

siete.

Materia penal



La iniciativa en materia penal para ampliar los supuestos de prisión preventiva oficiosa

Jaime CÁRDENAS GRACIA*

SUMARIO: I. *Contenido de la iniciativa en materia penal.* II. *Casos Tzompaxtle Tecpile y García Rodríguez.* III. *La iniciativa presidencial en tensión con la democracia constitucional.*

I. CONTENIDO DE LA INICIATIVA EN MATERIA PENAL

189

El presidente de la República propone reformar en una de las iniciativas presentadas el 5 de febrero de 2024, el párrafo segundo del artículo 19 constitucional, para incluir nuevos tipos penales que posibiliten la prisión preventiva automática. La redacción señala que

El juez *debe ordenar* la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, extorsión, narcomenudeo, delitos previstos en las leyes aplicables cometidos para la ilegal producción, preparación, enajenación, adquisición, importación, exportación, transportación, almacenamiento y distribución de drogas sintéticas, como el fentanilo y sus derivados...

Y también en los casos de “defraudación fiscal, contrabando, expedición, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales, incluidas facturas, que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados en los términos fijados por la ley”.

La iniciativa argumenta que se debe ampliar la prisión preventiva automática para enfrentar los problemas de criminalidad del país, especialmente respecto de aquellos delitos que han crecido exponencialmente,

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ORCID: 0000-0001-7566-2429.

como la extorsión, el narcomenudeo, y los relacionados con producción, preparación, enajenación, adquisición, importación, exportación, transportación, almacenamiento y distribución de drogas sintéticas, como el fentanilo y sus derivados. La iniciativa manifiesta preocupación por los delitos de defraudación fiscal, contrabando, compra de comprobantes fiscales, incluidas facturas que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, e igualmente los incluye en la lista de prisión preventiva oficiosa.

Las conductas típicas expuestas en la iniciativa son recurrentes en todo el país, y constituyen una amenaza seria para la seguridad pública y nacional de México. Sin embargo, la iniciativa presidencial omite cualquier referencia a los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha considerado que las figuras de arraigo y prisión preventiva automática son categorías inconvencionales —casos *Tzompaxtle Tecpile* y *García Rodríguez vs. México*—, y que el Estado mexicano debe modificar su orden interno para ajustarlo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La omisión en la iniciativa presidencial no es asunto menor, porque las principales objeciones a la prisión preventiva oficiosa provienen de esas dos resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El no afrontarlas con argumentos constituye una deslealtad intelectual y política que no debe ser admisible en los ámbitos democráticos de nuestro país, en donde todas las cuestiones, argumentos y contraargumentos deben ser expuestos y deliberados.

II. CASOS TZOMPAXTLE TECPILE Y GARCÍA RODRÍGUEZ

Por sentencia dictada el 7 de noviembre de 2022, en el caso *Tzompaxtle Tecpile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró que el artículo 161 del Código Federal Procesal Penal de 1999, que establece la prisión preventiva, y que fue aplicado en el caso, no hace referencia a las finalidades de la prisión preventiva ni a los peligros procesales que buscaría precaver, ni tampoco a la exigencia de hacer un análisis de la necesidad de la medida frente a otras menos lesivas para los derechos de la persona procesada, como lo serían las medidas alternativas a la privación a la libertad.

Además, dice la Corte Interamericana que el artículo 161 del entonces Código Procesal Penal de 1999 estableció preceptivamente la aplicación de la prisión preventiva para los delitos que revisten cierta gravedad una vez establecidos los presupuestos materiales, sin que se lleva a cabo un análisis de la necesidad de la cautela frente a las circunstancias particulares del caso. En esa medida, la Corte concluye que el Estado mexicano vulneró su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2o. de la Convención en relación con los derechos a no ser privado de la libertad arbitrariamente (artículo 7.3), al control judicial de la privación de la libertad (artículo 7.5), y a la presunción de inocencia (artículo 8.2) en perjuicio de las víctimas. Asimismo, la Corte sostuvo que al aplicar figuras que *per se* son contrarias a la Convención, las autoridades internas vulneraron los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia en perjuicio de las víctimas e incumplieron su deber de respeto contenida en el artículo 1.1 de la Convención.

La Corte estableció que su sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación. Además, ordenó al Estado mexicano, entre otras medidas de reparación integral, la de adecuar su ordenamiento jurídico interno sobre prisión preventiva. Como sabemos esa circunstancia hasta el momento no se ha dado.

En el caso *García Rodríguez y otro vs. México*, en sentencia dictada el 25 de enero de 2023, la Corte Interamericana consideró que la prisión preventiva oficiosa o automática contradecía los siguientes derechos: el derecho a no ser privado de la libertad arbitrariamente (artículo 7.3 de la Convención), al control judicial de la privación de la libertad (artículo 7.5 de la Convención), a la presunción de inocencia (artículo 8.2 de la Convención), y a la igualdad y no discriminación (artículo 24 de la Convención).

La Corte sostuvo que al aplicar figuras que *per se* son contrarias a la Convención, y al mantener por más de diecisiete años a las víctimas en prisión preventiva, las autoridades internas vulneraron los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia, y a la igualdad y no discriminación, en perjuicio de las víctimas, e incumpliendo su deber de respeto contenido en el artículo 1.1 de dicho instrumento.

En el capítulo de reparaciones, la Corte estableció que su sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación, y ordenó al Estado mexicano como medidas de reparación integral a lo siguiente: a) con-

cluir los procedimientos penales en curso en los plazos más breves en estricto apego a las garantías del debido proceso; b) revisar la pertinencia de mantener las medidas cautelares; c) desarrollar las investigaciones sobre los hechos de tortura en perjuicio de las víctimas, así como por las demás violaciones a los derechos humanos que padecieron; d) dejar sin efecto en su ordenamiento interno las disposiciones relativas al arraigo de naturaleza preprocesal; e) *adecuar su ordenamiento jurídico interno sobre prisión preventiva oficiosa*; f) realizar las publicaciones y difusiones de la sentencia y su resumen oficial; g) realizar programas de capacitación a los funcionarios del Ministerio Público; h) brindar el tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico o psicosocial a las víctimas que así lo soliciten, y i) pagar las cantidades fijadas en la sentencia por concepto de daño material e inmaterial, y costas y gastos.

Con fundamento en los casos Tzompaxtle Tecpile y García Rodríguez, pero sin tomar adecuadamente en cuenta el párrafo primero del artículo 1o. de la Constitución y la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación dio de él en la resolución 293/2011, el Pleno Regional en Materia Penal de la Región Centro-Norte del Poder Judicial de la Federación, al resolver las contradicciones de criterios 36/2023 y 40/2023 (junio y julio 2023), determinó que es convencional el segundo párrafo del artículo 166 de la Ley de Amparo para precisar que los jueces, al resolver la suspensión provisional respecto de la prisión preventiva, deben utilizar, caso por caso, las herramientas que brindan los artículos 107, fracción X, constitucional, y 138 y 147 de la Ley de Amparo. Los jueces, por tanto, deberán hacer, respecto a la prisión preventiva oficiosa y la suspensión provisional restitutoria que sobre ella se decrete, un análisis de ponderación respecto de la apariencia del buen derecho, del peligro en la demora frente al interés social, y de la no contravención de disposiciones de orden público para determinar con efectos restitutorios la suspensión provisional.

Lo anterior significa que en dieciocho entidades federativas del país, la prisión preventiva oficiosa ya no es, desde el punto de vista del Poder Judicial de la Federación, automática, y que las personas privadas de su libertad pueden solicitar otras medidas cautelares. Si los jueces dejan de aplicar la prisión preventiva oficiosa en los incidentes de suspensión cuyas resoluciones tengan efectos restitutorios, deben abrir el debate para la pri-

sión preventiva justificada, así como para, en su caso, la determinación de diversas medidas cautelares.

III. LA INICIATIVA PRESIDENCIAL EN TENSIÓN CON LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

La iniciativa presidencial del 5 de febrero de 2024, que no hace ninguna argumentación ni mención respecto a los casos Tzompaxtle Tecpile y García Rodríguez, y tal vez está estimando implícitamente que mientras la Constitución no sea modificada para derogar la prisión preventiva oficiosa, el artículo 19, párrafo segundo, de la ley fundamental, se mantiene como precepto válido y vigente. Es dable sostener que la iniciativa del Ejecutivo federal tácitamente considera que los tratados internacionales en materia de derechos humanos y su interpretación por instancias supranacionales no pueden estar en contra de disposiciones expresas de la Constitución, en donde ésta contenga porciones normativas en sentido contrario a lo determinado por ordenamientos o resoluciones supranacionales.

Lo anterior plantea un grave problema, ya que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por México, en su artículo 27 indica que los Estados parte de esa Convención no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, y los artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen como deberes de los Estados la de respetar los derechos reconocidos en el instrumento interamericano y el de adoptar disposiciones de derecho interno, para que los ordenamientos nacionales sean compatibles con la Convención. Si los Estados incumplen con los deberes de la Convención y con las decisiones de la Corte Interamericana e invocan para justificar el incumplimiento su derecho interno, son susceptibles de responsabilidad internacional.

En esa tesitura, al Estado mexicano le corresponde ajustar su derecho interno mediante una reforma constitucional que derogue las figuras del arraigo y de la prisión preventiva oficiosa, asunto que no se percibe sea realizado en el futuro inmediato. Mientras esas modificaciones constitucionales no se produzcan, desde mi punto de vista, los jueces mexicanos, incluyendo a los integrantes del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de

la Nación, no pueden ni deben desaplicar preceptos constitucionales por inconvenientes, porque no tienen competencia para dejar de aplicar normas de la ley suprema, así sea indirectamente mediante métodos de interpretación conforme o de armonización normativa. La vía que hoy en día establece nuestro ordenamiento para que una norma de la Constitución deje de ser vigente es la del artículo 135 constitucional, y no hay por el momento ninguna otra, a menos que aceptáramos, sin reserva alguna, que una norma constitucional puede ser inconstitucional por inconveniente.

Para la mayoría de la doctrina constitucional europea es imposible sostener que una norma constitucional es inconstitucional. En América Latina, de manera más flexible, muchas de sus Constituciones —Colombia, Costa Rica o Perú— aceptan que las reformas constitucionales pueden ser controladas constitucionalmente, ya sea por violaciones en el procedimiento de reforma o por razones sustanciales, del contenido de las reformas. En México, la Ley de Amparo de 2013 establece en su artículo 61, fracción I, que el amparo es improcedente en contra de reformas a la Constitución, lo que significa que la vía de cambio constitucional, cuando una norma de la Constitución es inconveniente, sólo puede darse, hoy por hoy, por el procedimiento de reforma constitucional del artículo 135 del texto fundamental.

Considero, a la luz de lo resuelto por nuestra Suprema Corte —por ejemplo, la resolución 293/2011—, que no se pueden invocar categorías como las de bloque o parámetro de regularidad constitucional y convencional *de manera amplia*, porque en nuestra nación esas categorías están limitadas por el párrafo primero del artículo 1o. constitucional, cuando señala que los tratados sobre derechos humanos no pueden imponerse cuando la Constitución determina condiciones distintas. Como recordamos, el bloque es una categoría vinculada a los contenidos y extensión de un sistema constitucional y convencional, y el parámetro, a cuestiones de carácter procesal para enjuiciar actos y normas que puedan oponerse a las convenciones en materia de derechos humanos.

Se puede decir que el bloque está integrado por todos los derechos fundamentales de fuente constitucional y convencional; por las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aunque el Estado mexicano no haya sido parte; por la jurisprudencia constitucional nacional; por disposiciones legales y reglamentarias del ordenamiento nacional

que maximizan derechos humanos. Es decir, el bloque se compone por todo el sistema de fuentes de un sistema jurídico, incluyendo el conjunto de valores y principios que subyacen al sistema constitucional; el contexto que se compone con el cúmulo de praxis, convenciones y costumbres enraizadas en la conciencia social; por los valores culturales en los que se asienta el sistema constitucional, y por el valor de la dignidad humana.

En cambio, el parámetro de constitucionalidad y convencionalidad es un concepto adjetivo, de carácter procesal, que permite a jueces y a las autoridades en general, determinar cuándo una norma o un acto —acción u omisión— de autoridad es constitucional y convencional. Es decir, son los criterios procesales para realizar un enjuiciamiento de constitucionalidad y convencionalidad, en donde, por ejemplo, una norma de menor jerarquía puede derrotar a la de mayor jerarquía si la de menor jerarquía optimiza de manera más amplia los derechos humanos, o en donde el concepto de validez formal —que la autoridad sea competente y se siga el procedimiento previamente establecido— puede quedar derrotado por una validez material o sustantiva que amplíe el nivel de protección de los derechos.

El derecho internacional de los derechos humanos puede ir mucho más allá de los textos constitucionales nacionales, y, por tanto, debería prevalecer sobre el derecho interno. Ese alcance mayor en los derechos debería preferirse en todos los casos aunque la Constitución de la República establezca limitaciones opuestas a los tratados sobre derechos humanos y a sus interpretaciones por instancias supranacionales. Argumentar en contra de esta premisa equivale a desconocer el carácter *pro homine* de los derechos. Cuando el párrafo primero del artículo 1o. de la Constitución de la República alude a que la prevalencia de los tratados e instrumentos internacionales se da siempre y cuando la Constitución no los restrinja o suspenda, desde nuestro punto de vista, deben entenderse en sentido estricto esas expresiones jurídicas, tal como lo expuso el ministro en retiro Cossío Díaz, cuando señaló que no cualquier limitación en los derechos que establezca la Constitución debe considerarse restricción o suspensión. Esos términos deberían quedar reservados, y nada más, para los supuestos de suspensión de garantías contemplados en el artículo 29 de la Constitución de la República. No obstante, la mayoría de los ministros que supieran de la resolución 293/2011, sostuvieran un punto de vista con-

trario al de Cossío, y asumieron que el tratado no puede prevalecer sobre la Constitución cuando ésta establezca determinaciones contrarias a ellos.

Lo anterior significa que mientras la Suprema Corte de Justicia de la Nación no acepte conceptos amplios de bloque y parámetro de regularidad constitucional y convencional, y en tanto no se derogue la prisión preventiva en el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución, a través del procedimiento de reforma constitucional previsto en el artículo 135 de la ley fundamental, los jueces constitucionales no pueden desaplicar o “armonizar para desaplicar” un precepto constitucional que es válido conforme al ordenamiento jurídico nacional, a pesar de las responsabilidades internacionales en las que pueda incurrir o haya incurrido ya el Estado mexicano.