores agrícolas, el que viva de la agricultura, necesita más que el dedicado al pastoreo y aún necesita menos leyes el que deba la subsistencia a la caza”, MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, México, 1977, Porrúa, p. 187.

origen y la esencia de la norma plasmada en su correspondiente exposición de motivos y finalmente debilita el control difuso de convencionalidad y ataca uno de los principios que rigen a los derechos humanos y que lo es la progresividad.

Si advertimos el cuadro anterior, es necesario reflexionar sobre si en verdad, había que hacer una interpretación formal, para llegar a senda conclusión, como el hecho de que en materia de derechos humanos se debe estar a lo que dice la constitución, aún si el tratado tutela mejor el derecho humano en cuestión.

Existe un principio general del derecho que dice: “*UBI LEX NON DISTINGUIT, NEC NOS DISTINGUERE DEBEMUS*” es decir, “Donde la ley no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir”, a la luz de esta inteligencia, es indudable que un artículo constitucional que nos da una explicación contundente y sencilla, pues no da lugar a mayores interpretaciones y mucho menos aquellas que deliberadamente lo contradigan, porque por más interpretación que se haga del artículo primero de la Constitución Federal, difícilmente lograremos arribar a la conclusión de todo lo contrario que refiere su texto. La interpretación que hace la Corte Suprema de numeral constitucional en cuestión, es una interpretación totalmente opuesta a lo que en realidad dice el texto.

Esto es riesgoso en el sistema jurídico y político mexicano, dado que la Suprema Corte de justicia de la Nación, está extralimitando sus funciones de interpretación y en realidad, está materialmente legislando en materia Constitucional, intentando “derogar tácitamente el mandamiento actual”, mediante un proceso más económico pero menos eficaz.

En el mismo orden de ideas y retomando el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolviera la contradicción de tesis 293/2011 definiendo que a los derechos humanos de fuente internacional se les reconoce el mismo rango que los previstos en la Constitución y que ante una restricción expresa en la Constitución Federal al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, esto representa un retroceso, en virtud de ser un criterio

conservador de la Suprema Corte, que retoma razonamientos propios de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen y que fortalece el eminente positivismo, más allá del derecho natural, se traduce en un deterioro de la visión tridimensional del derecho³⁷ que debe permear el sistema jurídico mexicano, es decir atender a normas formalmente validas, pero además justas, valorativas y eficaces³⁸.

La historia universal nos recuerda que grandes atrocidades como las ocasionadas en el holocausto judío, se hicieron bajo el amparo de leyes violatorias de derechos humanos, consideradas por el derecho interno como adecuadas y obligatorias, aunque México, no es un país con leyes arbitrarias o profusamente violatorias de derechos humanos, igual de cierto es, que en caso de existir una restricción de derechos humanos, aún si ésta se encuentra desestimada por un tratado internacional, deberá acatarse la restricción y esto es lo delicado, porque limita la tutela de derechos humanos al derecho interno; pues se les reconoce a los derechos humanos los principios de interdependencia e indivisibilidad, lo que trae aparejado que no puede violarse un derecho sin conculcar el resto (derechos humanos es igual a dignidad humana).

Tal es el caso del arraigo, el cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siempre sostuvo que era inconstitucional y para resolver el problema, el Estado mexicano, simplemente lo estatuyo en la redacción constitucional, lo cual, no significa que deje de ser violatorio de los derechos humanos, pues la comunidad internacional, como ya se ha dicho, se ha

³⁷ “El concepto tridimensional del Derecho concibe al fenómeno jurídico desde una tercia de manifestaciones: como hecho social, norma jurídica y como valor”, ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *Introducción al Derecho*, Segunda Edición, México, 2010, Mc Graw Hill. p. 58.

³⁸ Definición de Derecho desde una perspectiva tridimensional: “Derecho es la ciencia que se encarga de estudiar la regulación de las relaciones entre individuos en una sociedad, así como los fenómenos jurídicos y jurídico-sociales que en consecuencia surgen, mediante un orden normativo, revestido de un aspecto justo y valorativo, formalmente valido y eficaz”, VÁZQUEZ AZUARA, Carlos Antonio, *Sociología Binaria, análisis de las redes sociales desde un enfoque social y jurídico*, México, 2013, Editorial foro Fiscal. p. 132.

pronunciado al respecto, manifestando que el arraigo viola derechos humanos, pero con el criterio de la Corte, independientemente de que su naturaleza sea contraria a éstos, habrá que acatarla, porque en materia de derechos humanos, el derecho interno está por encima del derecho internacional y por tanto, no es posible invocar control convencional para combatir tal restricción a la libertad y a la presunción de inocencia, como lo es el arraigo.

El único camino que les queda a quienes se vean vulnerados en sus derechos humanos por una restricción expresa en la constitución, es la justicia internacional, como la que imparte la Corte interamericana de Derechos Humanos.

3. La jerarquía de la Jurisprudencia con respecto a la Constitución y a los Tratados Internacionales

La jurisprudencia, es la interpretación que hace el poder judicial de normas, con el fin de otorgar claridad respecto de su aplicación y subsanar aspectos que la propia ley no marca, pero que la naturaleza misma de la norma, requiere para su eficacia.

La jurisprudencia es de observancia obligatoria tal y como lo marca la propia ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales conocida como la Ley de Amparo, que en su numeral 217, a la letra dice:

Artículo 217. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales...

Lo que llama la atención de los criterios jurisprudenciales, es que jerárquica y formalmente, se ubican a la par con la

constitución y ambos se traducen como la supremacía constitucional.

Sin embargo, cuando la jurisprudencia versa sobre la interpretación de un artículo constitucional y dicha interpretación materialmente se traduce en una derogación tácita o “contrareforma” como en el caso de la contradicción de tesis 293/2011, resuelta por la Suprema Corte de justicia de la Nación, en estos casos, la jurisprudencia se traduce como el escalafón más alto de la jerarquía jurídica y por tanto posiciona al pleno del máximo tribunal por encima aún de la Constitución Política Federal y Tratados Internacionales.

Para que un proceso de reforma constitucional federal, se logré, requiere diversos pasos que son la iniciativa de reforma, la discusión y aprobación que involucra a las cámaras (revisora y de origen) así como a las comisiones dictaminadoras y esto también involucra la aprobación de la mayoría de las legislaturas locales, posteriormente, la declaratoria de reforma constitucional y eventualmente la promulgación, la publicación y la iniciación de la vigencia, pero en medio de todo esto, se advierte una serie de debates legislativos y jurídicos que tienden a un análisis riguroso y colegiado.

Pero en el caso de la reforma constitucional federal al artículo primero, donde se fortalece el control difuso de convencionalidad, bastó con un criterio jurisprudencial para dejar de lado lo previsto por dicho numeral y al ser la jurisprudencia un criterio de aplicación colectiva y obligatoria, esto se traduce materialmente, como una reforma al artículo primero constitucional federal pero mediante un procedimiento jurisdiccional. A continuación un ejemplo:

Época: Novena Época Registro: 185430. Instancia: SEGUNDA SALA. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo XVI, Diciembre de 2002. Materia(s): Laboral. Tesis: 2a./J. 137/2002 Pag. 237[J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Diciembre de 2002; Pág. 237. **COMPETENCIA**

LABORAL. CORRESPONDE A LA JUNTA LOCAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE CONOCER DE LOS CONFLICTOS LABORALES QUE SURJAN ENTRE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS DEL ESTADO DE VERACRUZ Y SUS TRABAJADORES. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en la tesis P. XXV/98, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VII, abril de 1998, página 122, que, en atención a lo sostenido en jurisprudencia firme, los organismos descentralizados no forman parte del Poder Ejecutivo y, en esa virtud, las relaciones laborales de los organismos de carácter local con sus trabajadores escapan a las facultades reglamentarias de las Legislaturas Locales; asimismo, en la diversa tesis P. XXVI/98, publicada en la página 117 del referido Tomo, sostuvo que conforme a lo dispuesto en los artículos 116, fracción VI, y 123, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Poderes Legislativos de cada entidad federativa sólo pueden expedir las leyes que rijan las relaciones de trabajo entre los Poderes Locales y sus empleados, pues de comprender a otros sujetos, las disposiciones respectivas resultarían inconstitucionales. Por tanto, toda vez que las relaciones laborales entre los organismos descentralizados del Estado de Veracruz y sus trabajadores se rigen por el apartado A del artículo 123 de la Constitución Federal, *con independencia de lo que establezcan la Constitución y los ordenamientos secundarios del Estado mencionado, así como los decretos de creación de aquéllos, la competencia para conocer de los conflictos laborales que surjan entre los citados organismos y sus trabajadores corresponde a la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Estado de Veracruz y no al Tribunal Estatal de Conciliación y Arbitraje de dicha entidad.*

SEGUNDA SALA. CONTRADICCIÓN DE TESIS 115/2002-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales

Colegiados Primero y Segundo en Materias Administrativa y de Trabajo del Séptimo Circuito. 15 de noviembre de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Tesis de jurisprudencia 137/2002. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintidós de noviembre de dos mil dos.

El anterior criterio jurisprudencial, independientemente de que busque resolver una situación jurídica en conflicto o de que dicho criterio sea acertado o no, debe destacarse, que con el referido criterio, prácticamente se está legislando, es decir, materialmente se deroga lo dispuesto por la Constitución de Veracruz, la Ley Veracruzana del Servicio Civil, los decretos en materia, entre otros ordenamientos jurídicos locales.

El punto de analizar esta jurisprudencia, no es el hecho de saber si es correcto o no el criterio o si ha causado beneficios o no, sino el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lleva su nivel de interpretación a un reformismo material que dimana del poder judicial.

No se debe negar, que la actividad de la suprema Corte de Justicia de la Nación, es relevante para el adecuado funcionamiento del aparato jurisdiccional en México, pero es cuestionable que la pueda materialmente reformar ordenamientos jurídicos como la Constitución Federal y no exista manera de combatir esto, salvo las instancias internacionales existentes y por tanto la jurisprudencia, materialmente, se posiciona por encima de la Constitución Federal y por encima de los tratados internacionales de los que México sea parte.

Pues sobrepone que las normas que restringen derechos humanos, son autoregulatorias, es decir, la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuenta con sus mecanismos de restricción y entre ellos, evidentemente la jurisprudencia no es uno de ellos.

4. *Conclusiones.*

1. El control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, así como la interpretación conforme, fortalecidos con la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 10 de junio de 2011, representó un avance en la tutela y protección de los derechos humanos, al establecer en su artículo primero, 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”.

2. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió en la contradicción de tesis 293/2011, que los derechos humanos de fuente internacional, a partir de la reforma al artículo 1º constitucional, tienen la misma eficacia normativa que los previstos en la Constitución; es decir, se les reconoce el mismo rango y que ante una restricción expresa en la Constitución al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma restrictiva constitucional; lo cual es un retroceso al espíritu que dirigió la reforma del 10 de junio de 2011, pues dicha interpretación es contraria a la esencia del artículo primero en cuestión y revierte el avance que representaba el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, regresando a una visión eminentemente positivista, ya superada por la doctrina y por el reformismo reciente.

3. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir jurisprudencia, en algunos casos extralimita su facultad de interpretación y materialmente reforma leyes, lo cual, al tratarse de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, posiciona a la jurisprudencia por encima de la carta magna y en el caso muy particular de la contradicción de tesis 293/2011, posiciona a la jurisprudencia también por encima aún de los tratados internacionales.

5. Referencias

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., Introducción al Derecho, Segunda Edición, México 2010, Mc Graw Hill.

Código de Procedimientos Penales vigente en Veracruz a partir del 11 de mayo de 2013, para los distritos de Xalapa y Córdoba.

Código Penal para el Estado de Veracruz.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, El control difuso de convencionalidad, en el Estado Constitucional, México 2010, UNAM.

KELSEN, Hans, Teoría pura del Derecho, Argentina 1982, Ed. EUDEBA.

Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucional Federal.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

VÁZQUEZ AZUARA, Carlos Antonio (2013), Sociología Binaria, análisis de las redes sociales desde un enfoque social y jurídico, México, Editorial foro Fiscal.