

INCONVENCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

KAREN ALEJANDRA CASTRO VARGAS*

RESUMEN: En el presente artículo la autora analiza cómo el *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano y el control de convencionalidad tienen vigencia en el marco normativo mexicano, en específico su injerencia en la interpretación conforme con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El análisis es guiado por las siguientes preguntas: ¿Cuál es la relevancia del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en el marco normativo mexicano? ¿De qué modo se encuentra vinculada la interpretación conforme con el control de convencionalidad interno? ¿Se puede realizar una interpretación de las normas constitucionales conforme al propio marco normativo constitucional y qué papel juega el margen nacional de apreciación? ¿El control de convencionalidad interno es un control de constitucionalidad?

En última instancia se concluye que la prisión preventiva oficiosa es inconveniente, por lo que, a la luz de la acción de inconstitucionalidad 130/2019, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al realizar una interpretación conforme, debió preferir la más acorde a la protección de derechos humanos, la cual correspondía a la interpretación de la prisión preventiva oficiosa realizada por los tratados internacionales correspondientes —conforme al artículo primero constitucional— sobre la teleológica del propio texto constitucional.

PALABRAS CLAVE: *Ius Constitutionale Commune*, control de convencionalidad, prisión preventiva, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ABSTRACT: In this article the author analyzes how the Latin American *Ius Constitutionale Commune* and the conventionality control are effective in the Mexican legal framework, specifically its importance with the constitutional review according with the Mexican Constitution. This work is guided by the following questions: What is the relevance of the Latin American *Ius Constitutionale Commune* in the Mexican legal framework? In which way is the constitutional review related to the internal conventionality control? Is it possible to constitutional review statutes in accordance with the constitutional normative framework itself and what role does the margin of discretion play? Is the internal conventionality control a constitutional review?

This article leads to the conclusion that the pre-trial detention is unconstitutional, for the action for a constitutional review No. 130/2019 held at Mexico's Supreme Court of Justice, by making a constitutional review, should have preferred the most favorable interpretation for human rights' protection, which corresponded to the interpretation regarding pre-trial detention made by the international treaties —according to Article 1 of the Mexican Constitution— over the purposivism interpretation of the constitutional text itself.

* Especialista en Amparo (Universidad Panamericana) y Licenciada en Derecho (Universidad Panamericana).

KEYWORDS: *Ius Constitutionale Commune*, conventionality control, pre-trial detention, Mexico, Mexico's Supreme Court of Justice.

SUMARIO: 1. *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* COMO PARÁMETRO DE VALIDEZ CONVENCIONAL. 1.1 ¿Cómo está compuesto y cuál es la relevancia del *ius constitutionale commune*?. 1.2. ¿Qué es el *ius constitutionale latinoamericano*?. 2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. 2.1. ¿Qué es el control de convencionalidad externo?. 2.2. ¿Qué es el control de convencionalidad interno?. 2.3. ¿Qué es el margen de apreciación nacional?. 3. LA INTERPRETACIÓN CONFORME: MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL. 3.1. Control constitucional. 3.2. ¿Cómo se realiza la interpretación conforme?. 4. LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL EN DERECHOS HUMANOS. 4.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 4.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 4.3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 5. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 130/2019 Y SU ACUMULADA 136/2019. 5.1. Primer proyecto de sentencia de la acción de inconstitucionalidad 130/2019. 5.2. Segundo proyecto de sentencia de la acción de inconstitucionalidad 130/2019. 5.3. Análisis. 6. CONCLUSIÓN: LA INCONVENCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. FUENTES DE CONSULTA.

1. *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* COMO PARÁMETRO DE VALIDEZ CONVENCIONAL

El *Ius Constitutionale Commune* (en adelante el “ICC”) es un fenómeno jurídico emergido de la interacción y la confluencia entre el derecho nacional e internacional¹ con un impulso específico: transformar la realidad a través de un **parámetro normativo** para la protección multinivel de derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho.² Lo anterior, partiendo de un proceso de transformación constitucional tendiente a la **consolidación de un acervo común de estándares** que salvaguardan dicha triada.³

Claramente el ICC no es concepto finito, de ahí que se requiera una revisión periódica y constante de su contenido.

1.1 ¿Cómo está compuesto y cuál es la relevancia del *ius constitutionale commune*?

El ICC es una transformación en los ordenamientos jurídicos nacionales que implica la **adopción gradual de estándares internacionales para aplicarlos en su derecho**

1 Bogdandy, Armin von, *et al.*, “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”, en: Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, Colección Constitucionalismo Contemporáneo, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, México, 2017, p. 21.

2 *Ídem.*

3 *Ibidem*, p. 148.

público nacional a través de la permeabilidad policéntrica “*que evidencia un pluralismo entre el derecho internacional, supranacional y doméstico*”,⁴ cuya relevancia no solo estriba en su impacto en diversas reformas constitucionales y legislativas, sino también en la adopción de políticas públicas de cada Estado.⁵

Así, “[l]a creación de la Sociedad Internacional de Derecho Público es una prueba de que la interconexión entre la teoría política, la ciencia política, el derecho constitucional, el derecho comparado, el derecho de la integración y el derecho internacional es una tendencia universal contemporánea.”⁶

Así, el ICC ha ganado voluntades y territorios en los últimos años, manifestándose en sendas reformas normativas, giros jurisprudenciales, políticas públicas emergentes y atenciones académicas.⁷ Lo anterior atendiendo al dinamismo social, manteniendo la atención en torno a las deliberaciones y las tensiones que se advierten en cualquier parte del mundo,⁸ lo que asegura su constante actualización.

1.2. ¿Qué es el *ius constitutionale latinoamericano*?

En el caso de la región de América Latina, es innegable la viva relación entre decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Corte IDH”) y el derecho interno de los países de la región, particularmente tribunales latinoamericanos que se han ido nutriendo de la jurisprudencia de la Corte IDH, en un proceso que podríamos llamar de “nacionalización”.

¿Cuál es la agenda de este constitucionalismo transformador (ICC) como fenómeno global acotado a América Latina?⁹ Enfrentar el autoritarismo, fortalecer las instituciones públicas para promover el bien común, y superar la exclusión. ¿Cómo surge el ICC latinoamericano (en adelante el “ICCAL”)? Como fruto de “*la investigación en torno a los problemas jurídicos que afronta la región*”,¹⁰ concluyendo que esos problemas deben abordarse con un enfoque de derecho público de modo “*que el derecho gobierne el ejercicio de la autoridad pública*.”¹¹

4 *Ídem*.

5 *Ídem*.

6 *Ibidem*, p. 27.

7 García Ramírez, Sergio., “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*”, en: Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, Colección Constitucionalismo Contemporáneo, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, México, 2017, p. 56.

8 *Ibidem*, p. 57.

9 Tras las ideologías constitucionales que han existido en América Latina: (i) el conservadurismo inspirado en el catolicismo español; (ii) el liberalismo inspirado en Estados Unidos antes del *New Deal*; y (iii) el radicalismo inspirado en el socialismo francés.

10 Bogdandy, Armin von, *et al.*, *op. cit.*, p. 18.

11 *Ídem*.

¿Cómo conseguir tan ambicioso fin? Al respecto, los maestros Armin von BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Mariela MORALE ANTONIAZZI, Flávia PIOVESAN y Ximena SOLEY, señalan que las respuestas se encuentren en el derecho administrativo, el derecho internacional público general, el derecho a la integración regional, los derechos humanos y el derecho de las inversiones.¹² Tras este análisis multidisciplinario, los autores nos señalan 3 dimensiones del ICCAL, a saber:

- i. **Analítica ontológica.** Afirmar la existencia de un nuevo fenómeno jurídico compuesto por elementos provenientes de varios ordenamientos jurídicos que se encuentran **interconectados por un impulso común** denominado constitucionalismo transformador.¹³

“(…) vincula a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) con los demás instrumentos jurídicos interamericanos con las garantías establecidas en las constituciones nacionales, con las cláusulas constitucionales de apertura del ordenamiento jurídico interno al derecho internacional y con la jurisprudencia nacional e internacional pertinente.”¹⁴

La Corte IDH se ha convertido “*en uno de los muchos puertos que conforman la red latinoamericana del constitucionalismo transformador. Esa red interconecta a la Corte IDH con las cortes y los tribunales nacionales.*”¹⁵

- ii. **Normativa:** “*respalda el impulso específico del constitucionalismo transformador en América Latina que fue incorporado o renovado con los proyectos constitucionales que surgieron con posterioridad al periodo de los regímenes autoritarios.*” (...) “*se han modificado los parámetros bajo los cuales el poder debe ser justificado y los objetivos pueden ser perseguidos*”,¹⁶ por lo que se reconoce que el derecho y la academia han sido responsables de las deficiencias sistémicas o estructurales.

*“El objetivo del ICCAL es que en toda la región **se tornen efectivas o se realicen materialmente las promesas centrales de las constituciones nacionales** y que los diferentes países del subcontinente se integren dentro de una **estructura de apoyo mutuo**.”¹⁷*

Los mecanismos son: (i) la difusión de los estándares sobre derechos humanos, (ii) la compensación de los déficits nacionales y (iii) el fomento de una nueva dinámica de empoderamiento de los actores sociales.

12 *Ídem.*

13 *Ibidem*, p. 19.

14 *Ídem.*

15 *Ibidem*, pp. 19 y 20.

16 *Ibidem*, p. 21.

17 *Ibidem*, p. 20.

- iii. **Enfoque académico.** “[S]e caracteriza por la combinación de la investigación académica sobre el derecho nacional e internacional, una mentalidad comparativa y una orientación metodológica hacia los principios, en concreto, hacia la triada: derechos humanos, democracia y Estado de derecho. Su lógica es incremental y los derechos son su principal enfoque e instrumento.”¹⁸

En suma, las tres dimensiones refieren a tres fases consecuenciales que deben ser agotadas: **acuñar, desarrollar y propagar el concepto de ICCAL a fin de impactar la realidad.**

En palabras de Bogdandy, al introducir el concepto de “interamericanización”, el ICCAL sucede gracias a la reconfiguración de la relación entre el derecho internacional y el nacional; es decir, **ordenamientos jurídicos nacionales que adoptan gradualmente los estándares interamericanos por parte de los Estados que han reconocido la competencia de la Corte IDH**, para aplicarlos a su derecho público nacional.¹⁹

Así, respecto a la conveniencia o no de contar con un ICCAL, es dable concluir que el proceso de interamericanización “*es un mecanismo relevante para avanzar en el Ius Constitutionale Commune en América Latina en derechos humanos*”,²⁰ que **contribuye a encontrar respuestas a los desafíos estructurales que enfrenta la región.**

*“El conjunto de instrumentos jurídicos que reúne el ICCAL ofrece la oportunidad de contar con estructuras idóneas para impulsar una agenda transformadora. Se trata de una sólida red de instituciones y personas que han utilizado esas estructuras para desencadenar dinámicas transformadoras relevantes.”*²¹

En ese tenor, es fundamental delimitar, organizar, desarrollar y criticar el derecho a fin de crear una **interacción dinámica entre los diferentes sistemas jurídicos con un fuerte vínculo con el constitucionalismo transformador**, buscando transformar las sociedades desde su realidad política y social con el fin de crear un marco general para la plena realización de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos de manera que los Estados de América Latina puedan ser más plurales y cohesionados.²²

2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En el sistema interamericano de derechos humanos, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obliga-

18 *Ídem.*

19 *Ibidem*, p. 418.

20 *Ídem.*

21 *Ibidem*, p. 22.

22 *Ídem.*

ciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la “CADH”).²³

Este control de convencionalidad es, por tanto, la **concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH**.

Esta obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH, lo que implica que los Estados deben **adoptar medidas en el ámbito interno que permitan la compatibilidad de las normas internas del Estado con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos**, de manera de establecer condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la CADH. Estas medidas no se agotan en la adopción o expulsión de leyes, sino también en la interpretación de la normativa interna de manera conforme a la CADH.²⁴

En la jurisprudencia de la Corte IDH ha surgido el concepto control de convencionalidad para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la **verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con la CADH y su jurisprudencia**; es una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la CADH y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH.

Así, en varias sentencias la Corte IDH ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. No obstante, todas las autoridades estatales están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la CADH, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.²⁵

Muchos de los casos que se someten al conocimiento de la Corte IDH llegan porque ha fallado la justicia interna. Por tanto, el control de convencionalidad es la concreción de la garantía de los derechos humanos consagrados internacionalmente, en el ámbito normativo interno. De ello se desprende que el control de convencionalidad tiene aplicación tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “I. Breve introducción al control de convencionalidad”, en: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p.3.

24 *Ibidem*, p. 4.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “VII. Valor de la jurisprudencia interamericana como parámetro de convencionalidad: cosa juzgada internacional.”, en: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 28.

2.1. ¿Qué es el control de convencionalidad externo?

En el ámbito internacional, el control de convencionalidad externo refiere a la función que realiza la Corte IDH consistente en la expulsión de normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten al conocimiento de la Corte IDH.

“Esto ha ocurrido, por ejemplo, con la declaración de incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones que impone la CADH (ver, entre otros, Caso Almonacid Arellano vs. Chile). Dicha función, ha sido la principal de la Corte IDH desde su entrada en funcionamiento, ya que es el órgano encargado de interpretar la CADH y revisar que los actos y hechos de los Estados, que han reconocido su competencia, se ajusten a sus disposiciones.”²⁶

Así, el aludido control de convencionalidad externo es una supremacía de la doctrina judicial que expone la Corte IDH que emerge de la jurisprudencia mutativa por adición de ésta, y su propia jurisprudencia como tribunal supranacional,²⁷ y que **sirve para dar solución ante la eventual colisión entre derechos, bienes y valores sostenidos por una convención** sobre derechos humanos o la doctrina del órgano jurisdiccional internacional respectivo, **y la Constitución nacional.**²⁸

2.2. ¿Qué es el control de convencionalidad interno?

En el ámbito interno, el control de convencionalidad es el que deben realizar los agentes del Estado y, principalmente, pero no exclusivamente, los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) para analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. En este sentido, el objetivo del control es **verificar la conformidad de las normas internas y su interpretación y aplicación, con la CADH y otros instrumentos de derechos humanos que vinculen al Estado** y que exista una correcta aplicación de dichos estándares.²⁹

Este ejercicio de control puede tener una serie de consecuencias, tales como, la expulsión del sistema interno de normas contrarias a la CADH (sea vía legislativa o jurisdiccional cuando corresponda); **la interpretación de las normas internas de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estado**; el ajuste de las actuaciones de los órganos ejecutivos y legislativos a las obligaciones internacionales; la modificación de prácticas de los órganos del Estado que puedan ser contrarias a los estándares in-

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “I. Breve introducción al control de convencionalidad”, *op. cit.*, p.3.

27 Sagiés, Néstor Pedro, *La constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, p. 391.

28 *Ibidem* pp. 391 y 392.

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “I. Breve introducción al control de convencionalidad”, *op. cit.*, p. 3.

ternacionales a los que se ha comprometido el Estado; entre otras formas de concreción de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.³⁰

Cobra relevancia al caso el tercer paso del control de convencionalidad,³¹ que refiere a ***“la necesidad de que las interpretaciones constitucionales y legislativas locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel Tribunal (...) lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”***³²

¿Cómo se lleva a cabo lo anterior? Mediante las siguientes operaciones:³³

- i. **Selección de interpretaciones.** Se prefieren aquellas exégesis del derecho doméstico, especialmente del constitucional, compatibles con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.
- ii. **Construcción de interpretaciones.** Interpretaciones del derecho nacional mutativas por adición, sustracción, o mixtas, por sustracción-adición (sustitutivas), siempre para tornar la norma constitucional compatible con la CADH y su jurisprudencia.

Al respecto, el maestro Sergio García hace una pregunta importante: *“¿Pueden los tribunales internos, en el desempeño del control de convencionalidad, formular interpretaciones propias acerca de normas de Derecho internacional, cuando venga al caso la aplicación de éstas a los casos de los que estén conociendo?”*³⁴ Responde que sí, pero solo cuando NO exista jurisprudencia de la Corte IDH sobre la norma que los juzgadores nacionales examinan y pretenden aplicar. *“En tales supuestos, si no se llevase adelante una interpretación doméstica, la norma internacional quedaría inaplicada, con todo lo que ello aparea.”*³⁵

En México el ***“juez interno —que ejerce el control de convencionalidad— y en general todas las autoridades domésticas —a las que se atribuyen obligaciones de prevención, respeto, garantía y reparación— debe conocer el amplio contenido de ese Derecho, para actuar en consecuencia. Ello no implica, por supuesto, que el juzgador doméstico DEBA aplicar directamente esas expresiones del Derecho internacional; le***

30 *Ídem.*

31 Después de a) Aplicación del mejor derecho y de la mejor interpretación; y b) Inaplicación de la regla constitucional; por lo que el tercer paso que se hace mención es: **c) Reciclaje de la norma constitucional.**

32 Sagüés, Néstor Pedro, *op.cit.*, p. 392.

33 *Ibidem* p. 393.

34 García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, IIDC, CIDH y UNAM, México, 2013, p. 783.

35 *Ídem.*

*servirán para establecer el alcance de los términos de una convención y, en consecuencia, fijar el marco del control de convencionalidad.*³⁶

Asimismo, el maestro Sergio García hace una importante referencia por analogía: el control concentrado es como el control de convencionalidad externo (la Corte IDH como intérprete de la CADH) y el control difuso como el control de convencionalidad interno (tribunales nacionales con la posibilidad de aplicar normas internacionales sobre derechos humanos para dar cumplimiento, en su ámbito de atribuciones a los deberes del Estado contenidos en los artículos 1º y 2º de la CADH).

Es decir, y considerando su voto correspondiente al caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, **el control de convencionalidad puede tener carácter difuso** y “*quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.*”³⁷

2.3. ¿Qué es el margen de apreciación nacional?

La CADH, en su preámbulo, indica la naturaleza coadyuvante o complementaria de la tutela convencional: (i) **una subsidiariedad procesal**, “*es decir, que solamente cuando las autoridades nacionales han tenido la oportunidad de analizar y resolver la situación concreta denunciada y no han podido o querido solucionarla de acuerdo con lo exigido por la Convención, puede operar el Sistema Interamericano*”;³⁸ y (ii) **una complementariedad normativa**, que “*reconoce que el orden jurídico interno tiene la responsabilidad primaria de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención. Ello surge del artículo 1.1 de la Convención, que exige a los Estados respetar y garantizar los derechos convencionales.*”³⁹

En este tenor, cobra relevancia la noción de margen de apreciación del juez nacional la cual “*se funda en la capacidad que tiene la jurisdicción interna de interpretar los derechos humanos.*”⁴⁰ Más aún, “*es el Estado el encargado de la interpretación y aplicación de los derechos humanos dentro del país conforme a una legislación internacional incorporada dentro del ordenamiento interno.*”⁴¹

36 *Ibidem*, p. 778.

37 *Ibidem*, p. 795.

38 Dulitzky, Ariel, *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: modelos para (des) armar*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, p. 343.

39 *Ibidem*, p. 344.

40 Barbosa Delgado, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, IIDC, CIDH y UNAM, México, 2013, p. 1094.

41 *Ibidem*, p. 1091.

Por otro lado, las cortes regionales de derechos humanos se encargan de racionalizar esa interpretación nacional “a través de interpretaciones extensivas de los derechos fundamentales con base en la proporcionalidad y en lo estipulado tanto en la CADH como en la CEDH.”⁴² Es decir, “los tribunales regionales protegen de forma subsidiaria estos derechos a través del principio de proporcionalidad con el cual se determina la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de las medidas de restricción tomadas por el Estado.”⁴³

Sin embargo, ¿qué pasa ante “un caso de difícil solución”, una falta de consenso entre los Estados parte de los tratados de derechos humanos? El maestro Francisco R. Barbosa responde lo siguiente: “la ausencia de consenso entre los Estados sobre temas sensibles en derechos humanos, ha llevado a que el TEDH y la Corte IDH justifiquen una imposibilidad de definición en la interpretación y aplicación de algunos derechos y **procedan al reconocimiento de un principio de deferencia hacia las autoridades nacionales.**”⁴⁴

Es decir, al margen de apreciación nacional tiene un límite claro, los casos de difícil solución, por lo que éste no es absoluto. No obstante ello, el referido poder de deferencia tiene como condiciones esenciales (i) la existencia de un Estado de Derecho (vinculación con el propósito del ICCAL) y (ii) la constatación de una sociedad democrática (a través de sus componentes: el pluralismo, tolerancia y el espíritu abierto).⁴⁵

3. LA INTERPRETACIÓN CONFORME: MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

El maestro Guillaume Tusseau refiere que la interpretación como medio de control de constitucionalidad debe ser una interpretación unívoca y vinculante para todos, autoridades y particulares, por lo que así habría **uniformidad para la aplicación de la ley.**⁴⁶ Un marco de certeza jurídica que brinda tanto el ICCAL, el parámetro de validez convencional y el bloque de regularidad constitucional. Por lo que vale la pena desglosar en primera instancia en qué consiste el control de constitucionalidad, y posteriormente uno de los medios para ejercerlo: la interpretación conforme.

3.1. Control constitucional

En palabras del doctor Sergio Charbel Olvera, “*El control constitucional es el conjunto de acciones orientadas a que se cumplan las normas constitucionales, por medio*

42 *Ibidem*, p. 1095.

43 *Ibidem*, p. 1092.

44 *Ibidem*, p. 1111.

45 *Ídem*.

46 Olvera Rangel, Sergio Charbel, “3.3.1. El control constitucional”, en: *La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales*, tesis doctoral, Escuela Libre de Derecho, México, 2021, p. 284 (en su nota 647), nota 8.

*de las acciones de cumplimiento de los particulares y las autoridades, o por el ejercicio de las funciones de autoridades estatales.”*⁴⁷

No obstante, debemos recordar que el texto constitucional fue modificado mediante la reforma de derechos humanos de 2011, contemplando en su artículo primero una extensión por remisión del texto constitucional, constituida por el bloque internacional de derechos humanos. Lo que quiere decir que **todos aquellos tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte que contemplen derechos humanos, son parte del artículo primero constitucional.**

Lo anterior tiene sustento en el **parámetro de control de regularidad constitucional**, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

Como se sabe, la discusión del expediente Varios 912/2010 se originó para tratar de dar cumplimiento a parte de lo ordenado en la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco vs. México. Con tal objetivo en la mira, la SCJN reflexionó sobre los alcances de lo que se conoce como control difuso de convencionalidad, y señaló que el parámetro de análisis que conlleva se integra por lo que puede calificarse como los componentes de un bloque de constitucionalidad:

- i. Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución (con fundamento en los artículos 1o y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
- ii. Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.
- iii. Criterios vinculantes de la Corte IDH establecidos en las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.

De lo anterior, la Segunda Sala de la SCJN, a través de la jurisprudencia por contradicción de tesis 2a./J. 16/2014 (10a.),⁴⁸ realizó una distinción doble respecto del control constitucional: el control concentrado y el control difuso.

El *control concentrado* es de competencia exclusiva del Poder Judicial de la Federación, cuyos órganos son encargados del análisis de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, por lo que la controversia consiste en determinar si la disposición de carácter general impugnada expresamente es o no contraria a la Constitución y a los

⁴⁷ *Ibidem*, p. 279.

⁴⁸ Tesis [J.]: 2a./J. 16/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, abril de 2014, p. 984. Reg. digital: 2006186, consultable en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006186>.

tratados internacionales, existiendo la obligación de analizar los argumentos que al respecto se aduzcan por las partes.

En cambio, el *control difuso* es de competencia de las autoridades jurisdiccionales ordinarias cuya obligación es hacer respetar los derechos humanos establecidos en la propia Constitución y tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, pudiendo inaplicar leyes secundarias, con la diferencia de que el tema de inconstitucionalidad o inconveniencia no integra la *litis*, puesto que ésta se limita a la materia de legalidad, y por ello, el juzgador por razón de su función, prescindiendo de todo argumento de las partes, puede desaplicar la norma.

Pero ¿cómo se realiza el control de constitucionalidad a través de la interpretación?

3.2. ¿Cómo se realiza la interpretación conforme?

Como se mencionó en líneas anteriores, el control constitucional se ejerce a través de las garantías constitucionales, las cuales **permiten analizar las normas, actos y omisiones** de particulares y autoridades, adecuándolas a la Constitución y al parámetro de convencionalidad en derechos humanos. Es decir, partiendo del entendido que el control de constitucionalidad es el conjunto de acciones orientadas al cumplimiento de la Constitución y su bloque de convencionalidad, vale la pena distinguir el «control» como *género*, de la «interpretación» de las normas constitucionales y secundarias como *especie*, por lo que la interpretación de las normas conforme al marco normativo constitucional y al parámetro de convencionalidad sería una *especie*: uno de los medios del control de constitucionalidad.

Sentado que la interpretación conforme es un medio del control de constitucionalidad, debemos atender a la obligación que tienen todas las personas juzgadoras —aun cuando no sean jueces de control de constitucionalidad y no haya una petición expresa para realizar este tipo de control— de realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* de las normas que deben aplicar —en términos del artículo 1º constitucional—, la cual debe realizarse en los términos que lo ha dispuesto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la “SCJN”) dando operatividad práctica a esta obligación constitucional.

Así, de conformidad con la jurisprudencia por precedente obligatorio 1a./J. 84/2022 (11a.),⁴⁹ de rubro: “*CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. METODOLOGÍA PARA REALIZARLO*”, sentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las personas juzgadoras deben seguir la si-

49 Tesis [J.]: 1a./J. 84/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, tomo V, junio de 2022, p. 4,076. Reg. digital: 2024830, consultable en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024830>.

guiente metodología para realizar control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* de las normas que deben aplicar, la cual se compone de los siguientes pasos:

- i. **Identificación.** Implica identificar el derecho humano que considere podría verse vulnerado, en atención a las circunstancias fácticas del caso, mismas que se desprenden de la narración del titular del derecho o del caudal probatorio que obre en el expediente;
- ii. **Fuente del derecho humano.** Es decir, si éste se encuentra reconocido en sede constitucional y/o convencional y fijar su contenido esencial, es decir, explicar en qué consiste, **a la luz tanto de su fuente primigenia como de la jurisprudencia desarrollada por el tribunal encargado de la interpretación final de la fuente;**
- iii. **Estudio de constitucionalidad y convencionalidad.** Implica el análisis de la norma sospechosa de inconstitucionalidad e inconvencionalidad a la luz del contenido esencial del derecho humano y determinar si éste es contravenido;
- iv. **Determinación.** Implica determinar si la norma es constitucional o inconstitucional, o bien, convencional o inconvencional; la forma en cómo debe interpretarse y, en su caso, si ésta debe inaplicarse para el caso concreto.

Pero ¿cómo saber si debe inaplicarse determinada norma en el caso concreto?

Al respecto, el Pleno de la SCJN se pronunció en el criterio P. LXIX/2011(9a.)⁵⁰, de rubro: “*PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS*”, señalando que la posibilidad e inaplicación de las leyes por los jueces domésticos, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, parte de esta presunción para hacer el contraste previo a su aplicación. Así, el Pleno señaló los siguientes pasos para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos:

- i. **Interpretación conforme en sentido amplio.** Implica que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, **favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.**
- ii. **Interpretación conforme en sentido estricto.** Implica que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la pre-

50 Tesis [A.]: P. LXIX/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 1, diciembre de 2011, p. 552. Reg. digital: 160525, consultable en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160525>.

sunción de constitucionalidad de las leyes, **preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos** reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

iii. Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.

Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el **último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos** establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

En suma, para resolver el conflicto entre normas de derechos humanos a través del control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*, primero se interpretará la norma en conflicto de la manera que se favorezca a las personas con la protección más amplia; si de las interpretaciones posibles todas son válidas a la luz del parámetro de regularidad constitucional, entonces se deberá preferir aquella más acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte. En última instancia, si no es conciliable la interpretación en alguna de las dos gradas anteriores, entonces procedería la inaplicación de la norma en conflicto.

4. LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL EN DERECHOS HUMANOS

La prisión preventiva es una medida cautelar se encuentra contemplada expresamente en el artículo 19 de la Constitución y se le califica como una **medida excepcional** que puede decretarse de dos maneras: a petición justificada del Ministerio Público o de oficio

Para ejecutar la medida en su modalidad oficiosa, la Constitución establece un amplio catálogo de delitos en los que el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, entre esos ilícitos, el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución contempla expresamente que se ordenará, entre otros, en los casos de delincuencia organizada y en 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:

“Artículo 19.—(...)

(...) El 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.
(...).”

La Segunda Sala de la SCJN ha matizado los alcances de las restricciones constitucionales, de modo que ha sostenido que no existe impedimento para que el intérprete constitucional al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación más favorable de la norma constitucional, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional, lo que incluye el primero constitucional; debiéndose asegurar que, sin dejar sin contenido la disposición restrictiva de la Constitución, **ésta sea leída de la forma más favorable posible a los derechos humanos.**⁵¹

Pero ¿qué ha sentado el derecho internacional de derechos humanos de observancia obligatoria para el Estado Mexicano?

4.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Desde 2013, el Sistema Interamericano ha advertido en sus informes sobre prisión preventiva en América, que **el uso no excepcional de la prisión preventiva es inadmisibles** en una sociedad democrática en la que se respete el derecho a la presunción de inocencia⁵². Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “CIDH”) enfatizó que la prisión preventiva ocasiona que las personas internas en prisión tengan **menos posibilidades de una defensa adecuada y de ser absueltas**, en comparación de quienes mantienen su libertad en un proceso penal.⁵³

51 Tesis [J.]: 2a./J. 163/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, p. 487. Reg. digital: 201582, consultable en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015828>, que señala “*nada impide que el intérprete constitucional, principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional. En efecto, no porque el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deba prevalecer, su aplicación ha de realizarse de manera indiscriminada, lejos de ello, el compromiso derivado de lo resuelto en la aludida contradicción de tesis privilegia un ejercicio hermenéutico que lleve al operador jurídico competente a que, sin vaciar de contenido la disposición restrictiva, ésta sea leída de la forma más favorable posible, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados*”.

52 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>, consultada el 29 de diciembre de 2022.

53 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.163. Doc. 105. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>, consultada el 29 de diciembre de 2022.

Por esos motivos, ha instado a los Estados a adoptar las medidas necesarias para implementar el uso de otras medidas cautelares distintas al encarcelamiento previo al juicio y garantizar, cuando no exista otra opción, **que la prisión preventiva sea justificada (y no automática).**

4.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En noviembre de 2018, la Corte IDH condenó al Estado Mexicano por violaciones a los derechos humanos,⁵⁴ entre ellos, debido a que la prisión preventiva en México **fue aplicada en forma automática** y sin motivación suficiente por las autoridades mexicanas, **lo que la hizo desproporcionada y contraria a los estándares internacionales**, es decir, se le hizo un reproche a la legislación mexicana por permitir el uso oficioso o automático de la prisión preventiva.

4.3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Las obligaciones establecidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el “Pacto”) al que México accedió el 23 de marzo de 1981, que tienen relevancia en relación a la prisión preventiva oficiosa contemplan: (i) la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), (ii) la protección a los derechos a la libertad personal (artículo 9), (iii) la protección a un trato humano durante la detención (artículo 10), (iv) el derecho a un juicio justo, independiente e imparcial, con las garantías del debido proceso (artículo 14), así como (v) el derecho a la igualdad y la no discriminación (artículos 2.1 y 26).

En ese tenor, y conforme al artículo 9.3 del Pacto, “*la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general*”, por lo que para que la prisión preventiva sea una excepción, ésta no puede ser oficiosa. Ello quiere decir que la excepcionalidad requiere de un análisis casuístico que permita determinar si es legítimo, necesario, idóneo y proporcional privar a una persona de su libertad, en atención a las circunstancias particulares de la acusación.⁵⁵

No obstante ello, el artículo 19 constitucional, segundo párrafo, refiere que el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos que enlista como delitos graves, por lo que el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU le advirtió

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_371_esp.pdf, consultada el 29 de diciembre de 2022.

55 Mandato del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Organización de las Naciones Unidas OL MEX 18/2018, de 30 de noviembre de 2018, pp. 2-3, https://hchr.org.mx/wp/wp-content/uploads/2018/12/Comunicacio%CC%81n_del_GTDA_de_la_ONU_sobre_prisio%CC%81n_preventiva_oficiosa_30-Nov-2018.pdf, consultada el 29 de diciembre de 2022.

al Estado Mexicano que “*actualmente los tribunales ya no podrían garantizar efectivamente un recurso judicial efectivo cuando éste es presentado por personas que alegan haber sido detenidas arbitrariamente en virtud de una acusación por un delito que acarrea prisión preventiva de oficio.*”⁵⁶

Continúa señalando que los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal establecen que “*el derecho a impugnar la legalidad de la detención ante un tribunal es un derecho humano autónomo y su ausencia constituye una violación de los derechos humanos.*”

En línea con lo anterior, al interpretar el referido artículo 9 del Pacto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano de supervisión del Pacto, indicó que “*La reclusión previa al juicio no debe ser preceptiva para todas las personas acusadas de un delito concreto, sin tener en cuenta las circunstancias de cada caso.*”⁵⁷ Continúa señalando que la ley debe especificar los factores y no incluir criterios vagos o excesivamente amplios, como la “seguridad pública”,⁵⁸ como acontece con la redacción vigente del artículo 19 constitucional. En ese tenor, “*Los tribunales deberán examinar si las alternativas a la reclusión previa al juicio, como la fianza, los brazaletes electrónicos u otras medidas, harían que la reclusión fuera innecesaria en el caso concreto.*”⁵⁹

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sugiere que una vez que se determine que la reclusión previa al juicio es necesaria, esa decisión **debe revisarse periódicamente para establecer si sigue siendo razonable y necesaria** a la luz de las posibles alternativas; y si el período durante el cual el acusado ha estado recluso alcanza la duración de la pena más grave que podría imponerse por los delitos imputados, el acusado deberá ser puesto en libertad. Cuestiones que no son contempladas actualmente por el marco normativo mexicano.

En suma, es de la opinión del órgano de supervisión del Pacto que **la reclusión previa al juicio (prisión preventiva oficiosa) no debe constituir una práctica general**, sino que debe basarse en una determinación individualizada de que dicha medida **resulta razonable y necesaria**, en atención a todas las circunstancias, para fines tales como

⁵⁶ *Ibidem*, p. 3.

⁵⁷ Observación General no. 35, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Artículo 9 (Libertad y seguridad personales), CCPR/C/GC/35, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/244/54/PDF/G1424454.pdf?OpenElement>, consultado el 29 de diciembre de 2022, p. 13, párr. 38.

⁵⁸ Observaciones finales de Bosnia y Herzegovina CCPR/C/BIH/CO/1, 2006, 88° periodo de sesiones, 16 de octubre a 4 de noviembre de 2006, párr. 18, <https://digitallibrary.un.org/record/589847?ln=es>, consultado el 29 de diciembre de 2022, al señalar “*El Estado Parte debería estudiar la posibilidad de eliminar del Código de Procedimiento Penal de Bosnia y Herzegovina el mal definido concepto de seguridad pública o seguridad de la propiedad como causal para ordenar la prisión preventiva.*”

⁵⁹ Comunicación a Belarús del 17 de noviembre de 2008 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas CCPR/C/94/D/1178/2003, *Smantser c. Belarús*, párr. 10.3., <https://www.ccpcentre.org/wp-content/uploads/2012/12/11782003-Belarus.pdf>, consultado el 29 de diciembre de 2022.

impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito. Lo que en terminología jurídica mexicana se reduce en realizar un *test* de proporcionalidad de la prisión preventiva oficiosa.

5. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 130/2019 Y SU ACUMULADA 136/2019

La acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019 fueron promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (mediante escrito recibido el 15 de noviembre de 2019) y una minoría parlamentaria del Senado de la República (mediante escrito recibido el 9 de diciembre de 2019) a efecto de combatir el contenido del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de noviembre de 2019, así como disposiciones en particular, mediante el cual se modificaron diversos artículos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley de Seguridad Nacional, el Código Nacional de Procedimientos Penales, el Código Penal Federal y el Código Fiscal de la Federación.

Los accionantes hicieron valer los siguientes conceptos de invalidez en contra del decreto legislativo en su totalidad y diversos artículos en forma particular, por considerar lo siguiente:

- i. Que el Decreto de reformas y adiciones publicado el 8 de noviembre de 2019 es inconstitucional por haber sido aprobado con supuestos vicios procedimentales;
- ii. Que los artículos 5, fracción XIII, de la Ley de Seguridad Nacional y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales —por los que se establece que algunos delitos fiscales constituyen amenazas a la seguridad nacional y, por tanto, ameritan prisión preventiva oficiosa— vulneran a través de un fraude constitucional las reglas previstas en el artículo 19 constitucional y el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, así como los principios de progresividad, seguridad jurídica, la libertad personal y de tránsito, el debido proceso legal y la presunción de inocencia, todo lo cual ocasiona un efecto inhibitorio en la libertad de comercio y del trabajo;
- iii. Que el artículo 2º, fracciones VIII, VIII Bis, y VIII Ter, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada es inconstitucional por establecer la posibilidad de sancionar los delitos fiscales con un tipo autónomo de delincuencia organizada; y
- iv. Que el artículo 113 Bis del Código Fiscal de la Federación —que contempla delitos fiscales— vulnera los principios de seguridad jurídica, presunción de inocencia, taxatividad, mínima intervención penal y proporcionalidad de las penas.

5.1. Primer proyecto de sentencia de la acción de inconstitucionalidad 130/2019

En el primer proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad, el Ministro Luis María Aguilar propuso abandonar el criterio sostenido por el Pleno de la SCJN en la controversia constitucional 293/2011:

*“367. Siguiendo este hilo conductor, ante las nuevas circunstancias del entorno jurídico global, este Tribunal Pleno valora positivamente el diálogo judicial entre las Cortes Constitucionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera en que una nueva reflexión, reiterando lo alcanzado en la contradicción de tesis 293/2011, es necesario abandonar el criterio por el que se había sostenido que ‘derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1º constitucional, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación **entiende 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.**”*

En ese sentido, propuso que la interpretación que debe prevalecer es en el sentido de que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, el juez constitucional deberá **ponderar** esa restricción a la luz de los derechos humanos de fuente internacional y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de **determinar si existe un margen de apreciación nacional que permitiera al Estado Mexicano mantener la restricción** constitucional en aras de proteger bienes de importancia **suprema o, si por el contrario, es ineludible inaplicar la restricción constitucional** y optar por la mayor protección de los derechos humanos derivada de los derechos de fuente internacional:

“369. De esta manera, partiendo de las directrices expresadas en la contradicción de tesis 293/2011, este Tribunal Pleno declara lo siguiente:

- a. *El primer párrafo del artículo 1º constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte.*
- b. *Las normas de derechos humanos, **independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos**, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos el juez constitucional deberá ponderar esa restricción a la luz de los derechos humanos de fuente internacional y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de determinar si existe un margen de apreciación nacional que permitiera al Estado Mexicano mantener la restricción constitucional en aras de proteger bienes de importancia **suprema o, si por el contrario, es ineludible inaplicar la restricción constitucional** y optar por la mayor protección de los derechos humanos derivada de los derechos de fuente internacional.*
- c. ***Cuando exista una sentencia** en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hubiera condenado al Estado Mexicano con motivo de una restricción constitucional, **el margen de apreciación nacional disminuye drásticamente** y, en ese sentido, los jueces constitucionales tendrán que inaplicar*

las restricciones de fuente constitucional, para dar prevalencia a las normas internacionales que sean más protectoras de los derechos humanos.”

El primer proyecto consideró que la prisión preventiva oficiosa, contemplada en las normas impugnadas y, principalmente, en la última parte del artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución, **es contraria a los derechos humanos que integran el parámetro de validez mexicano**. Por tanto, **señaló que debía inaplicarse** la porción normativa del artículo 19, párrafo segundo, constitucional.

El primer proyecto señaló que la determinación **anterior no suponía una declaración de invalidez de la Constitución**, sino optar por el instrumento más protector a los derechos humanos de las personas, dentro del parámetro de validez que se integra por los derechos humanos de fuente internacional y de fuente constitucional.

De este modo, al inaplicarse la porción contenida en el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución, por la que se establece la procedencia oficiosa de la prisión preventiva para un catálogo tasado de delitos, la consecuencia es que invalidaran las normas secundarias impugnadas por los accionantes por ser contrarias al parámetro de validez constitucional.

Al respecto, el Pleno de la SCJN sesionó el 5 y 6 de septiembre de 2022, cuya votación quedó como sigue:

- i. La ministra Loretta Ortiz Ahlf se opuso a la inaplicación del artículo 19 constitucional, no obstante expresó que la prisión preventiva oficiosa es inconvencional.
- ii. El ministro Alberto Pérez Dayán se opuso a la inaplicación del artículo 19 constitucional, señalando que la prisión preventiva oficiosa es una figura controvertida.
- iii. El ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo consideró que la *litis* de la acción de inconstitucionalidad no incluía revisar la inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa ni su posible inaplicación.
- iv. La ministra Yasmín Esquivel Mossa se opuso a la inaplicación del artículo 19 constitucional y defendió la prisión preventiva oficiosa.
- v. El ministro Javier Laynez Potisek se pronunció en contra de la prisión preventiva oficiosa pero consideró que el proyecto no justificaba de manera suficiente la inaplicación del artículo 19 constitucional.
- vi. Los ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá y Ana Margarita Ríos Farjat criticaron la existencia de la prisión preventiva oficiosa, pero sostuvieron que debía realizarse una interpretación conforme para evitar inaplicar el artículo 19 constitucional y *reconducir* la prisión preventiva oficiosa.

- vii. El ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá propuso que se interpretara la «oficiosa» como no automática.
- viii. Los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández apoyaron el proyecto del ministro Luis María Aguilar Morales contra algunas consideraciones.

5.2. Segundo proyecto de sentencia de la acción de inconstitucionalidad 130/2019

El 8 de septiembre de 2022, después de la discusión del Pleno de la SCJN, el ministro ponente, Luis María Aguilar Morales, retiró su proyecto a fin de elaborar uno nuevo para resolver la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019.

El nuevo proyecto del ministro ponente se publicó el 24 de octubre de 2022, partiendo de la base de que 9 integrantes del Pleno de la SCJN consideraron que la prisión preventiva oficiosa es contraria a los derechos humanos. Abandonó la idea de inaplicar el artículo 19 constitucional como forma de resolver el problema y contrario a lo sostenido en un primer momento, propone ratificar la interpretación de las restricciones constitucionales contenidas en la CT 293/2011.

Este nuevo proyecto propuso utilizar el principio de interpretación *pro persona* para afirmar que oficioso no significa automático y, a partir de ello, permitir que en todos los casos se debata si debe imponerse la prisión preventiva a una persona vinculada a proceso.

El nuevo proyecto reiteró en su párrafo 134 que “*la materia de análisis (...) se centra en determinar si las normas secundarias que fueron impugnadas son acordes con la Constitución (...)*”.

El proyecto señala dos posibles interpretaciones CLAVE para resolver la referida acción de inconstitucionalidad:

*“1. Con una interpretación del artículo 19 constitucional que entiende que debe imponerse la **prisión preventiva oficiosa como una medida automática** cuando el delito del que se acusa a una persona se encuentra dentro del catálogo constitucional.*

*2. Una interpretación del artículo 19 constitucional por la que se entiende que la **prisión preventiva oficiosa no es automática. Esta segunda interpretación es la que adopta el proyecto** y consiste en lo siguiente: la gravedad de determinados delitos hace necesario que el juez penal cuente con la obligación —sin necesidad que la fiscalía lo solicite— de abrir el debate entre las partes para establecer si existe una causa fundada y motivada que justifique la imposición de la prisión preventiva.”*

Desde una interpretación semántica teleológica la SCJN entiende la prisión preventiva oficiosa como automática. La propuesta fue utilizar la interpretación sistemática

para sostener que «oficiosa» no significa que la prisión preventiva se dicta automáticamente sino que debe entenderse como opuesta a petición de parte; lo que permitiría a los juzgados valorar cada caso y motivar la procedencia de la medida cautelar.

Al respecto, el Pleno de la SCJN sesionó el 22 y 24 de noviembre de 2022, cuya votación quedó como sigue:

- i. La ministra Esquivel Mossa defendió la prisión preventiva oficiosa.
- ii. La ministra Ortiz Ahlf reiteró que la prisión preventiva oficiosa es inconvenional, pero votó en contra de las consideraciones y del sentido del proyecto por razones poco claras.
- iii. Los ministros Zaldívar, Gutiérrez Ortiz Mena, Pardo Rebolledo, Laynez Potisek y Pérez Dayán apoyaron el sentido del proyecto, en contra de algunas consideraciones.
- iv. Los ministros González Alcántara, Piña Hernández y Ríos Farjat apoyaron el sentido del proyecto.

5.3. Análisis

La SCJN resolvió⁶⁰ mantener la prisión preventiva oficiosa pero eliminar la medida para ciertos delitos fiscales: contrabando, defraudación fiscal (y equiparables), así como la expedición, venta, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, **al no considerarlos como delincuencia organizada ni ilícitos cuya gravedad sea una amenaza a la seguridad nacional.**

Aún no ha sido publicado el engrose de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019.

La decisión del Pleno de la SCJN no significa la desaparición de la prisión preventiva ni la liberación inmediata de las personas que actualmente están en prisión con fundamento en las normas declaradas inconstitucionales, sino que las personas acusadas por estos delitos podrían estar sujetos a la figura de prisión preventiva **únicamente** tras haber sido determinada por un juez, y ya no de manera automática.

El Ministerio Público será quien solicite la medida cautelar de prisión preventiva con la debida justificación y el juzgado será quien tomará la decisión debiendo tomarse en cuenta otras medidas cautelares de menor gravedad.

60 Declaró la invalidez de los artículos 167, párrafo séptimo, fracciones I, II y III, del Código Nacional de Procedimientos Penales; artículo 5, fracción XIII, de la Ley de Seguridad Nacional, artículo 2, párrafo primero, fracciones VIII, VIII Bis y VIII Ter, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Por otro lado, las personas que ya se encuentren en prisión preventiva oficiosa podrán solicitar la modificación de dicha medida cautelar en caso de estimar que no fue debidamente justificada, y escuchando a las partes, el juez de control resolverá, atendiendo a los parámetros desarrollados por la SCJN.

6. CONCLUSIÓN: LA INCONVENCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

La necesidad de realizar un control de convencionalidad emana de los principios del derecho internacional público, en particular el principio del *pacta sunt servanda*, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículo 26), así como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte. Ello da cuenta del **compromiso que tienen los Estados que han suscrito la CADH, como México, de realizar un control de convencionalidad** con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales, lo que se traduce en un imperativo de derecho internacional público que debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados.

También es un principio internacional del Convenio de Viena de Derecho de los Tratados (artículo 27) que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales. En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la CADH y su interpretación incluye la de adecuarse a la normativa convencional existente. En este sentido, el control de convencionalidad interno goza de sólidos fundamentos jurídicos en normas convencionales y en normas y principios de derecho internacional público a las que se encuentra obligado el Estado Mexicano.

Cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la CADH, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a **velar para que los efectos de las disposiciones de la CADH no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin**, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales.

Así, atendiendo a lo desarrollado en el capítulo cuarto del presente artículo, el derecho internacional de derechos humanos ha sostenido en reiteradas ocasiones, y en particular para el caso de México, que la prisión preventiva oficiosa atenta contra diversos derechos humanos, tales como la obligación de respetar los derechos (artículo 1 CADH) la protección judicial (artículo 25 CADH), el derecho a la integridad personal (artículo 5 CADH) a la libertad personal (artículo 7 CADH) y a las garantías judiciales (artículo 8 CADH), y por consiguiente, es inconvencional.

En ese sentido, dentro de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, el Pleno de la SCJN, como tribunal constitucional mexicano, no solo debía considerar, sino *de facto* realizar un control de convencionalidad interno a la luz del parámetro de validez constitucional —esto es, de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano forma parte— y del ICCAL —a fin de velar por la triada de derechos humanos, democracia y Estado de Derecho—, respecto del artículo 19 constitucional en discusión; es decir, la resolución **debió realizarse mediante una genuina interpretación conforme, lo que conlleva un control de convencionalidad interno**, de modo que resolviera preferir la interpretación del derecho internacional en derechos humanos respecto a la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, a la que se encuentra obligado el Estado Mexicano en virtud de la CADH y su interpretación, y del Convenio de Viena de Derecho de los Tratados, sobre cualquier interpretación semántica y teleológica del adjetivo «oficiosa» como terminó haciendo.

De haber considerado lo anterior, el Pleno de la SCJN habría concluido que la prisión preventiva oficiosa es inconvencional, y debió tratarse como una medida cautelar que debe matizarse y atender de manera casuística, con revisión periódica de su razonabilidad y necesidad, y **no atenerse al criterio contenido en la contradicción de tesis 293/2011, reconociendo que dicha restricción constitucional de derechos humanos soslaya las obligaciones internacionales en derechos humanos del Estado Mexicano**.

La expulsión de esta norma constitucional del marco normativo mexicano conforme al control de convencionalidad interno será materia de la vía legislativa; escenario no remoto considerando que la Corte IDH emitirá su sentencia en el caso Daniel García y Reyes Alpizar,⁶¹ en la que podría condenar al Estado mexicano y ordenarle adoptar medidas de no repetición como parte de las reparaciones, incluyendo **reformular su legislación a fin de eliminar la prisión preventiva oficiosa**.

FUENTES DE CONSULTA

Bogdandy, Armin von, *et al.*, “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”, en: Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, Colección Constitucionalismo Contemporáneo, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, México, 2017.

García Ramírez, Sergio., “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*”, en: Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi,

61 Audiencia pública del caso Daniel García y Reyes Alpizar ante la CIDH, visible en: <https://www.youtube.com/watch?v=bEYQx7esidI>.

Mariela (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, Colección Constitucionalismo Contemporáneo, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, México, 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “I. Breve introducción al control de convencionalidad”, en: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “VII. Valor de la jurisprudencia interamericana como parámetro de convencionalidad: cosa juzgada internacional.”, en: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021.

Sagüés, Néstor Pedro, *La constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016.

García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, IIDC, CIDH y UNAM, México, 2013.

Dulitzky, Ariel, *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: modelos para (des)armar*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017.

Barbosa Delgado, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”, en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, IIDC, CIDH y UNAM, México, 2013.

Olvera Rangel, Sergio Charbel, “3.3.1. El control constitucional”, en: *La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales*, tesis doctoral, Escuela Libre de Derecho, México, 2021.

Tesis [J.]: 2a./J. 16/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, abril de 2014, p. 984. Reg. digital: 2006186, consultable en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006186>.

Tesis [J.]: 1a./J. 84/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, tomo V, junio de 2022, p. 4,076. Reg. digital: 2024830, consultable en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024830>.

Tesis [A.]: P. LXIX/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, diciembre de 2011, p. 552. Reg. digital: 160525, consultable en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160525>.

Tesis [J.]: 2a./J. 163/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, p. 487. Reg. digital: 201582, consultable en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015828>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>, consultada el 29 de diciembre de 2022.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.163. Doc. 105. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>, consultada el 29 de diciembre de 2022.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_371_esp.pdf, consultada el 29 de diciembre de 2022.

Mandato del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Organización de las Naciones Unidas OL MEX 18/2018, de 30 de noviembre de 2018, pp. 2-3, https://hchr.org.mx/wp/wp-content/uploads/2018/12/Comunicacio%CC%81n_del_GTDA_de_la_ONU_sobre_prisio%CC%81n_preventiva_oficiosa_30-Nov-2018.pdf, consultada el 29 de diciembre de 2022.

Observación General no. 35, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Artículo 9 (Libertad y seguridad personales), CCPR/C/GC/35, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/244/54/PDF/G1424454.pdf?OpenElement>, consultado el 29 de diciembre de 2022.

Observaciones finales de Bosnia y Herzegovina CCPR/C/BIH/CO/1, 2006, 88° periodo de sesiones, 16 de octubre a 4 de noviembre de 2006, párr. 18, <https://digitallibrary.un.org/record/589847?ln=es>, consultado el 29 de diciembre de 2022.

Comunicación a Belarús del 17 de noviembre de 2008 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas CCPR/C/94/D/1178/2003, *Smantser c. Belarús*, párr. 10.3., <https://www.ccprcentre.org/wp-content/uploads/2012/12/11782003-Belarus.pdf>, consultado el 29 de diciembre de 2022.

Audiencia pública del caso Daniel García y Reyes Alpízar ante la CIDH, visible en: <https://www.youtube.com/watch?v=bEYQx7esidI>.