

La inconventionalidad de artículos constitucionales en México, a partir de las acciones de inconstitucionalidad contra la prisión preventiva oficiosa

*The unconventionality of constitutional articles in Mexico, based on
the unconstitutional actions against mandatory preventive prison*

Erick Francisco Tapia Hernández

 <https://orcid.org/0000-0002-3798-8951>

Universidad Autónoma de Querétaro, México
Correo electrónico: erick.tapia@uaq.edu.mx

Recepción: 11 de abril de 2024

Aceptación: 11 de junio de 2024

Publicación: 30 de septiembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2025.52.19000>

Resumen: La presente investigación se centra en un tema de la mayor trascendencia para la justicia constitucional, analizar si es viable que puedan existir en nuestro país reformas constitucionales *anticonstitucionales* o *inconventionales* y, en consecuencia, declarar su invalidez. Lo anterior se derivó de una impugnación vía acciones de inconstitucionalidad contra una reforma que aumentaba los supuestos jurídicos de procedencia de la prisión preventiva oficiosa. El ministro ponente presentó un proyecto de sentencia que proponía inaplicar parte del artículo 19 de la Constitución, que contempla la medida cautelar referida, misma que dio lugar a que se discutiera la viabilidad de declarar su invalidez. Finalmente, el proyecto fue retirado por la oposición mayoritaria. Sin embargo, dicho proyecto inició una discusión que en realidad es un hito para el Estado mexicano y que es la posibilidad de declarar una norma constitucional inválida por ser violatoria de la Constitución o tratados internacionales.

Palabras clave: prisión preventiva oficiosa, reformas constitucionales inconventionales, inaplicación normativa, acciones de inconstitucionalidad.

Abstract: The present investigation focuses on a topic of the greatest importance for Constitutional Justice and that is to analyze if it is viable that unconstitutional or unconventional constitutional reforms can exist in our country and consequently declare their invalidity, the above was derived of a impugment via actions of unconstitutionality against a reform that increased the legal assumptions of origin of the mandatory preventive prison. The rapporteur minister presented a draft sentence that proposed not applying the second paragraph of article

19 of the Constitution that contemplates the aforementioned precautionary measure, which gave rise to the discussion of the feasibility of declaring its invalidity. Finally, the project was withdrawn by the majority opposition to its determination; However, said project initiated a discussion that is actually a milestone for the Mexican State and that is the possibility of declaring a constitutional norm invalid because it violates the Constitution or international deals. **Keywords:** mandatory preventive prison, unconventional constitutional reforms, non-application of laws, actions of unconstitutionality.

Sumario: I. Introducción. II. Contradicción de tesis 293/2011. III. Prisión preventiva oficiosa. IV. Reformas constitucionales inconvencionales. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Este estudio se desarrolla principalmente en dos líneas de investigación: justicia constitucional y derecho constitucional penal. La primera, puesto que se trata de aspectos prácticos que se materializan en las sentencias emitidas por jueces constitucionales, y la segunda, porque el estudio de caso en cuestión se centra en el análisis de la *inconvencionalidad* de la prisión preventiva oficiosa, que se encuentra regulada en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional.

El propósito de la presente investigación es dilucidar si es posible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) pueda declarar un artículo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución) como *inconvencional* y, por tanto, invalidarlo. De ser así, esto sería de la mayor trascendencia; llenaría un vacío de la tutela de justicia efectiva que se ha buscado por años, es la primera vez que se discute seriamente en tiempos recientes el tema y además porque en la misma ley secundaria y criterios del Poder Judicial Federal se prohíbe expresamente. Sin embargo, hay que hacer notar que esto ya estuvo regulado en México, cuando se instauró el Supremo Poder Conservador. La contribución a la justicia constitucional y los alcances de lo anterior en la práctica para todos los operadores jurídicos y los justiciables serían vastas, puesto que permitirían que la Constitución no tuviera artículos que violaran derechos humanos.

En las acciones de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y diversos integrantes de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, demandaron la invalidez del decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delin-

cuencia Organizada, de la Ley de Seguridad Nacional, del Código Nacional de Procedimientos Penales, del Código Fiscal de la Federación y del Código Penal Federal (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 1).

Vale la pena anunciar que, la discusión sobre el fondo del asunto, se resolvió en noviembre de 2022 (Sentencia de acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019); pero haremos referencia al primer proyecto de sentencia y a su discusión porque en él, además de que se realizó por parte de la SCJN un análisis de las leyes secundarias mencionadas, referentes a la prisión preventiva oficiosa, también se hizo un planteamiento de oficio acerca de la posibilidad de inaplicar el artículo 19 de la Constitución. Con ello, surgió el planteamiento sobre reconocer que no sólo pueden existir en nuestro país reformas constitucionales *inconstitucionales*,¹ sino también *inconvenientes*; situación que no es un asunto menor, ya que obliga a contrastar a la propia Constitución con lo establecido en una fuente de derechos humanos internacional, en el caso en concreto, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y replantear la supremacía normativa. Amén de ser una figura que, en el derecho mexicano —como mencionamos—, está prohibida en la ley secundaria, y que en nuestra tradición jurídica —como advertiremos en la contradicción de tesis 293/2011— se tiene un rechazo hacia lo supranacional.

Otra anotación importante es que el proyecto propone inaplicar el artículo constitucional (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafos 372-374), y no invalidarlo para expulsarlo del sistema jurídico. Sin embargo, parte de la discusión del proyecto se tornó mayoritariamente en esta segunda hipótesis, lo que generó un interesante pero confuso debate entre estas dos figuras.² Al retirar el proyecto, el mismo ministro enfatizó que se discutieron aspectos de la invalidez del artículo 19 de la Constitución, pero señaló: “considero importante precisar que en el proyecto no se ha propuesto la invalidez del artículo 19 constitucional. De ninguna manera y ni por asomo” (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 8).

¹ No obstante existir una distinción entre anticonstitucional e inconstitucional, en México se utiliza el segundo término para abarcar ambos supuestos.

² Incluso la ministra Loretta Ortiz, en la resolución del asunto, votó en contra de invalidar el artículo 19 constitucional, ante la sorpresa del ministro ponente que le aclaró que no estaba proponiendo la invalidación de ese artículo (Los Reporteros MX, 2022).

Por tanto, el objeto de este estudio es analizar la posibilidad de que existan reformas constitucionales inconvencionales en México. Partiendo del estudio del caso que se presenta en las acciones de inconstitucionalidad referidas, enfocaremos el análisis hacia la invalidez de la norma constitucional, teniendo en consideración el sentido del fallo dictado en este primer proyecto de sentencia que propone la inaplicación. Para ello, comenzaremos enunciando lo referente a los tópicos imprescindibles para el tema, contenidos en la contradicción de tesis 293/2011. Posteriormente, los puntos específicos que hacen referencia a la prisión preventiva oficiosa como inconvencional, para finalmente analizar lo vertido en las discusiones relacionadas con la existencia de reformas constitucionales inconvencionales, que se celebraron los días 5 y 6 de septiembre de 2022. Debe tenerse en cuenta que este primer proyecto de resolución, como mencionamos, se retiró en la sesión del 8 de septiembre de 2022; pero insistimos en que nos referiremos a él, porque es el proyecto en el que se plantea la posibilidad de inaplicar el artículo 19 de la Constitución. Debido a que tanto el proyecto como la discusión contienen muchos argumentos, trataremos de invocar los que consideramos más importantes para abordar el tema, tanto los posicionamientos a favor como en contra, en los tres apartados que se abordarán en el presente estudio.

La presente es una investigación cualitativa, en la que se utilizan las técnicas de investigación revisión documental, derivada del análisis de sentencias, doctrina y normatividad. Los métodos que se utilizarán de manera enunciativa y no limitativa son: el método falsacionista, estudio de caso, comparativo, dialéctico e inductivo.

II. Contradicción de tesis 293/2011

Un tópico trascendental para la protección integral de los derechos humanos es el de supremacía constitucional; esto es, determinar si la Constitución va a tener preferencia sobre el derecho internacional, o si el derecho supranacional va a prevalecer sobre el nacional. Al contar con dicho criterio de supremacía, el operador jurídico y el peticionario de justiciabilidad tendrán certeza y punto de comparación de aquello que estiman es inconstitucional o inconvencional. Por ejemplo, para poder declararla inconstitucional, una figura en la Ley General de Salud o de un código civil local tendrá que contrastarse con la Constitución; de igual forma, para emitir la resolución de que un ordenamiento es inconvencional, tendrá que contrastarse

con tratados internacionales. Este es el punto de partida, no sólo para determinar que es inconstitucional o inconveniente, sino que es un pilar para la conservación del Estado de derecho.

El presente estudio no trata de abordar las distintas aristas que hay en el tema de supremacía normativa; pero es menester tomarse en cuenta lo que ha establecido el Estado mexicano al respecto, precisamente para dilucidar la importancia de la contradicción de tesis que se analiza, en la que precisamente se determina un parámetro de supremacía distinto al establecido en la reforma del año 2011, que señalaba en el texto que los tratados internacionales y la Constitución se encontraban al mismo nivel, con el que se abandonó el criterio de 1999, que señalaba que los tratados internacionales estaban debajo de la Constitución (Tesis: P. LXXVII/99 (9a.), 1999).

Con fecha 3 de septiembre de 2013, llegó una discusión inaplazable para el Estado mexicano; ésta versaba sobre determinar la jerarquía de los tratados internacionales que incluyeran derechos humanos frente a la Constitución. Este debate adquiere mucha relevancia porque fue posterior a la reforma del año 2011; con ella, se hicieron valer de forma cotidiana los derechos humanos y con relación a la postura jerárquica se incluyó el principio de interpretación conforme al señalar: “Artículo 1.- [...]Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia[...]” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], 1917).

Esto es, que las normas que contengan derechos humanos deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales y la Constitución al mismo nivel. Es decir, en todos los asuntos que involucren derechos humanos, la Constitución y los tratados internacionales tienen la misma jerarquía, recalando que la obligación es para todas las autoridades del Estado mexicano, y no únicamente para las del Poder Judicial.

La discusión en la contradicción derivó en resolver dos cuestiones, la primera acerca de la supremacía constitucional y/o convencional y la segunda acerca de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para el Estado mexicano, quedando ambas cuestiones resueltas en dos tesis jurisprudenciales (P./J. 20/2014, 2014 y SCJN, P./J. 21/2014 (10a.), 2014).

El planteamiento del problema de la presente investigación no es claro a primera vista, puesto que se tiene que observar la trascendencia práctica de los criterios referidos. El primero señala que cuando existan límites en la Constitución a un derecho humano se tiene que estar a lo que ella misma se-

ñala. Lo anterior aparentemente, en consonancia con la propia Constitución que, en su numeral 1 refiere que

[e]n 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. (CPEUM, 1917)

Un ejemplo de lo relevante de esta contradicción es que, los asuntos relacionados con la libertad de expresión, tendrán que analizarse a la luz del artículo 6o. constitucional y sus límites,³ sin necesidad de acudir a los tratados internacionales que también la regulan; es decir, los tratados internacionales no se utilizarán para resolver dichos asuntos. Esto, amén de que se deja de lado otro principio que nació del texto final del mismo párrafo —el principio pro persona—, al señalar: “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” (CPEUM, 1917), entre los derechos humanos establecidos en la Constitución y los tratados internacionales.

El segundo criterio, no obstante dar preferencia —también en apariencia— a la fuente supranacional de derechos humanos en cuanto a los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), automáticamente se encuentra limitada por el primer criterio, puesto que se limita (nulifica) la aplicación de la fuente internacional de derechos humanos, cuando en la Constitución nacional se encuentre un límite al derecho humano.

Además como bien se expuso en la discusión del proyecto de sentencia:

[...] en el Derecho Internacional Público existe un principio general que establece “que los Estados no podrán invocar su derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales, reconocido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, así como en la jurisprudencia interamericana, destacando el «Caso Profesores Chañaral vs Chile», y el Caso Avena entre México y Estados Unidos de la Corte Internacional de Justicia[...]”. (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 38).

³ El artículo 6o. constitucional señala como límites a la libertad de expresión, el “[...] ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público[...]”.

Aunado a que se debe tener en cuenta que el aspecto contencioso de la Corte IDH es muy importante a nivel regional, ya que su “objetivo esencial consiste en la interpretación y aplicación de la Convención Americana como una especie de *lex superior* conteniendo un *bill of rights* trasnacional” (Ferrer Mac-Gregor, 2004, pp. 157-158).

Esta contradicción se materializa en que, cuando exista una figura en la Constitución que, a pesar de ser violatoria de derechos humanos previstos en los tratados internacionales, el juez estará impedido para hacer control de la convencionalidad de dichas figuras —recalcando— aunque sean violatorias de derechos humanos. Dicho de otro modo, si en la Constitución hay una figura regulada que viole flagrantemente derechos humanos, la misma es constitucional y no se puede contrastar ni con fuente internacional ni con la misma Constitución, porque es precisamente ella el parámetro que se utiliza para declarar que algo es inconstitucional; y a su vez, la contradicción impide contrastarlas con la fuente internacional para decretar la inconvencionalidad, de ahí la trascendencia de esta contradicción.

Sirven de ejemplo a lo anterior, de manera enunciativa —y no limitativa—, la extinción de dominio, el arraigo (CPEUM, 1917, artículos 16 y 22) y la prisión preventiva oficiosa.⁴ Por ende, la trascendencia de los criterios de esta contradicción es palpable; en el proyecto de sentencia se hace alusión a la última parte del primer criterio —referente a las restricciones en la Constitución— como una limitación a la protección de derechos humanos, pero también de forma extraña se utilizó en las sesiones de discusión de los días 5, 6 y 8 de septiembre de 2022, para sostener argumentos en contra del proyecto.

Lo anterior es grave, ya que suscita la siguiente interrogante: ¿cómo es posible que en un Estado de derecho y un Estado que se precie de democrático legalice violaciones a derechos humanos? Ya que, al conservar la figura de la prisión preventiva oficiosa en la Constitución, aunado a esta contradicción, se convierte en *inimpugnable*, puesto que no se puede desde un positivismo formal impugnar un artículo de la Constitución como inconstitucional, si el punto de contraste para declarar una norma como in-

⁴ El ministro Luz María Aguilar, en el proyecto de sentencia, reconoce la existencia de un subsistema penal diferenciado exclusivo de delincuencia organizada y nos enuncia las reglas exclusivas para esta figura (Proyecto de resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, párrafos 401 y 406).

constitucional es ella misma. Lo anterior se traduce en legalizar formal y materialmente violaciones a derechos humanos.

En suma

[c]on la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 se ha mermado la justicia en México en cuanto al control de la convencionalidad, siendo contrario a lo que precisamente establece el artículo 1o. constitucional, con la reforma referente a la interpretación conforme y a los criterios progresivos, dejando una idea de que la reforma de 2011, si no quedó anulada, por lo menos si mermada en cuanto a su objetivo primordial que era la protección de los derechos humanos, aunado al hecho de que con el criterio obligatorio aprobado, deja insubsistente el principio pro persona en cuanto a criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando exista una restricción Constitucional sobre el derecho en colisión. (Tapia Hernández y Olvera Bustamante, 2020)

III. Prisión preventiva oficiosa

En 2008, se realizó una reforma integral en el sistema de justicia mexicano en materia penal. Plantear todas las particularidades de dicha reforma, sin duda alguna, excedería los límites del presente trabajo. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que, no obstante presentarse como un sistema garantista que impediría que algún inocente se fuera a la cárcel, contenía algunas figuras relacionadas directamente con el derecho penal del enemigo (Mancera Espinosa, 2011, pp. 141-160). Por ejemplo, la regulación detallada de la figura de la delincuencia organizada en la Constitución:⁵ “Artículo 16. [...] Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia[...].” (CPEUM, 1917).

Esta dicotomía la expresa de manera clara la ministra Ríos Farjat:

⁵ En las leyes secundarias también se instauraron algunas otras, como la intervención de comunicaciones privadas (aún a personas no relacionadas con una investigación formal), acusaciones anónimas y secretas, agentes encubiertos sin comparecencia al expediente entre otras.

La prisión preventiva oficiosa nos enfrenta a lo que parece ser, desde hace década y media, un doble discurso por parte del Estado mexicano. Por una parte, suscribe tratados protectores de los derechos humanos y se somete a la jurisdicción de la Corte Interamericana [...] pero, por otra parte, el Estado Mexicano retiene, desde dos mil ocho, una prisión preventiva prácticamente automática. (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 13)

Lo anterior, complementado con otras figuras en particular como lo son el arraigo, la extinción de dominio y, como ya se anotó, la prisión preventiva oficiosa, y que motivó las acciones de inconstitucionalidad sometidas a estudio, regulada en el artículo 19 de la Constitución:

[...] [e]l juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud[...]. (CPEUM, 1917)

Muchas han sido las críticas acerca de esta figura, entre ellas, que no se trata de una medida cautelar sino de una pena anticipada, ya que hay personas que han pasado más tiempo en prisión preventiva de lo que hubieran recibido en una sentencia condenatoria, y las estadísticas en México señalan que, cuatro de cada diez detenidos se encuentran en prisión sin sentencia (Montiel González, 2022).

En el proyecto en cuestión se proporcionan datos duros alarmantes, señala como fuente al cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, de junio de 2022, que indica que “actualmente existe una población total de doscientas veintiséis mil novecientas dieciséis (226, 916) personas privadas de la libertad en centros penitenciarios” (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumu-

lada 136/2019, 2020, párrafo 233). De ellos, “noventa y dos mil quinientas noventa y cinco personas (92,595) equivalentes al cuarenta punto ocho por ciento (40.8%) se encuentran bajo proceso penal en prisión preventiva” (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 234). En enero de 2024, esta cifra es de 88,072 (Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, 2024, p. 4).

Esta situación es grave. Como expresaba desde 2019 Andrea Nomdedeu Díaz-Valero, de Amnistía Internacional México “que de acuerdo con el Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de la ONU, en las cárceles mexicanas hay personas que llevan más de 15 años esperando ser juzgadas” (Secretaría de Gobernación, 2019).

En el proyecto de resolución de mérito, proponía declarar la invalidez del artículo 167, párrafo séptimo, del Código Nacional de Procedimientos Penales, y del artículo 5, fracción XIII, de la Ley de Seguridad Nacional, pero ello sólo sería posible:

[...] previa la inaplicación del artículo 19, párrafo segundo, última parte, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por establecer la procedencia de la prisión preventiva en forma oficiosa, absoluta, desproporcionada y automática, en contravención de los principios constitucionales que rigen la prisión preventiva, la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad. (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, p. II)

A su vez, se proponía declarar la inconstitucionalidad de la inclusión de delitos fiscales en el régimen de delincuencia organizada al declarar la invalidez del artículo 2o., párrafo primero, fracciones VIII, VIII *bis* y VIII *ter*, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, ya que “[...]constituye una restricción injustificada a diversos derechos” (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, p. II). Se reconoce la validez del párrafo primero del artículo 113 *bis* del Código Fiscal de la Federación. La declaratoria de invalidez incluiría al artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece y regula la prisión preventiva oficiosa y parcialmente los artículos 187, párrafo segundo, última parte, y 192, párrafo tercero del mismo ordenamiento (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, p. III).

Uno de los argumentos en la demanda señalaba que, esta figura, ha sido estudiada por el sistema interamericano de derechos humanos y ha sido calificada: “como una medida contraria a la Convención y a los derechos de las personas, ya que lejos de ser una medida cautelar, su aplicación automática impide que el juzgador valore las condiciones fácticas del caso y, eso la traduce en una pena anticipada que vulnera la presunción de inocencia” (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 127). Al respecto, la misma Corte interamericana se ha pronunciado contra la existencia del arraigo y la regulación de la prisión preventiva oficiosa en México (*Caso Tzompaxtle Tecpile y Otros vs. México*, 2022).

Con la medida cautelar sometida a análisis se violentan los artículos 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que protegen la libertad personal. El artículo 9o., en su punto 1, refiere que todo individuo tiene: “derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966). Respecto a la persona detenida o presa, continúa señalando en el punto 3, que

[...] tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. 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 momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966)

Por su parte el artículo 7o. del diverso ordenamiento señala respecto a la libertad personal que toda persona tiene

[...] derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes[...] 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida[...] tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad po-

drá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)

La Corte Interamericana señala que, para que una medida cautelar no sea considerada restrictiva de la libertad, se requiere

a) que se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; b) que esas medidas cumplan con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”, es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima, idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional; y c) que la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas. (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 200)

En ese mismo orden de ideas, la Corte Interamericana refirió que para dictar la medida cautelar de manera justificada, se requieren como causas legítimas que: “a) el acusado podría impedir el desarrollo del procedimiento, o, b) que se eludiría de la acción de la justicia” (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 201).

Respecto de la obligatoriedad o facultad para desconocer por el país los tratados internacionales, el ministro González Alcántara señaló que “las obligaciones convencionales adquiridas por el Estado Mexicano son claras, la prisión preventiva automática, recalco, «automática» basada únicamente en consideraciones genéricas, como el tipo penal, su punibilidad o la identidad del autor resulta violatoria de los derechos fundamentales del imputado” (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 52).

En ese orden de ideas, la ministra Ortiz Ahlf tomando como sustento los casos *Suárez Rosero vs. Ecuador* y *López Álvarez vs. Honduras*, relacionado con la prisión preventiva oficiosa refirió que “en ningún caso, puede decretarse únicamente por el tipo de delito que se imputa al individuo, que es precisamente lo que caracteriza la vertiente oficiosa de la prisión preventiva. Es, por ello, que concluyo que la prisión preventiva oficiosa es inconvenicional” (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, pp. 35 y 36).

La prisión preventiva debe ajustarse a la Convención Americana y debe de ser una: “medida cautelar y no punitiva, por lo que debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal, y no puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena” (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 197). Además, debe sustentarse en elementos probatorios que hagan suponer que la persona participó en el ilícito; debe hacerse una revisión periódica y no puede ser arbitraria. Esto es, sustentándose en

las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. Asimismo, el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 197)

El proyecto de sentencia se refirió también al dictamen de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión como cámara de origen de la reforma constitucional de 2008, en la que se señalaron anotaciones importantes relacionadas a la proporcionalidad y subsidiariedad, con relación a la primera que “[...]las medidas cautelares sean proporcionales, tanto al delito que se imputa, como a la necesidad de cautela” y la segunda en que la “procedencia de las medidas cautelares deberá estar regida por el principio de subsidiariedad, de modo tal que siempre se opte por aquella medida cautelar que sea lo menos intrusiva para la esfera jurídica de los particulares” (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 158).

Y en la especie, al ser la prisión preventiva oficiosa dictada de manera automática, considerando únicamente el tipo penal y dejando de lado las consideraciones del juez al caso particular, lo enunciado en la cita no se cumple.

Es importante señalar que, en el diverso dictamen de las comisiones unidas, de puntos constitucionales, y de estudios legislativos de la Cámara de Senadores, se indicaron los siguientes puntos de relevancia:

- a) la prisión preventiva constituye una medida excepcional y no puede ser la regla general, es decir, debe ser inusual y utilizarse sólo de manera insólita;
- b) La prisión preventiva debe ser proporcional;
- c) La prisión preventiva debe

ser necesaria; y d) No puede estar determinada por la gravedad del delito, ya que se trata de una medida cautelar y no punitiva. (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 165)

Lo anterior tampoco se cumple al dictarse de manera automática.

En ese tenor, la Corte IDH, en el *Caso Carranza Alarcón vs. Ecuador* determinó que “la prisión preventiva constituye la medida más severa que se puede imponer a una persona imputada, y por ello debe aplicarse excepcionalmente, de manera que la regla sea la libertad de la persona procesada mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal” (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 189); además que “uno de los principios que limitan la prisión preventiva es el de presunción de inocencia, según el cual una persona es considerada inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada” (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 190).

En armonía con este último punto, refirió que “los elementos que acreditan la existencia de los fines legítimos de la privación preventiva de la libertad tampoco se presumen, sino que el juez debe fundar su decisión en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto, que corresponde acreditar al titular de la persecución penal y no al acusado” (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 191), y enfatizó el proyecto de resolución que “las normas que contemplan la procedencia de la prisión preventiva en términos automáticos, son contrarias a la Convención Americana” (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 192).

En el mismo sentido, señala el ministro Gutiérrez Ortiz-Mena, refiriéndose a esta medida, que “[...]prácticamente, otorga un cheque en blanco al ministerio público. El juez de control actúa como autómatas: una vez que se le es presentada su solicitud, su única misión es verificar, irreflexivamente, que a la persona le ha sido atribuido alguno de los delitos enlistados en el artículo 19” (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 39). En ese orden de ideas, el tribunal supranacional, en el *Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú*, determinó que: “las normas que establecen prisión preventiva obligatoria durante la etapa de instrucción son inconvencionales, pues impiden al juzgador valorar la pertinencia de ordenar

la prisión preventiva” (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 195).

En posición distinta, la ministra Esquivel Mossa aludió que “[...]el principio de presunción de inocencia —como todo derecho humano— este principio tampoco es absoluto, por lo que válidamente puede ser restringido cuando el Constituyente Permanente lo considere necesario[...]” (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 25). Sin embargo, una cosa es estar a favor de que los derechos humanos estén regulados y determinados sus alcances y límites en la misma Constitución (como lo refiere el artículo primero), y otra muy distinta que se regule una figura en dicho ordenamiento, a sabiendas de que es violatoria de derechos humanos y que, al establecerse en ella y con la existencia de la contradicción 293/2011, también sea inimpugnable.

A su vez, el ministro González Alcántara señaló en su intervención que “seguir interpretando el artículo 19 constitucional, como si autorizara la prisión preventiva automática, conlleva a presentar a la Constitución como si traicionara sus compromisos más fundamentales, y lo anterior, no cambiaría con la inaplicación del Texto Constitucional” (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 56). Consideramos que se actualiza una falacia *ad hominem*, puesto que precisamente una figura que viola derechos humanos traiciona los compromisos fundamentales y esenciales de la justicia constitucional y el Estado de derecho.

En suma, la prisión preventiva oficiosa viola la libertad personal y la presunción de inocencia, además de que no cumple con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En líneas posteriores, veremos si es verdad la aseveración vertida en la discusión del proyecto que reza: “la Constitución como Documento Fundamental, no puede ser declarada inconstitucional, ni tampoco inconvencional” (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 43).

IV. Reformas constitucionales inconvencionales

Para abordar un tema tan importante como desconocido en México, es menester mencionar algunos temas que pueden considerarse a primera vista periféricos pero que están íntimamente ligados al tema principal y revestidos de la mayor trascendencia.

En México, la formación que se ha brindado al jurista en cuanto a la forma de enseñanza es tradicionalista y en cuanto a su corriente ideológica positivista en sus diversas vertientes. Prácticamente, los planes de estudio de la Licenciatura en Derecho incluyeron materias de forma obligatoria relacionadas con la argumentación, interpretación, metodología, lenguaje y filosofía del derecho a su malla curricular a partir de la reforma del año 2011 (Tapia Hernández, 2020).

Por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en su artículo 16 refiere que “[u]na Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.” (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789).

Lo anterior se enseña en México como un dogma; es decir, que la Constitución tiene como requisitos de existencia una parte orgánica, que tiene la organización del Estado, y una dogmática que contiene los derechos humanos. Por ende, es muy difícil que el abogado formalista dé cabida a la idea de que existan Constituciones que no cumplen con esos requisitos y, aun así, sean Constituciones. Situación que es una falacia; una, porque históricamente existieron Constituciones previas a dicha declaración. Por ejemplo, en la edad media, que no podían tener los derechos humanos del mundo occidental, porque no existían, y aquellas que no tienen sus principios en un solo ordenamiento formal, como Nueva Zelanda, Reino Unido e Israel (Vélez Plickert, 2020).

Por ende, no puede centrarse, para dilucidar la hipótesis de la existencia de una invalidación de un artículo constitucional por inconvencional, en reducir la discusión a la validez de la norma, esto sí sería muy fácil de resolver; esto sería, por ejemplo, como aseverar de forma errónea que un artículo del Código Civil Federal vale más que otro establecido en el mismo ordenamiento. Materialmente podría ser que sí, si uno es de la adopción y el otro de nulidad relativa de un acto jurídico; pero formalmente valen lo mismo. De ahí la importancia, como anotamos en líneas anteriores, de la supremacía constitucional.

La anticonstitucionalidad material de la reforma a la Constitución se presenta cuando el poder reformador de ésta ignora los límites no formales que tiene la propia Constitución en cuanto a modificarse.

En otro orden de ideas, un caso contrario al ejemplo referido: si el día de hoy se reformara la Constitución de conformidad con el artículo 135,⁶ y en el artículo 3o. se señalara que, la educación que imparta el Estado, será judía o mormona y dejaría de ser laica (CPEUM, 1917), desde el punto de vista formal nunca se podría declarar como inconstitucional esa reforma, puesto que no tiene un ordenamiento superior con el cual contrastarse; pero no puede ceñirse la solución solamente atendiendo a su validez, sino que tienen que hacerse necesariamente diversos tipos de interpretación necesaria, no sólo apegadas al neoconstitucionalismo en derechos humanos, adicionando reglas, principios y valores, sino también el aplicable a estructuras políticas. Para llegar a una solución óptima, es menester utilizar algunas formas de interpretación, incluso clásicas, pero alejadas del formalismo como la sistemática, histórica, teleológica, pero también relacionada con la interpretación axiológica, como apuntaremos a continuación.

Se tienen que analizar diversos textos de artículos del mismo ordenamiento, por ejemplo el 40 que refiere: “[e]s voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal[...].” (CPEUM, 1917), también se establece “el principio histórico de la separación del Estado y las iglesias” que, a decir de esa propia norma, orienta las normas contenidas en el artículo 130 (CPEUM, 1917), y el artículo 24 refiere que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado[...].” (CPEUM, 1917).

Por tanto, tenemos que México es un Estado democrático laico y, derivado de su historia, no solamente se estableció la separación iglesia-Estado, sino que se permitió que en el país existieran más religiones diversas a la católica; y por ende, se garantiza que las personas pueden ceñirse a la que sea de su agrado (incluso actualmente, la educación que imparten los particulares, pueden enfocarse en alguna religión), aunado a la ponderación de derechos humanos que tendría que realizarse entre diversos derechos interdependientes, como son la educación, la dignidad humana, libertad de creencia, autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad.

⁶ En este artículo se regula el procedimiento para las adiciones y reformas a la Constitución: “Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México[...].” (CPEUM, 1917).

Al actualizarse una contradicción clara entre la reforma que sirve de ejemplo y los derechos humanos y garantías institucionales establecidos en la Constitución, sería viable que se diera un debate importante sobre declarar esta reforma constitucional “anticonstitucional”, con independencia de que se haya seguido el procedimiento de reformas constitucionales, establecido en el artículo 135 del mismo ordenamiento, y no reducir y agotar el debate al formalismo y a la ley, para señalar que, como está en la Constitución, es constitucional. Desde luego, el asunto será más trascendental, cuando exista la posibilidad de contrastar la norma constitucional con una fuente internacional y declarar esa norma constitucional como inconvencional.

El ministro Arturo Zaldívar expuso otro claro ejemplo de lo anterior en la discusión del proyecto:

[...] quiere decir que el día de mañana el Poder Revisor puede establecer en la Constitución la tortura, los azotes, la pena de muerte, los tratos inhumanos, la esclavitud y, ante todo eso, este Tribunal Constitucional no podría ser [*sic*] absolutamente nada? A mí me parece que, si nos tomamos en serio —reitero— el nuevo paradigma constitucional, no solo tenemos atribuciones, tenemos la obligación de interpretar la Constitución armónicamente. (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 64)

No es el objeto de esta investigación, hacer un estudio pormenorizado de teoría de las normas, pero es importante precisar que esto es un campo de conocimiento de la filosofía del derecho en el que, precisamente, se distingue entre lo que es la ley y lo que es la norma, y México aún se encuentra en ciernes en el tema (Tapia Hernández, 2020).

Es muy importante advertir que, desde 2011, se hizo el cambio de paradigma en derechos humanos en México, que incluso derivó en el inicio de la Décima Época (y hoy que nos encontramos ya en la Undécima Época), y preocupa que algunos posicionamientos de los ministros y ministras se reducen a discutir sobre la validez de la Constitución y argumentos legalistas, y no a discutir sobre las preguntas que han ocupado a generaciones de juristas: ¿qué hay previo a la Constitución? o ¿cuál es el contenido óptimo de la Constitución?

La búsqueda de esa respuesta sigue siendo actual. Sin embargo, ha habido teorías o planteamientos que, si bien es cierto no alcanzan a resolver toda la cuestión, sí crean nuevos enfoques o se asumen como que contienen parte de la respuesta, quizá no en la precisión de sus premisas, pero sí en

que los argumentos en contra son más endebles, por ejemplo, la distinción entre Constitución real y formal; sobre la primera, Ferdinand Lasalle dice que es la constituida por la suma de los factores reales de poder y efectivos, que rigen en la sociedad, mientras que la segunda, es la hoja de papel (1999, p. 47). Posición similar a esta última la de Carl Schmitt, con su teoría *decisionista* o *decisionismo político* (Negretto, 2015); cubriendo el contenido de la primera, Rousseau con “un contrato social” (2007), y Kelsen con una norma hipotética fundamental (Vernengo, 2021), por mencionar algunos.

Lo que tienen en común esos posicionamientos teóricos es que reconocen que, previo al documento o Constitución escrita, hay algo que se debe escudriñar, por lo menos en derechos humanos. Lo anterior es muy claro; por ejemplo, el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad; pero no tenemos su contenido establecido, y menos para todos los casos en concreto que se pueden presentar en la realidad. Tan reconocido está el tema, que en México se acude a la ponderación por medio de un “*test* de proporcionalidad”, que no tiene relación con la interpretación gramatical, y precisamente se acude a él cuando el caso difícil no se resuelve con lo establecido en la ley.

Por lo tanto, los debates que algunos ministros y las ministras centran en la Constitución escrita como tal y atienden a su validez, en vez de estudiar si lo escrito coincide con lo precedente al nacimiento de la Constitución formal o al contenido de la material, y sesgan la obligatoriedad que tiene el Estado mexicano de proteger los derechos humanos, considerando al sujeto como parte central de los mismos en el contenido normativo que, vale la pena enunciar, es precisamente la naturaleza jurídica del principio *propersona*, que data en nuestro país a partir de la reforma del año 2011.

Un punto que sí es de considerarse, es que no existe la facultad reconocida para alguna institución del país de declarar la invalidez de la Constitución; esto no se encuentra en el artículo 105 constitucional, que se refiere a los medios de control constitucional y que son los que la SCJN tiene como competencia de tribunal constitucional, y porque, de acuerdo con el derecho administrativo, las autoridades estatales sólo pueden hacer aquello que estén facultados o sean competentes en la Constitución. Por el contrario, se encuentra expresamente prohibida en la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Ley de Amparo), que señala: “Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente: I. Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Uni-

dos Mexicanos[...]" (2013). De ahí la valía del proyecto que ni siquiera llega a este punto álgido en la discusión, puesto que no propone invalidar el artículo sino sólo inaplicarlo.

Sin embargo, es de hacer notar que, en la última reforma constitucional de 2021, ni el Poder Legislativo ni el Ejecutivo con facultad de veto, modificaron o rechazaron la reforma que elaboró el propio Poder Judicial de la Federación (SCJN, 2020). En ese orden de ideas, sería muy importante que, a partir de estas acciones de inconstitucionalidad, se enviara una iniciativa de reforma que faculte a la SCJN para poder invalidar un artículo constitucional por contrariarla a ella o —indistintamente— a ordenamientos internacionales en materia de derechos humanos.

Relacionado con lo anterior, en la discusión del proyecto la ministra Ortiz Ahlf dijo: “[...]es el Poder Constituyente⁷ quien tiene la facultad de reformar la Carta Magna y quien también responde frente a las obligaciones internacionales en la materia” (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 37). En ese mismo tenor la ministra Esquivel apuntó: “[...]no somos nosotros, las Ministras y los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a quienes corresponde revisar este catálogo de delitos, o bien si es necesario eliminarla de plano de la Constitución, porque en todo caso, esa facultad, exclusivamente le compete al Constituyente Permanente[...]" (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 32). Lo que no justifica de alguna forma la omisión de hacer un pronunciamiento público de que el artículo viola derechos humanos, e inminentemente tiene que desaparecer de la Constitución, y se debe otorgar la facultad de invalidar artículos constitucionales a la SCJN de forma inmediata y, posteriormente, otorgar esta competencia a un órgano de control político, independiente de los tres poderes, mediante la figura de la revisión constitucional y convencional.

Otro argumento similar es el que realizó el ministro Pérez Dayán, quien señaló que revisar la figura de la prisión preventiva oficiosa corresponde “[...]al propio revisor de la Constitución y no a este Tribunal, por garante que sea, del orden constitucional nacional. No me corresponde, entonces, asumir una tarea que no se me otorgó, no soy quién para desprender hojas de la Constitución” (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, pp. 47 y 48).

⁷ Consideramos que es más adecuado llamar poder reformador de la Constitución, competencia de poderes constituidos, como son los congresos nacionales.

Sin hacer óbice lo anterior, pese a lo rimbombante del asunto, no sería una competencia novedosa, puesto que ya ha existido en nuestra historia constitucional una institución con dicha atribución e incluso ejercía un control previo, nos referimos con precisión al Supremo Poder Conservador que, entre sus funciones contempladas en el artículo 12, punto 10, señalaba: “[d]ar o negar la sanción a las reformas de Constitución que acordare el Congreso, previas las iniciativas, y en el modo y forma que establece la ley constitucional respectiva” (Leyes Constitucionales, 1836).

Para las resoluciones, se requería por lo menos la votación de tres de cinco de sus miembros y todas sus resoluciones debían ser obedecidas “al momento y sin réplica por todas las personas a quien se dirija y corresponda la ejecución. La formal desobediencia se tendrá por crimen de alta traición” (Leyes Constitucionales, 1836, artículos 13 y 15).

Es de hacer notar lo que señala el criterio de rubro:

IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. SE ACTUALIZA LA CAUSA MANIFIESTA E INDUDABLE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 61, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO, CUANDO SE IMPUGNA ALGUNA ADICIÓN O REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS —RESPECTO A SU CONTENIDO MATERIAL—, LO QUE DA LUGAR A DESECHAR DE PLANO LA DEMANDA DE AMPARO DESDE EL AUTO INICIAL. (Tesis: 2a./J. 2/2022, 2022).

Refiere que

[...] conforme al artículo 135 constitucional, el Constituyente depositó en el Congreso de la Unión —y en las Legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México—, con el carácter de órgano límite, la potestad (función) soberana de adicionar o reformar la Constitución General siendo, precisamente, esa capacidad normativa excepcional, en donde encuentra asidero la inimpugnabilidad del texto de la Constitución, partiendo de la idea para ello de que dicha norma fue emitida por un Poder Reformador cuyos actos no se encuentran sujetos a ninguno de los mecanismos de control jurisdiccional previstos en la Constitución General o en alguna otra ley secundaria[...] (Tesis: 2a./J. 2/2022, 2022).

Lo anterior rememora posturas de resolución de hace más de 120 años en el que el juez sólo es la boca de la ley, que corresponde al Estado legal y no constitucional de derecho, al respecto refiere Vigo que

[...] al jurista sólo le correspondía ser la boca de la ley, por ende, debía aprenderla y repetirla de manera dogmática. Este trabajo del jurista se prometía fácil, mecánico y silogístico, dado que consistiría en subsumir el caso individual en el supuesto genérico previsto en la ley, construyendo el silogismo respectivo donde la premisa mayor sería el “sentido” que se obtenía de las entrañas de la misma por medio de ciertos métodos (centralmente el gramatical y el lógico), la premisa menor el caso, y la conclusión que proyectaba en el caso las consecuencias previstas en la ley. (Vigo, 2017, p. 16)

Pareciera que se está enalteciendo a los legisladores sobre el Estado de derecho constitucional, presuponiendo que la ley deriva de superhombres, recordando que en nuestra historia hubo Constituciones que se legitimaban porque asumían que eran dictadas por Dios.⁸ Valdría la pena preguntarnos entonces ¿qué pasaría si los congresos del país, de acuerdo con el artículo 135, modifican la Constitución influidos totalmente por factores exógenos, como subordinación a un capricho del presidente, o haciendo lo contrario a lo que éste desea, o dejándose sobornar o presionar o ceder por amenazas nacionales o extranjeras? Este criterio 2/2022 es muy reciente, y si se atiende a su validez, la postura tendrá que ser negando la posibilidad de invalidar un artículo constitucional, porque no hay un parámetro de comparación para el Estado mexicano que lo establecido en la Constitución y en la legalidad, lo cual es tácitamente un reconocimiento al verdadero atraso de la justicia constitucional nacional frente a los tribunales u órganos constitucionales europeos que lo hacen cotidianamente; incluso hacen control previo de la constitucionalidad sobre las reformas, antes de que tengan vigencia.⁹

⁸ Por ejemplo, el preámbulo de la de 1824 señalaba: “En el nombre de Dios todopoderoso, autor y supremo legislador de la sociedad. El Congreso general constituyente de la nación mexicana, en desempeño de los deberes que le han impuesto sus comitentes, para fijar su independencia política, establecer y afirmar su libertad, y promover su prosperidad y gloria, decreta la siguiente: Constitución de los Estados Unidos Mexicanos”. Otro ejemplo es el mismo Supremo Poder Conservador que respondía a Dios “Artículo 17. Este Supremo Poder no es responsable de sus operaciones más que a Dios y a la opinión pública[...]” (Leyes Constitucionales, 1836).

⁹ Véase por ejemplo el Control *a priori* ejercido por el Consejo Constitucional Francés. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/presentacion-general> y/o el recurso previo de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional Español. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/Paginas/022-Recurso-previo-inconstitucionalidad.aspx>

Llama la atención que lo anterior no es desconocido para algunos integrantes de la Corte en la discusión, al referir que “[...] podemos observar que en el derecho comparado existen ejemplos en los que los Tribunales Constitucionales tienen la facultad de hacer control judicial sobre las normas de su propia Constitución, como en los casos de: India, Colombia, Alemania y Turquía” (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 39).

A su vez, el ministro Pérez Dayán señaló que

No desconozco que en otros sistemas jurídicos se han desarrollado doctrinas que permiten a las salas constitucionales examinar la materialidad de las reformas hechas a sus textos fundamentales, aún y cuando tales atribuciones no les estén expresamente conferidas, por citar las más recientes, reconozco la que se denomina como: sustitución de la Constitución o la que se justifica a partir de identificar principios políticos fundamentales o de ejes axiales inmodificables por el poder revisor derivado. (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 46)

De igual forma nos refiere la ministra Piña Hernández que

[...] el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha sostenido que tiene la autoridad, pese a no existir una competencia clara y expresa, para revisar el contenido de las enmiendas a la luz de su cláusula irreformable, contenida en el artículo 79-3 de la Ley Fundamental de Alemania de 1949, la cual prohíbe las reformas que afecten la división de la Federación, la dignidad humana, el orden constitucional o los principios básicos que definen a Alemania como un Estado democrático, social y federal. Brasil y la República Checa son otros casos similares al de Alemania (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 57).

La postura que consideramos adecuada es adicionar la Constitución para dotar de competencia para invalidar normas constitucionales, porque, como bien lo señala el proyecto de la sentencia, proponía inaplicar; pero en realidad la SCJN debería poder invalidar el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución. Sin embargo, como no hay alguna autoridad competente para tal efecto, ese acto también sería inconstitucional, una autorización de esta naturaleza de ningún modo significaría autorizar a la SCJN para que invaliden artículos constitucionales de forma automática, o anular

al Poder Legislativo. Proponemos que sea una competencia para que el pleno del máximo tribunal analice si es viable —o no— la invalidación de acuerdo con el principio *pro persona*, con independencia de la fuente del derecho humano, aunque lo óptimo sería la creación de un órgano de control político, con independencia de los poderes constituidos.

No obstante, hay opiniones contrarias incluso a la inaplicación propuesta en el proyecto. En la discusión señalaron que: “Sería una falacia que al tiempo que estamos llamados a proteger la Ley Suprema de toda la Unión, debemos desaplicarla[...]” (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 37). Pensamos, como hemos expresado, precisamente lo contrario. También hay voces disonantes con lo antes dicho. En la misma discusión se dijo: “De determinar que el Poder Judicial Federal tiene la facultad de inaplicar una norma constitucional, se correría el riesgo de que se erigiera como un Poder Constituyente y con ello perder la legitimidad que nos brinda el sistema jurídico y de división de poderes en nuestro país” (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 38). Lo anterior es extraño, puesto que la tarea de los tribunales constitucionales u órganos de control político encargados de ejercer el control de la constitucionalidad es, precisamente, incidir en el quehacer de los demás poderes constituidos cuando violen la Constitución. Esa es su naturaleza jurídica.

Por ello, los órganos de control político encargados de velar porque se cumpla el Estado de derecho, tienen la característica de no pertenecer a alguno de los poderes constituidos, ya sea el Consejo Constitucional Francés (Consejo Constitucional, s.f.) o tribunales constitucionales; o incluso, en nuestro caso, el Supremo Poder Conservador. Sin duda alguna, lo que hizo el criterio 2/2022, fue abonar a la regresividad y consideramos que, el proyecto de resolución que se estudia, tiene el criterio adecuado para que sea el punto de partida que permita iniciar unas reformas y un debate profundo acerca de la necesidad de dar competencia, mediante una acción de revisión constitucional y convencional al pleno de la SCJN y posteriormente de forma óptima, la creación de un órgano de control político, independiente del Poder Judicial de la Federación,¹⁰ con la atribución de invalidar normas constitucionales. Velar por un Estado pleno de derecho maximiza los principios establecidos en la misma, a diferencia de presuponer que los legisladores nunca se equivocan; máxime porque las leyes no la hacen peritos en la

¹⁰ Sobre la conveniencia de ello, véase Tapia Hernández (2019).

materia.¹¹ Incluso en la academia, este tipo de temas son tratados en las especialidades en derecho constitucional.

Por otra parte, un argumento que nos parece importante, alejado de la validez de la norma, fue el vertido en la sentencia al abordar este tópico al señalar:

Un análisis simplista y restringido de los conceptos de invalidez podrían llevar a un estudio sesgado en el que únicamente se verificara formalmente si las normas impugnadas se encuentran en el catálogo del artículo 19 constitucional. Sin embargo, si se resolviera de esa manera, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación cometería una franca violación del derecho de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia de todas las personas, pues no daría respuesta completa a los argumentos de invalidez que se hicieron valer y, por el contrario, se incurriría en una falacia de petición de principio. (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 134)

Finalmente, en la discusión también refieren argumentos ajenos al proyecto, por ejemplo, enunciaron:

[e]l proyecto propone ordenar que se dejen de aplicar los mandatos expresos de la Constitución y que sean despojados de todo su valor normativo, perdiendo de vista que ni siquiera los más graves trastornos sociales, a los que se refiere el artículo 136 de la Constitución, tolera que esta se debilite al prever esta Constitución no perderá su fuerza y vigor aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia[...]. (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 24)

Lo anterior constituye una falacia de falsa equivalencia, puesto que no tiene nada que ver —y no es comparable— una rebelión con incluir en el articulado, de la propia Constitución, un supuesto jurídico a todas luces violatorio de derechos humanos, y que sea sometido a control de la constitucionalidad.

¹¹ Los artículos 55 y 58 de la Constitución no piden como requisito estudios a los legisladores, ni saber leer ni escribir, con lo cual desde luego estamos de acuerdo porque es armónico con el principio de república.

Un cuestionamiento válido en primer momento respecto a la inaplicación de la norma, fue si se podrían invalidar todas las normas secundarias y dejar intocables los artículos constitucionales. La ministra Ríos Farjat indicó que ya ha habido asuntos en los que las leyes secundarias se declararon inconstitucionales¹² y no se invalidó el artículo constitucional.¹³ Sin embargo, para el tema se tiene un inconveniente insalvable que es la contradicción de tesis 293/2010 y que, por lo tanto, el texto constitucional es inconvenicional, pero válido e inimpugnabile por las razones dichas con antelación. En el proyecto de sentencia de mérito se hace una amplia defensa desde la óptica positivista, concluyendo que el artículo 19, con el estado actual que guarda la normatividad en México, es intocable.

Sin embargo, de manera adecuada el párrafo 365, indica que no es posible invalidar la legislación impugnada si no se invalida el artículo 19 constitucional, que sustenta la propuesta de su inaplicación, señalando como obstáculo precisamente a la contradicción analizada en líneas anteriores, refiere que este estudio e interpretación “estaría vedado si siguiera vigente el criterio por el que se ha sostenido anteriormente que, “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”, definido en la contradicción de tesis 293/2011 y reiterado en jurisprudencia” (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020).

Podemos concluir que, la imposibilidad de invalidar el artículo es formal, porque no es competente la SCJN y porque la Ley de Amparo y el criterio 2/2022 lo prohíben, aunado al impedimento o candado jurídico explicado de la contradicción de tesis 293/2011.

De manera adecuada, así lo sugirió en su intervención la ministra Piña Hernández, al referir que

[...] me parece fundamental analizar, nuevamente, el alcance de la jurisprudencia 20/2014, mejor conocida como la contradicción de tesis 293/2011. Para mí, no basta con reinterpretarla. Para mí, —sí— nos tenemos que separar o,

¹² Señala el caso de “tener un modo honesto de vivir” como requisito para ser ciudadano y el de no haber sido condenado por delito doloso, que se prevé para los comisionados de competencia económica, del Instituto Federal 18 de Telecomunicaciones, para los titulares de la fiscalía (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, p. 17 y 18).

¹³ Qué en la especie, es lo que proponía el proyecto, puesto que no invalidaría el artículo constitucional.

por lo menos, pronunciarnos en relación con la última porción que dice: salvo las restricciones que establece esta Constitución (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 58).

Ignorar lo anterior, es legitimar y legalizar las violaciones a derechos humanos que pudieran estar establecidos en la Constitución y en las leyes que de ella emanen —que siempre serán constitucionales— incluyendo los tratados internacionales; atenta con ello, y como ha sido con la prisión preventiva oficiosa, el Estado de derecho que está obligado a proteger derechos humanos, con independencia de la fuente. La solución práctica inmediata es otorgar la atribución al pleno de la SCJN, ante el consenso de que la prisión preventiva oficiosa es violatoria de derechos humanos, sumándonos en el sentido del proyecto de inaplicar la norma constitucional, hasta que la competencia de invalidar la norma le sea otorgada, para de forma mediata analizar la viabilidad de un órgano de control político, independiente de los tres poderes constituidos, creando la revisión constitucional y convencional.

El proyecto tiene la genialidad de no llegar al punto de discutir la competencia de invalidar un artículo constitucional, planteando en cambio la inaplicación del artículo. Aunque es menester mencionar también las dudas fundadas de competencia a la SCJN de inaplicación de un artículo constitucional,¹⁴ también consideramos que hizo falta abundar sobre los efectos de la inaplicación, así como de detallar qué pasaría en dado caso con las personas que están ahora en prisión preventiva oficiosa.

V. Conclusiones

Teóricamente, está justificado y es necesario que la SCJN pueda invalidar un artículo de la Constitución por ser anticonstitucional o inconveniente, cuando viole el propio ordenamiento o los tratados internacionales que regulen derechos humanos. Sin embargo, la SCJN no puede atribuirse competencias que no le estén directamente señaladas en la Constitución; y actualmente no puede declarar la invalidez en el articulado de la carta magna. Por el

¹⁴ Este y otros cuestionamientos importantes plantea el ministro Laynez Potisek que no aclara el proyecto. Véase Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, pp. 27 y 28.

contrario, esta facultad se encuentra expresamente prohibida tanto en el artículo 61, fracción I, de la Ley de Amparo, así como en el criterio reciente 2/2022 del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, debe crearse la revisión constitucional y convencional, y otorgar dicha competencia de forma apremiante al pleno de la SCJN, y posteriormente, delegarla en un órgano de control político independiente de los poderes constituidos, como en su momento lo tuvo el Supremo Poder Conservador.

El proyecto de sentencia es un parteaguas para lo anterior, apoyado por el consenso en la SCJN sobre la inconventionalidad de la prisión preventiva oficiosa al violar derechos humanos; principalmente la libertad personal y la presunción de inocencia, establecido en el artículo 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 7o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, la figura mencionada no cumple con la proporcionalidad y subsidiariedad, al ser decretada de manera automática. Así lo refieren diversas instancias nacionales e internacionales, incluyendo la Corte IDH.

Es plausible que el ministro ponente, sabedor de que no está autorizado ese órgano para invalidar la norma constitucional, haya optado por la inaplicación del segundo párrafo del artículo 19 constitucional en aras de no violentar derechos humanos y proteger el principio *pro persona*, advirtiendo en el proyecto que ese artículo derivado de la contradicción de tesis 293/2011, que dictó una restricción muy importante para los derechos humanos regulados en tratados internacionales, hizo inimpugnable la prisión preventiva oficiosa. Por ende, la última parte de esa contradicción, relacionada con las restricciones en la Constitución, debe abandonarse.

Esto es muy grave en la práctica, puesto que cualquier figura, aunque sea violatoria de derechos humanos que se establezca en la Constitución, con algunos límites, no puede ser sujeta de control de la convencionalidad, aunque viole derechos humanos, ni tampoco invalidarse, como en el caso que nos ocupa.

Haremos dos comentarios respecto al proyecto (que no le quita nada de loable y relevante): se intentó justificar teóricamente la competencia de la SCJN para inaplicar la norma y sus efectos lo cual era fundamental, toda vez que dicha figura derivaría en la praxis materialmente en una invalidación y, en segundo término, no se precisa qué hubiera pasado con las personas que están actualmente en prisión preventiva oficiosa.

Advertimos con preocupación que algunos argumentos vertidos en la discusión del proyecto de sentencia, se centraron en la validez y legalidad.

Sin embargo, consideramos que la sentencia puede ser un hito para nuestra historia constitucional; es un tema que debe estar inmerso en la ciencia jurídica del país del primer orden y con ello evitar que la Constitución prevea artículos violatorios de derechos humanos.

VI. Referencias

- Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019 (2022). <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-09-20/5%20de%20septiembre%20de%202022%20-%20Versi%C3%B3n%20definitiva3.pdf>
- Caso Tzompaxtle Tecpile y Otros vs. México* (2022). Corte IDH. Sentencia del 7 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917, mayo 5).
- Consejo Constitucional Francés. (s.f.). <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, noviembre 22). https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/es-pagnol/es_ddhc.pdf
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2004). *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*. Porrúa.
- Jurisprudencia P/J. 20/2014 (10a). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://cutt.ly/6J90kBZ>
- Jurisprudencia P/J. 21/2014 (10a). (2014b). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=2006225&Tipo=1>
- Lasalle, F. (1999). *¿Qué es una Constitución?* El Aleph. https://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf
- Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2013, abril 2).
- Leyes Constitucionales (1830, diciembre 20). <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>

- Los Reporteros MX (2022, noviembre 24). “No sabe ni lo que está votando”: critican a la magistrada Loretta Ortiz por votar la “invalidez del artículo 19 constitucional”. https://www.facebook.com/watch/?ref=search&v=693803452030794&external_log_id=39701de3-e161-4e1a-b207-9a833f2eafc2&q=loretta%20ortiz%20ahlf%20VOTA%20CONTRA%20LA%20INVALIDEZ
- Mancera Espinosa, M. A. (2011). El Derecho Penal Del Enemigo En México. *Revista Penal*, 1(1), 141-160. <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/110>
- Montiel González, A. (2022). Sin sentencia 40 por ciento de detenidos con prisión preventiva oficiosa. <https://www.udg.mx/es/noticia/sin-sentencia-40-por-ciento-de-detenidos-con-prision-preventiva-oficiosa>
- Negretto, G. L. (2015). ¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política de Carl Schmitt. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 40(161). <https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.1995.161.49743>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)1966, diciembre 16). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Proyecto de resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019. (2022). https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scnj/documento/2022-08/AI%20130-2019%20Proyecto.pdf
- Rousseau, J. J. (2007). *Contrato Social*. 12a. ed. Espasa Calpe. https://www.posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Textos_2019-1/2019-1_Rousseau_ContratoSocial.pdf
- Secretaría de Gobernación (2019). Noticias legislativas. <http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Panorama/201902/NOTICIASLEGISLATIVAS-11FEBRERO2019.pdf>
- Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana (2024). Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional de enero de 2024. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/895513/CE_2024_01.pdf
- Sentencia de acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019 (2022). <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-12-06/24%20de%20noviembre%20de%202022%20-%20versi%C3%B3n%20definitiva.pdf>

- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN] (2020, febrero 12). *Reforma Judicial con y para el Poder Judicial*. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/carrusel_usos_multiples/documento/2020-02/Reforma%20Judicial.pdf
- Tapia Hernández, E. F. (2020). El nuevo paradigma de los Derechos Humanos en el constitucionalismo mexicano a partir de la reforma del 2011. *Revista de Derecho*, (29), 52-70. <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i29.10620>
- Tapia Hernández, E. F. (2019). La necesidad de un órgano de control político independiente del poder judicial de la federación. *Revista Veredas*, (37), 279-307. <https://veredasojs.xoc.uam.mx/index.php/veredas/article/view/500>
- Tapia Hernández, E. F., y Olvera Bustamante, A. A. (2020). La posición jurídica del Estado Mexicano ante la jerarquía normativa de los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En F. Pierobon y T. Caversan Antunes (coords.). *Direitos humanos e contemporaneidade: estudos em homenagem aos 60 anos da comissão interamericana de direitos humanos*. Editora Thoth.
- Tesis: 2a./J. 2/2022 (11a) (2022). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Undécima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024180>
- Tesis: P. LXXVII/99 (1999). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/192867>
- Tribunal Constitucional Español. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/Paginas/022-Recurso-previo-inconstitucionalidad.aspx>
- Vélez Plickert, M. (2020). Cuando la Constitución no está escrita. *Diario Financiero*. <https://www.df.cl/empresas/entre-codigos/cuando-la-constitucion-no-esta-escrita#:~:text=Junto%20a%20Israel%20y%20Nueva,los%20derechos%20de%20las%20personas>
- Vernengo, R. J. (2021). Validez y verdad en la “Teoría de las normas” de Kelsen, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 25(1), 13-28. <https://revista-seug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/21196/20447>
- Vigo, R. L. (2017). *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional*. Tirant lo Blanch. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/33293.pdf>



Cómo citar

Sistema IJ

Tapia Hernández, Erick Francisco, “La inconventionalidad de artículos constitucionales en México, a partir de las acciones de inconstitucionalidad contra la prisión preventiva oficiosa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e19000. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2025.52.19000>

APA

Tapia Hernández, E. F. (2025). Facultades extraordinarias del presidente de la República y control judicial: expansión de las competencias del Poder Ejecutivo en la pandemia de COVID-19 en Colombia. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 26(52), e19000. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2025.52.19000>